

Roj: **STS 4668/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4668**Id Cendoj: **28079120012016100819**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **27/10/2016**Nº de Recurso: **10879/2015**Nº de Resolución: **807/2016**Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**Ponente: **CANDIDO CONDE-PUMPIDO TOURON**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP GC 2145/2015,**
STS 4668/2016

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 lo siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Octubre de dos mil dieciséis.

En los recursos de casación que ante Nos penden, interpuestos por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional por la representación de Marisa , por infracción de precepto constitucional por Casiano y por infracción de ley e infracción de precepto constitucional por Gumersindo , contra sentencia de fecha 25 de septiembre de 2.015, dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección Primera , en causa seguida a los mismos por delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y **prostitución**, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan, se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Touron, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes representados, respectivamente, por los Procuradores D^a Laura Albarrán Gil, D^a Silvia Ayuso Gallego y D. Arturo Romero Ballester.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción num. 3 de San Bartolomé de Tirajana, instruyó Procedimiento Abreviado con el número 41/2015, y una vez concluso lo remitió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, que con fecha 25 de Septiembre de 2015, dictó sentencia que contiene los siguientes:

ÚNICO: Probado y así se declara que la acusada Marisa , nacida en Lagos (Nigeria), mayor de edad, con N.I.E. NUM000 , sin antecedentes penales conocidos, por medio de un intermediario no identificado, contactó en la misma Nigeria, con la llamada Daniela , también de nacionalidad nigeriana, natural de Benin-City, de origen muy humilde, a la que se le prometió una vida mejor en España, ofreciéndole trabajo, a cambio 30.000 de euros, desplazándose ésta a Marruecos, donde permaneció casi 3 años a la espera de su traslado a España. En el año 2009 la acusada le facilitó y proporcionó el traslado a España, finalmente por 18.000 euros, llegando en patera ella y su hijo a las costas de Algeciras y posteriormente trasladándose en autobús hasta Madrid. Una vez allí, fue recogida por la acusada Marisa y desde allí viajó directamente en avión hasta la isla de Gran Canaria junto a la acusada referida, haciendo uso de un pasaporte de otra persona, que aquella le facilitó y siendo alojada en la casa de la acusada Marisa , sita en la CALLE000 núm. NUM001 piso NUM002 de Vecindario (término municipal de Santa Lucía de Tirajana) donde vivía junto a su marido, el también acusado Casiano , de



nacionalidad nigeriana, con NIE num. NUM003 y sin antecedentes penales; y, otra chica, la también acusada Africa . Y, posteriormente, Daniela fue empadronada por la acusada en la CALLE001 NUM004 . NUM005 que es el domicilio de su hermano, el también acusado Gumersindo , de nacionalidad nigeriana, con NIE nº NUM006 y sin antecedentes penales conocidos.

Una vez llegada al domicilio de la acusada Marisa , en Gran Canaria, Daniela fue obligada por aquella y por los también acusados Casiano y Gumersindo , de común acuerdo, a prostituirse forzosamente para pagar la deuda que había contraído con Marisa por haberla trasladado a España, que ascendía a 18.000 euros, además de tener que pagar los gastos de vivir en su casa, que ascienden a 125 euros por la luz y el agua, 50 euros por la comida y 200 euros por el alquiler; así como 300 euros al acusado Gumersindo por cuidar a su hijo mientras ella ejercía la **prostitución**.

Daniela era obligada a ejercer la **prostitución**, siempre bajo el control y las intimidaciones de la acusada Marisa y su marido Casiano , llegando estos a agredirla físicamente en algunas ocasiones, tanto a ella como a su hijo Gustavo , de 5 años de edad. Además de amenazarla con causarle, a ella o a sus familiares, incluido su hijo menor, algún mal y practicar "vudú" contra ellos, consiguiendo que todas las noches Daniela le entregara todo el dinero que ganaba a Marisa , siendo el acusado Casiano el encargado de llevar de ordinario las anotaciones de los pagos que aquella iba realizando.

Por su parte la llamada Montserrat , con NIF NUM007 , de nacionalidad nigeriana, salió de su Nigeria natal hacia Marruecos, donde contactó con la acusada Marisa , la cual le prometió una vida mejor en España, ofreciéndole trabajo como cajera de un supermercado y le organizó a cambio de dinero el transporte a territorio español, llegando a España en el año 2.011, junto a su hijo, en una patera, a las costas de Granada. Siendo llevada posteriormente a la Cruz Roja y fue trasladada a Madrid, donde un intermediario de la acusada Marisa le proporcionó un pasaporte y libro de familia falsos, documentación falsa que fue utilizada para coger junto a su hijo, el día 2/4/2011 , un avión de la compañía Ryan Air hasta la isla de Gran Canaria, donde la esperaba la acusada Marisa , siendo trasladada al domicilio de ésta sito en la CALLE000 núm. NUM001 piso NUM008 de la localidad de Vecindario, donde la instalaron.

Una vez en el domicilio de la acusada Marisa , la referida Montserrat fue obligada por Marisa y los demás acusados Casiano y Gumersindo , a prostituirse para pagar la deuda que había contraído con aquella por haberla trasladado a España, que ascendía a 30.000 euros. La **prostitución** la ejercía siempre bajo el control de la acusada Marisa , bajo la amenaza por parte de los acusados referidos de practicar ritos de vudú y de causarle algún posible mal tanto a ella como a su hijo y sus familiares más cercanos, sin que llegaran a agredirla físicamente.

