



Roj: **STSJ CAT 7584/2021 - ECLI:ES:TJSCAT:2021:7584**

Id Cendoj: **08019312012021100158**

Órgano: **Sección de Apelación Penal. TSJ Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Barcelona**

Sección: **201**

Fecha: **02/11/2021**

Nº de Recurso: **60/2021**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de apelación. Procedimiento abreviado**

Ponente: **MARIA ANGELES VIVAS LARRUY**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 9057/2020,**
STSJ CAT 7584/2021

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA

SECCIÓ D'APEL·LACIO DE LA SALA CIVIL I PENAL

Rollo 60/2021

Audiencia Provincial de Barcelona Sección Tercera

Procedimiento Abreviado 35/2020

Juzgado de Instrucción 1 DIRECCION000

S E N T E N C I A N º

TRIBUNAL

Angels Vivas Larruy

Carlos Mir Puig

Roser Bach Fabregó

Maria Jesus Manzano Meseguer

En Barcelona, a 2 de noviembre de dos mil veintiuno.

Visto por la Sección de Apelación de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, integrada por quienes integran el Tribunal expresado al margen, el Rollo núm. 60/21 formado para resolver el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona en fecha 22 de junio de 2020 en el Procedimiento Abreviado 35/20.

Han sido partes, en calidad de apelante, el Ministerio Fiscal y, en calidad de apelada, Marcelina . Ha sido ponente la magistrada Angels Vivas Larruy, quien expresa el parecer unánime del Tribunal.

ANTECEDENTES PROCESALES

ACEPTANDO los antecedentes de hecho de la sentencia recurrida, y 1. En la sentencia referida se declaran como probados los siguientes hechos: "PRIMERO.- Se declara probado que el día 11 de agosto de 2019, alrededor de las 14:15 horas, la acusada Marcelina , mayor de edad y sin antecedentes penales conocidos, en situación de prisión provisional a resultas de la presente causa desde el 13/08/2019 (privada de libertad desde el 11/08/2019) y sin residencia legal en España, llegó al aeropuerto de Barcelona sito en la localidad de DIRECCION000 en un vuelo procedente de Lima (Perú) albergando en el interior de su organismo un total de



25 preservativos que en conjunto contenían cocaína con un peso neto total de 474,80 gramos y una riqueza base del 80,10 %, destinada al posterior tráfico.

El hallazgo de la sustancia se produjo tras haberse sometido la acusada de forma voluntaria, y tras ser informada de sus derechos, a un control radiológico abdominal en las dependencias del propio aeropuerto. En el momento de su detención le fue intervenido un teléfono móvil y la cantidad de 250 euros en efectivo.

El precio de la citada sustancia distribuida al por menor, y calculada por gramos, en esas fechas habría alcanzado la cantidad aproximada de 44.282,56 euros en el mercado ilícito."

"SEGUNDO.- La acusada fue captada por una organización dedicada al tráfico internacional de drogas que se aprovechó de su situación de extrema vulnerabilidad. En el momento de producirse los hechos era madre de un bebé de cuatro meses nacido de forma prematura tras siete meses de embarazo, residía en un barracón de zinc en uno de los arrabales de Lima junto a su madre, dos hermanos y otras dos personas, siendo los únicos y escasos ingresos los que aporta la madre. Tal situación de pobreza y necesidad le llevó insertar anuncios solicitando trabajo de forma urgente. A través de los mismos fue contactada por la organización que le ofreció la cantidad de 4.000 euros a cambio del transporte de la sustancia. Le facilitaron la obtención del pasaporte y el billete de avión. Después de suministrarle medicación para facilitar la ingesta y el mantenimiento de las "bolas" en el interior de