Todas las noches, tanto Daniela como Montserrat se desplazaban en guagua (autobús, en canario), junto a la acusada Africa , a Playa del Inglés, generalmente al Centro Comercial La Kashba donde en sus alrededores mantenían relaciones sexuales con hombres a cambio de dinero, desde las 00:00 hasta las 06.00 aproximadamente, para después volver a Vecindario, donde a la vuelta Daniela y Montserrat hacían entrega a Marisa de todo el dinero conseguido, en pago del precio establecido por esta como precio de su traslado a Gran Canaria.

No queda acreditado que la acusada Africa , nacida en Nigeria, con NIE NUM009 - y sin antecedentes penales conocidos, ejerciese por cuenta de Marisa y los acusados labores de control de la **prostitución** ejercida por Daniela y Montserrat .

Los acusados Marisa , Casiano y Gumersindo , han estado privados de libertad por esta causa desde el 25/9/2013, habiendo sido puestos en libertad por esta Sala en fecha 21/9/2015 los acusados Casiano y Gumersindo y permaneciendo la acusada Marisa privada de libertad.

La acusada Africa , estuvo privada de libertad por esta causa del 25 al 27/9/2013".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó la siguiente Parte Dispositiva:

Que debemos condenar y condenamos a Marisa como autora criminalmente responsable de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros del artículo 318 Bis-1º del CP , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de 4 años de prisión, con inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Que debemos condenar y condenamos a Marisa como autora criminalmente responsable de un delito de **prostitución** forzada del artículo 188-1º del CP , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de 3 años de prisión y multa de 18 meses, con una cuota diaria de 12 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago del artículo 53 del CP .



Que debemos condenar y condenamos a Marisa como autora criminalmente responsable de un delito de trata de seres humanos del artículo 177 bis del CP, en concurso medial con un delito de **prostitución** forzada del artículo 188-1º del CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de siete años de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Que debemos condenar y condenamos a Casiano como autor criminalmente responsable de un delito de **prostitución** forzada del artículo 188-1º del CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de 3 años de prisión y multa de 18 meses, con una cuota diaria de 12 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago del artículo 53 del CP.

Que debemos condenar y condenamos a Gumersindo como autor criminalmente responsable de un delito de **prostitución** forzada del artículo 188-1º del CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de 3 años de prisión y multa de 18 meses, con una cuota diaria de 12 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago del artículo 53 del CP.

Que la acusada Marisa deberá indemnizar, en concepto de responsabilidad civil, a Montserrat, en la cantidad de 30.000 euros.

Que los acusados Marisa, Casiano y Gumersindo deberán indemnizar, conjunta y solidariamente, en concepto de responsabilidad civil, a Daniela, en la cantidad de 30.000 euros.

Las indemnizaciones acordadas devengarán los intereses ejecutorios previstos en el artículo 576 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Que debemos condenar a los acusados referidos al pago de las costas procesales.

Abónense a los condenados el tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente por la causa para el cumplimiento de la pena impuesta en la presente sentencia.

Y, que debemos absolver y absolvemos a Africa, del delito imputado de **prostitución** coactiva del artículo 188-1º del CP, con todos los pronunciamientos favorables; y costas de oficio respecto de la misma.

Notifíquese esta resolución a las partes, a las que se hará saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación en el plazo de cinco días, a contar desde la última notificación, con los requisitos previstos en los artículos 855 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

TERCERO.- Notificada dicha sentencia a las partes, se prepararon contra la misma recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional por la representación de Marisa, por infracción de precepto constitucional por Casiano y por infracción de ley e infracción de precepto constitucional por Gumersindo que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las pertinentes certificaciones para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

CUARTO.- La representación de Marisa formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Por infracción de precepto constitucional, al amparo de los art. 5.4 y 11.1 de la L.O.P.J.; por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 y derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del art. 18.3; y a la presunción de inocencia del art. 24 de la Constitución Española. SEGUNDO: Por infracción de ley articulándose en varios motivos: Al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim., por aplicación indebida del art. 318 bis 1 del Código Penal; por aplicación indebida del art. 188.1º del Código Penal; por aplicación indebida del art. 177 bis en concurso medial con el art. 188.1º, ambos del Código Penal; Infracción de ley al amparo del art. 849.2º de la L.E.Crim., por error en la apreciación de la prueba. TERCERO: Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.1º de la L.E.Crim. al no consignarse clara y terminantemente los hechos que se declaran probados y consignarse conceptos que por su carácter jurídico implican la predeterminación del fallo.

La representación de Casiano, formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J., en relación con lo dispuesto en el num. 1º del art. 849 de la L.E.Crim., por infracción, por falta de aplicación del principio de presunción de inocencia establecido en el art. 24.2 de la Constitución ante la falta absoluta de prueba de cargo contra los recurrentes así como la violación de lo establecido en el art. 18.1 de la Constitución Española y apartado 11.1 de la LOPJ por violación del derecho a la intimidad y obtención de prueba ilícita. SEGUNDO: Infracción de precepto constitucional, por violación del derecho a la intimidad y secreto de las comunicaciones del art. 18.3 de la Constitución Española, en la obtención de pruebas de forma ilícita.



La representación de **Gumersindo** , formalizó su recurso alegando como motivo ÚNICO: Al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J . y art. 849.1º de la L.E.Crim ., por infracción de precepto constitucional así como la indebida aplicación del tipo penal.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, expresó su conformidad con la resolución de los mismos sin celebración de vista y los impugnó, por los razonamientos que adujo, quedando los autos conclusos pendientes de señalamiento de día para la votación y fallo cuando en turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento han tenido lugar la votación y fallo prevenidos el veintisiete de septiembre pasado. Debido a la complejidad de la causa la deliberación se prolongó hasta el día 27 de octubre pasado, fecha en que el Ponente firmó la sentencia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia impugnada, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria con fecha 25 de septiembre de 2015 , condena a los recurrentes como autores de delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, **prostitución** forzada y trata de seres humanos. Frente a ella se alzan los presentes recursos, interpuestos por cada uno de los tres condenados y fundados en un total de seis motivos por vulneración de los derechos constitucionales a un proceso con todas las garantías, a la presunción de inocencia y al secreto de las comunicaciones, por quebrantamiento de forma y por infracción de ley.

SEGUNDO .- El primer motivo del recurso interpuesto por la representación de la condenada Marisa , de nacionalidad nigeriana, se interpone al amparo del art 5 4º LOPJ , y denuncia vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías. Se refiere la parte recurrente a que no consta en las actuaciones un auto expreso por el que se alce el secreto de las actuaciones.

El motivo carece de fundamento. Si bien es cierto que no consta en las actuaciones un auto expreso por el que se alce el secreto de las actuaciones, lo que constituye una irregularidad procesal, también lo es que el secreto se acordó por un tiempo determinado, y no fue objeto de prórroga alguna, por lo que ha de entenderse que caducó al transcurrir el período temporal por el que había sido declarado. En cualquier caso a la parte recurrente se le dio traslado de todas las actuaciones, una vez transcurrido dicho período, sin que se mantuviese el secreto de forma efectiva, por lo que no cabe apreciar que haya sufrido indefensión material alguna.

TERCERO.- De forma irregular se acumulan confusamente en este motivo otras cuestiones que debieron ser formuladas y desarrolladas en otros motivos formalmente diferenciados. En realidad debe señalarse que al no numerarse ni diferenciarse correctamente los motivos de casación formulados, se ha obligado tanto al Ministerio Fiscal como a esta Sala a agruparlos en tres categorías, infracciones constitucionales, infracciones de ley y quebrantamiento de forma.

En primer lugar la supuesta vulneración del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen e la recurrente, por estimar que el autor de los hechos fue una tercera persona que no ha sido acusada, y que según la recurrente fue quien practicó "vudú" a las denunciadas. Esta alegación carece de fundamento, pues la Sala sentenciadora apreciando razonadamente la prueba practicada en el propio acto del juicio ha descartado la intervención de este inicial denunciado, y explica razonablemente que fue precisamente la recurrente la que obligó a las víctimas de la trata a formular dicha denuncia, por lo que nos remitimos a la prolija argumentación de la propia sentencia impugnada.

En segundo lugar se cuestiona la prueba de intervenciones telefónicas, por estimar que el Auto Habilitante carece de fundamentación, así como todos los posteriores, pero esta alegación prácticamente no se desarrolla, reiterando las argumentaciones ya expuestas en la instancia, que se han rechazado razonada y razonablemente en la sentencia impugnada, a la que nos remitimos.

Y, en tercer lugar, se alega presunción de inocencia, cuestionando la prueba de cargo practicada. Pero lo cierto es que el Tribunal sentenciador dispuso de una prueba de cargo abundante, constitucionalmente obtenida, legalmente practicada y razonadamente valorada, que consistió básicamente en las declaraciones prestadas en el acto del juicio oral por las propias víctimas del delito. Estos testimonios de las testigos/víctimas son contundentes y rotundos a efectos inculpativos habida cuenta que, con toda claridad, atribuyen a la acusada recurrente la captación y preparación de su viaje desde Marruecos e introducción en territorio nacional con el engaño de una vida mejor en nuestro país, con ofrecimiento de un trabajo digno, como es el empleo en un Supermercado, para después, cuando ya estaban aquí, ser obligadas con amenazas e incluso violencia a practicar la **prostitución** para el clan que dicha acusada formaba, a estos efectos, con su marido y su hermano.



Estos testimonios de las perjudicadas les resultan al Tribunal sentenciador plenamente convincentes y creíbles, con un relato fundamentalmente coincidente, de manera detallada, coherente, ordenada y lógica, que impresiona por su sinceridad, sin incurrir en especiales contradicciones, o ambigüedades que los desmerezcan, de modo que la Sala de Instancia tiene la absoluta convicción que las versiones son sinceras y no se trata de meras invenciones de las víctimas, sino que todo ocurrió como la mismas describen de manera que la Sala "a quo" considera precisa y verosímil.

Además, la versión de los testigos/víctimas viene ratificada por los datos periféricos aportados por los testimonios de los funcionarios policiales que declararon en el juicio; y, por el contenido inequívoco de las escuchas telefónicas de las conversaciones de los acusados judicialmente autorizadas, que tienen pleno valor probatorio.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

CUARTO .- El segundo motivo que debe ser analizado es, por razones sistemáticas, el formulado en tercer lugar por la parte recurrente, que se plantea por quebrantamiento de forma, y denuncia falta de claridad en el relato fáctico y predeterminación del fallo.

El vicio de falta de claridad en los Hechos Probados requiere como requisitos: a) que en la narración fáctica se produzca incomprensión, duda, confusión u omisiones que determinen su ininteligibilidad en una cuestión de relevancia; b) que tales incomprensiones u omisiones tengan directa relación con la calificación jurídica, es decir impidan o dificulten notoriamente la subsunción; c) que esta falta de entendimiento provoque un vacío descriptivo no subsanable a través de otros pasajes o del entendimiento conjunto de los hechos probados. (S.T.S. 483/2013, de 12 de junio , entre otras).

Este vicio casacional no faculta para complementar o alterar los hechos probados con particulares o extremos que interesen a las partes, lo que únicamente podrá hacerse a través del cauce del art. 849.2º de la Lecrim ., sino únicamente para anular (art. 901 bis b, de la Lecrim), aquellas sentencias que, por la oscuridad de su relato fáctico, no permitan una subsunción precisa, lo que no equivale, desde luego, a que no conduzcan a la consecuencia jurídica interesada por la parte recurrente.

En el caso actual no concurren los requisitos de este vicio casacional, pues la parte recurrente ni siquiera precisa el vacío descriptivo que denuncia, ni cabe apreciar que en la narración fáctica se produzca incomprensión, duda, confusión u omisiones que determinen su ininteligibilidad en ninguna cuestión de relevancia.

QUINTO .- Por lo que se refiere a la predeterminación del fallo, y según reiterada doctrina jurisprudencial, para que constituya un vicio determinante de la nulidad, la predeterminación del fallo requiere los siguientes requisitos: a) que se trate de expresiones técnico-jurídicas que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado; b) que sean, por lo general, sólo asequibles a juristas y no compartidas en el lenguaje común; c) que tengan valor causal respecto del fallo; d) que suprimidos tales conceptos jurídicos predeterminantes, dejen el hecho histórico sin base suficiente para la subsunción (SS.T.S. 17 de abril de 1996 y 18 de mayo de 1999, entre otras muchas).

En realidad el relato fáctico debe, en todo caso, predeterminar el fallo pues, si no fuese así, la absolución o condena carecería del imprescindible sustrato fáctico. Lo que pretende este motivo casacional no es evitar dicha predeterminación fáctica -imprescindible- sino impedir que se suplante el relato fáctico por su significación jurídica, es decir que se determine la subsunción no mediante un relato histórico, sino mediante una valoración jurídica que se lleve indebidamente al apartado de hechos probados.

En el caso actual la parte recurrente no denuncia la utilización en el relato fáctico de la sentencia impugnada de expresiones técnico-jurídicas propiamente dichas. En primer lugar se refiere a expresiones incluidas en el folio cinco de la sentencia al transcribir la calificación acusatoria del Ministerio Público, que es ajena al relato fáctico. Y en segundo lugar se refiere a la expresión "**prostitución**" consignada en el relato fáctico en el folio séptimo de la sentencia, expresión que pertenece al lenguaje común y aunque se utilice en la descripción del tipo no constituye un término técnico solamente asequible a juristas.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

SEXTO.- El segundo motivo, por infracción de ley, al amparo del art 849 1º de la Lecrim , denuncia la infracción por aplicación indebida de los arts 318 bis 1 CP , 188 1º CP y 177 bis en concurso medial con el 188 1º CP.

En lo que se refiere a la primera infracción (318 bis) han de distinguirse dos cuestiones diferenciadas. En primer lugar la conducta de ayuda a la entrada ilegal de un ciudadano extraño a la Unión Europea en el territorio nacional con vulneración de la normativa de extranjería se deduce manifiestamente del relato fáctico, que no



puede cuestionarse en este cauce casacional, por lo que las alegaciones que niegan la comisión del delito sobre la base de negar los hechos probados carecen del menor fundamento.

En segundo lugar, aun cuando no se plantee expresamente por la parte recurrente es claro que la norma aplicable debe ser la redactada conforme a la LO 1/2015, de 30 de marzo, que debe ser aplicada retroactivamente por ser mas favorable que la normativa anterior.

En efecto, como señala la reciente sentencia de esta Sala núm. 536/2016, de 17 de junio , el motivo no puede ser resuelto sin tomar en consideración la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, en el delito de inmigración ilegal, o clandestina, tipificado en el art 318 bis y que ha sido objeto de aplicación en la sentencia impugnada. Como recuerda, a su vez, la STS 188/2016, de 4 de marzo , tras esta reforma ha de acogerse con gran reserva la aplicación de nuestra doctrina jurisprudencial anterior sobre este tipo delictivo, por referirse dicha doctrina a un tipo que tanto en su sentido y finalidad, como en el marco punitivo (que se ha reducido de forma muy relevante), ha sido modificado sustancialmente.

Es conveniente acudir a la Exposición de Motivos de la reforma de 2015, para comprender el sentido, finalidad y contenido de la nueva tipificación, que como veremos debe ser aplicada por ser mas beneficiosa para la acusada recurrente, al establecer un marco punitivo muy inferior a los cuatro años de prisión que se le han impuesto en la sentencia impugnada.

La Exposición de Motivos expresa lo siguiente: "*Por otra parte, también resulta necesario revisar la regulación de los delitos de inmigración ilegal tipificados en el artículo 318 bis. Estos delitos se introdujeron con anterioridad a que fuera tipificada separadamente la trata de seres humanos para su explotación, de manera que ofrecían respuesta penal a las conductas más graves que actualmente sanciona el artículo 177 bis. Sin embargo, tras la tipificación separada del delito de tráfico de seres humanos se mantuvo la misma penalidad extraordinariamente agravada y, en muchos casos, desproporcionada, para todos los supuestos de delitos de inmigración ilegal. Por ello, se hacía necesario revisar la regulación del artículo 318 bis con una doble finalidad: de una parte, para definir con claridad las conductas constitutivas de inmigración ilegal conforme a los criterios de la normativa de la Unión Europea, es decir, de un modo diferenciado a la trata de seres humanos, como establece la Directiva 2002/90/CE ; y, de otra, para ajustar las penas conforme a lo dispuesto en la Decisión Marco 2002/946/JAI, que únicamente prevé para los supuestos básicos la imposición de penas máximas de una duración mínima de un año de prisión, reservando las penas más graves para los supuestos de criminalidad organizada y de puesta en peligro de la vida o la integridad del inmigrante. De este modo, se delimita con precisión el ámbito de las conductas punibles, y la imposición obligatoria de penas de prisión queda reservada para los supuestos especialmente graves. En todo caso, se excluye la sanción penal en los casos de actuaciones orientadas por motivaciones humanitarias*".

El nuevo tipo penal, mucho más benévolo, lo único que pretende es sancionar "*conductas constitutivas de inmigración ilegal conforme a los criterios de la normativa de la Unión Europea*", y se configura como un tipo delictivo que excluye expresamente los supuestos de ayuda humanitaria, y también las infracciones cometidas por los inmigrantes, que solo podrán ser sancionadas administrativamente, por lo que la conducta del propio inmigrante ilegal no es delictiva.

Lo que se sanciona es la ayuda intencionada a la entrada o tránsito en territorio español de los inmigrantes ajenos a la Unión Europea, con vulneración de la normativa legal reguladora, así como a su permanencia en nuestro territorio, en este caso solamente cuando la conducta se realice con ánimo de lucro, todo ello con la finalidad de respetar la unidad del Derecho Europeo en una materia de interés común, como es el control de los flujos migratorios. Y solo en los supuestos agravados de puesta en peligro de la vida o la integridad del inmigrante, se atiende además al bien jurídico pregonado en la rúbrica del título, como "*Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*".

SÉPTIMO .- Aplicando estos criterios al supuesto actual, y atendiendo a la naturaleza del motivo casacional empleado, que nos impone el respeto del relato fáctico, procede analizar: 1º) si consta suficientemente acreditado en la sentencia impugnada que la recurrente promovió, favoreció o facilitó el tráfico ilegal o la inmigración clandestina con destino a España de personas que no fuesen nacionales de un Estado de la Unión Europea a través de un modo que vulnerase la legislación sobre entrada y tránsito de extranjeros, que era la conducta objeto de sanción en el momento de realizar la acción por la que ha sido condenada y 2º) si dicha conducta puede calificarse de ayuda intencional a la entrada en territorio español de personas que no fuesen nacionales de un Estado de la Unión Europea a través de un modo que vulnere la legislación sobre entrada y tránsito de extranjeros, y que no pueda ser calificado de mera ayuda humanitaria, que es la conducta que sigue siendo delictiva en la regulación actual del art 318 bis.

En el caso actual el hecho probado pone de relieve que la recurrente Marisa se dedicaba a facilitar la inmigración a España de ciudadanas nigerianas a quienes, a través de otros, les facilitaba el traslado en "patera" hasta las costas de Granada o Algeciras, y posteriormente el traslado interior en autobús a Madrid. Esta



conducta es manifiestamente constitutiva tanto de la conducta sancionada en el art 318 bis en el momento de la realización del hecho, como de la que sigue siendo sancionada con la redacción actual.

Como destacan las SSTs 646/2015, de 20 de octubre y 536/2016, de 17 de junio, posteriores a la reforma, es cierto que no puede aceptarse una total asimilación de la respuesta penal con la administrativa, por lo que cabe la posibilidad de comportamientos que integren una infracción administrativa de menor entidad de la legislación de extranjería, pero que no revistan la gravedad necesaria para alcanzar relevancia penal. Para alcanzar esta relevancia la infracción normativa **tiene que ser determinante del modo en que se burlan los controles legales, para posibilitar la entrada, el tránsito o la permanencia ilegal**. En el caso actual, la entrada en España mediante "pateras" o embarcaciones que soslayan los controles aduaneros para desembarcar clandestinamente a los inmigrantes en las costas por lugares no permitidos para la entrada legal en nuestro país, no solo constituye una infracción "muy grave" de la normativa administrativa, sino que se configura de manera manifiesta como un medio fraudulento de burlar o soslayar el sistema de control establecido por la Unión Europea para limitar el acceso de ciudadanos extranjeros ajenos a la Unión, por lo que constituye la actividad delictiva sancionada en el precepto analizado.

OCTAVO.- Como ya hemos señalado debe analizarse además la cuestión de la aplicación retroactiva de la reforma del Código Penal de 2015. La LO 1/2015 modifica el delito objeto de sanción reduciendo sustancialmente su penalidad.

Como ya hemos establecido en otras sentencias de esta Sala (SSTs 405/2016, de 11 de mayo y 536/2016, de 17 de junio) en la revisión de sentencias por aplicación retroactiva de la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, deben distinguirse dos supuestos, regulados respectivamente por las Disposiciones Transitorias segunda y tercera de la referida Ley: cuando las sentencias sean firmes y cuando se encuentren pendientes de recurso.

En el primer caso los jueces o Tribunales procederán a revisar las sentencias firmes y en las que el penado esté cumpliendo efectivamente la pena, aplicando la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial. En las penas privativas de libertad no se considerará más favorable esta Ley cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo a esta reforma del Código.

En el segundo, es decir, en las sentencias dictadas conforme a la legislación que se deroga y que no sean firmes por estar pendientes de recurso, si, interpuesto recurso de casación, estuviera sustanciándose, se pasará de nuevo al recurrente, de oficio o a instancia de parte, por el término de ocho días, para que adapte, si lo estima procedente, los motivos de casación alegados a los preceptos de la nueva Ley, y del recurso así modificado se instruirán las partes interesadas, el fiscal y el magistrado ponente, continuando la tramitación conforme a derecho.

En el primer caso la regla general, como se deduce del texto de la norma y aclara la STS 266/2013, de 19 de marzo, recientemente reiterada por la STS 346/2016, de 21 de abril y STS /2016, de 17 de junio, consiste en que cuando la pena impuesta en la sentencia revisada también es imponible en el nuevo marco legal, no se debe dar lugar a un nuevo ejercicio de individualización caso por caso, ni tampoco a una mecánica adaptación de las penas anteriormente impuestas en proporción aritmética al nuevo marco punitivo, pero como excepción deben introducirse las prevenciones necesarias para evitar que la aplicación literal de la disposición transitoria segunda de la LO 1/2015 provoque resultados contrarios al principio de proporcionalidad. Es decir que solo se permite una nueva individualización de la pena, de forma excepcional, cuando por cualquier razón los criterios o principios sobre la imposición de la misma (proporcionalidad) resulten alterados o desajustados de acuerdo con la nueva legalidad, pues solo un principio constitucional puede facultar para matizar la interpretación literal de la Ley, que excluye la revisión en los supuestos en los que la pena impuesta también pueda legalmente imponerse con la nueva regulación.

Por el contrario, en el segundo supuesto, es decir, en las sentencias dictadas conforme a la legislación que se deroga y que no sean firmes por estar pendientes de recurso, si el recurso de casación estuviera sustanciándose, se adaptan los motivos de casación alegados a los preceptos de la nueva ley, continuando la tramitación conforme a derecho, por lo que al resolver el recurso se aplica directamente la nueva regulación.

Ello conlleva dos consecuencias, en primer lugar que la pena debe individualizarse con libertad de criterio en la segunda sentencia por esta Sala, sin limitación alguna derivada de que la pena impuesta en la sentencia de instancia sea también imponible en el nuevo marco legal. Y, en segundo lugar, que al revisar la sentencia se está estimando un motivo de casación adaptado a la nueva Legalidad vigente, lo que implica que las costas deben ser declaradas de oficio, dada la estimación del motivo adaptado (art 901 Lecrim y STS 658/2015, de 26 de octubre).



NOVENO.- En el caso actual nos encontramos ante un tercer supuesto pues la sentencia impugnada se dictó después de la entrada en vigor de la reforma, y sin embargo se aplicó la normativa anterior que es mas grave. La eventual posibilidad de encuadrar los hechos en el art 177 bis, de mayor gravedad, no puede excluir la aplicación retroactiva de la nueva sanción penal del art 318 bis que es por el que se ha sancionado a la recurrente, pues el art 177 bis ya estaba en vigor cuando se cometieron estos hechos y no ha sido aplicado, por lo que no posible modificar ahora el título de imputación, en perjuicio del reo, por el hecho de que la actual sanción de tipo por el que ha sido condenada la recurrente haya sido modificada en su beneficio.

Realizar ahora una reinterpretación del precepto penal aplicable, modificando el efectivamente aplicado y sustituyéndolo por otro que sanciona mas gravemente la conducta enjuiciada, por el hecho de que en la actualidad la sanción del art 318 bis se haya reducido, y con el fin de evitar la retroactividad de la norma más favorable impuesta por el art 2 2º CP , constituiría en realidad una vulneración del principio de retroactividad de las normas penales más favorables. Así, por ejemplo, el TEDH ha establecido en la STEDH de 21 de octubre de 2013 , que se vulnera el Convenio Europeo de Derechos Humanos tanto si se aplica retroactivamente una ley penal posterior más desfavorable de forma directa, como si se aplican retroactivamente los aspectos desfavorables de la nueva Ley por el procedimiento de modificar la interpretación jurisprudencial anterior. En consecuencia modificar la calificación de la conducta realizada por el Tribunal sentenciador, para evitar la aplicación de la redacción posterior mas favorable cambiando la calificación, constituye un vulneración indirecta del principio de retroactividad de las normas penales favorables.

Procede, en consecuencia, estimar parcialmente el recurso y aplicar a la conducta sancionada por el art 318 bis la nueva redacción mas favorable de la norma, sustituyendo la pena impuesta de cuatro años de prisión por la de un año, máxima establecida por la nueva redacción del precepto.

DÉCIMO.- En segundo lugar, impugna la parte recurrente que los hechos sean integradores de un delito de **prostitución** forzada del art 188 1º CP , delito por el que se la sanciona a tres años de prisión. Niega que haya realizado esta conducta y menos sobre una persona menor de edad.

Los hechos probados ponen manifiestamente de relieve que la recurrente empleó violencia e intimidación para determinar a Daniela a ejercer y a mantenerse en la **prostitución**. Es cierto que no se trata de una persona menor de edad, por lo que en el momento actual ya no resulta de aplicación el art 188 CP dedicado a la inducción a la **prostitución** de los menores de edad y discapacitados, sino el 187 del mismo texto legal. Pero en el caso ahora analizado la reforma no despenaliza ni reduce la sanción de la conducta enjuiciada sino que se limita a una mera reordenación numérica de los preceptos: la conducta de inducción violenta a la **prostitución** de mayores de edad sigue sancionada en el art 187, e incluso con una pena mayor, por lo que el motivo debe ser desestimado.

Desde otra perspectiva, debe señalarse que no se incurre en doble sanción castigando esta conducta con independencia de la prevenida en el art 318 bis. Al haber prescindido en este caso el Tribunal sentenciador de sancionar la conducta de la recurrente por la vía del delito de trata de seres humanos, que conduciría a una pena superior como apreciaremos seguidamente al analizar la conducta referida a la segunda víctima, nos encontramos ante dos conductas diferenciadas, que afectan a bienes jurídicos distintos, y en la que tampoco puede apreciarse una relación de medio a fin pues por expresa disposición legal la sanción prevenida en el art 318 bis es aplicable en todo caso separadamente, como se previene incluso para los supuestos de trata de seres humanos en el párrafo noveno del art 177 bis.

UNDÉCIMO.- En tercer lugar impugna la recurrente que los hechos sean constitutivos de un delito de trata de seres humanos del art 177 bis en concurso medial con el delito de **prostitución** forzada del art 188 1º.

Como se ha señalado, el cauce casacional empleado impone el respeto del relato fáctico, por lo que debemos prescindir de toda la argumentación de la parte recurrente relativa a cuestiones fácticas o probatorias, centrándonos en los aspectos sustantivos.

En este sentido lo primero que debemos precisar es que esta sanción se refiere a la conducta relacionada con la víctima Montserrat , pues el comportamiento relativo a la víctima Daniela ya ha quedado sancionado a través de las condenas a las que nos hemos referido. Es cierto que ambos comportamientos podían haber sido sancionados por la vía del delito de trata de seres humanos, en concurso medial con el delito de **prostitución** forzada, lo que habría conducido a una penalidad mayor, pero como ya se ha expresado, al no haberse recurrido la sentencia por la acusación esta calificación favorable no puede ser corregida.

Lo segundo que procede analizar es si pueden sancionarse las conductas relativas a ambas víctimas separada y acumuladamente. En relación con esta cuestión el Pleno no jurisdiccional para unificación de criterios, que se celebró el día 31 de mayo de 2016, adoptó siguiente Acuerdo: «El delito de trata de seres humanos definido



en el artículo 177 bis del Código Penal , reformado por la LO 1/2015, de 30 de marzo, obliga a sancionar tantos delitos como víctimas, con arreglo a las normas que regulan el concurso real».

Las razones que justifican este criterio jurisprudencial se explican detalladamente en la primera sentencia que lo aplica, que es la núm 538/2016, de 17 de junio , a la que nos remitimos para evitar innecesarias redundancias.

Y, en tercer lugar, procede analizar la relación concursal existente entre los delitos de trata de seres humanos y **prostitución** forzada. En este sentido la sentencia de esta Sala núm 53/2014, de 4 de febrero , considera que la relación concursal entre el art 177 bis, trata de seres humanos con fines de explotación sexual y los arts 187 o 188, inducción, favorecimiento o explotación posterior de la **prostitución** de la persona víctima de la trata es la de concurso medial o instrumental, por las razones que en dicha sentencia se exponen detalladamente y a las que nos remitimos, concurso que en el momento actual debe sancionarse conforme a las reglas del art 77 3º CP .

DECIMOSEGUNDO.- En consecuencia, y para resumir nuestra doctrina relativa a la problemática concursal del delito de trata de seres humanos.

El párrafo nueve del art 177 bis dispone que en todo caso las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el art 318 bis de este Código, que responde a un bien jurídico diferente, por lo que ambos preceptos se aplicarán separadamente, en relación de concurso real.

El bien jurídico personalísimo que justifica la sanción del tráfico de seres humanos impone que la conducta relativa a cada una de las víctimas deba sancionarse separadamente, conforme a las normas que regulan el concurso real.

La relación concursal existente entre el delito de trata de seres humanos y la **prostitución** forzada es la del concurso medial o instrumental.

En la exposición de la parte recurrente se incluye también una referencia al error de hecho del art. 849.2º de la Lecrim ., pero ni se desarrolla ni se aportan documentos válidos para acreditar el error, por lo que carece del menor fundamento.

Procede, por todo ello, estimar exclusivamente el motivo segundo del recurso, en forma parcial, reduciendo la pena impuesta por el delito de ayuda a la inmigración ilegal.

DECIMOTERCERO.- El primer motivo del recurso interpuesto por la representación del condenado Casiano , se formula al amparo del art 5 4º de la LOPJ en relación con el art 18 1º CE (derecho a la intimidad) y del art 11 1º LOPJ (prueba ilícita), y denuncia la supuesta vulneración de dichos derechos constitucionales.

Considera la parte recurrente que se ha vulnerado el derecho constitucional a la presunción de inocencia porque el Tribunal fundó la condena exclusivamente en la prueba testifical de las víctimas del delito, de la que hace una valoración irracional a la vista de las contradicciones en que incurrieron dichos testigos. Cuestiona la declaración de la víctima Daniela , así como el valor indiciario del resultado de los registros domiciliarios practicados, negando que los objetos hallados en su domicilio puedan ser acreditativos de prácticas de vudú, con los que supuestamente amedrentaba a la víctima, para obligarla a mantenerse en la **prostitución**.

El motivo carece de fundamento. La Sala sentenciadora analiza minuciosamente la prueba practicada en el fundamento jurídico tercero de la sentencia impugnada (folios 18 a 32), valorando minuciosamente el testimonio de las víctimas y las corroboraciones periféricas que los ratifican. En lo que respecta al recurrente la víctima le acusa tanto en sus declaraciones sumariales como en el Plenario, sustancialmente coincidentes, aclarando que el acusado, como esposo de la anterior recurrente, se integraba en el clan familiar que la obligaba a prostituirse.

La Sala sentenciadora descarta la concurrencia de contradicciones relevantes en los testimonios de la víctima, mas allá de cuestiones anecdóticas, que son inevitables y consustanciales a la "naturaleza humana". Las conversaciones telefónicas ratifican la implicación del recurrente.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

DECIMOCUARTO .- El segundo motivo, por vulneración del secreto de las comunicaciones, denuncia la falta de motivación del auto inicial que acordó las intervenciones telefónicas. Considera que es una transposición literal del informe policial y cuestiona que se hayan acordado las intervenciones tras un rechazo inicial, sin prueba suficiente.

El motivo se limita a reproducir las alegaciones ya formuladas ante la Audiencia y que han sido razonadamente rechazadas en el primer fundamento jurídico de la sentencia impugnada, al que nos remitimos. Es reiterada la doctrina jurisprudencial que acepta la motivación por remisión, siendo innecesario reiterar ahora nuestra



abundante doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión, pues resulta suficiente ratificar lo detalladamente expuesto en la sentencia de instancia. Constan declaraciones policiales de la víctima, así como meses de investigación, lo que unido a la naturaleza de los hechos, de especial gravedad, justifican el recurso a la intervención de comunicaciones.

Procede, en consecuencia, desestimar el motivo.

DECIMOQUINTO .- El único motivo del recurso interpuesto por la representación del condenado Gumersindo , al amparo del art 5 4º de la Lecrim y 849 1º de la Lecrim , alega conjunta y confusamente infracción constitucional e infracción legal.

El propio planteamiento del motivo impone su desestimación. Ya hemos señalado que el recurso de casación tiene sus reglas y que su incumplimiento acarrea la inadmisión del recurso. No puede plantearse conjuntamente un motivo que niega los hechos probados, como es la vulneración constitucional, que por la argumentación utilizada debe referirse a la presunción de inocencia, y un motivo como el de infracción de ley que obliga a respetar escrupulosamente los hechos probados.

La presunción de inocencia queda descartada por las declaraciones de las víctimas, y los elementos corroboratorios citados en la sentencia de instancia. Partiendo de los hechos declarados probados se constata que el recurrente obligó a las víctimas a dedicarse y mantenerse en la **prostitución**, amenazándolas, retirándoles el pasaporte y exigiéndoles la entrega del dinero percibido de los clientes. Aun cuando a la primera recurrente le correspondía el papel principal, tanto su esposo como el actual recurrente, su hermano, colaboraban con ella intimidando a las víctimas para que se dedicasen y mantuviesen en el ejercicio de la **prostitución**.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

Procede, en consecuencia, la íntegra desestimación de los recursos interpuestos por estos dos últimos recurrentes, con la correspondiente imposición de las costas del recurso, y la parcial estimación del recurso de la primera recurrente, con declaración de las costas de oficio.

III. FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey, por la autoridad conferida por la Constitución, esta Sala ha decidido

Declarar **HABER LUGAR** , parcialmente, al recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional interpuesto por la representación de Marisa , contra sentencia de fecha 25 de septiembre de 2.015, dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección Primera , en causa seguida a la misma y otros por delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y **prostitución**; y en su virtud, casamos y anulamos dicha sentencia con declaración de las costas de oficio.

Declarar **NO HABER LUGAR** a los recursos de casación por infracción de precepto constitucional interpuesto por la representación de **Casiano** y por infracción de ley e infracción de precepto constitucional interpuesto por la representación de Gumersindo . Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas ocasionadas en sus respectivos recursos.

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

SEGUNDA SENTENCIA

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 lo siguiente

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Octubre de dos mil dieciséis.

El Juzgado de Instrucción núm. 3 de San Bartolomé de Tiiraja, incoó Procedimiento Abreviado y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección Primera, con el número 41/2015 , por delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y **prostitución** contra Marisa , de nacionalidad nigeriana, con NIE NUM000 , sin antecedentes penales, contra Casiano de nacionalidad nigeriana, con NIE NUM003 , y contra Gumersindo , de nacionalidad nigeriana, con NIE NUM006 ; y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 25 de septiembre de 2015 , que ha sido



casada y anulada por la pronunciada por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo en el día de la fecha bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. **D. Candido Conde** -Pumpido Touron hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

UNICO .- Se aceptan y dan por reproducidos los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, así como el resto de sus antecedentes de hecho.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO .- Dando por reproducidos los fundamentos de derecho de la sentencia de instancia que no queden afectados por nuestra sentencia casacional, y por las razones expuestas en la misma, debemos condenar a la recurrente Marisa como autora criminalmente responsable de un delito de ayuda a la inmigración ilegal del art 318 bis del Código Penal , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de UN AÑO DE PRISIÓN, inhabilitación especial para el derecho de sufragio durante el tiempo de duración de la pena privativa de libertad, y costas procesales, pena que se estima proporcionada atendiendo a las circunstancias del hecho y del culpable, y que se impone en el umbral máximo atendiendo a la gravedad de los hechos.

III. FALLO

Debemos condenar y condenamos a Marisa , como autora criminalmente responsable de un delito de ayuda a la inmigración ilegal del art 318 bis del Código Penal , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de UN AÑO DE PRISIÓN, inhabilitación especial para el derecho de sufragio durante el tiempo de duración de la pena privativa de libertad, y costas procesales, DEJANDO SUBSISTENTES LOS DEMÁS PRONUNCIAMIENTOS DE LA SENTENCIA, especialmente las condenas a la recurrente por los delitos de trata de seres humanos y **prostitución** forzada, así como los pronunciamientos relativos a las condenas y absolución de otros acusados, responsabilidad civil y costas.

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

PUBLICACIÓN .- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Touron, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.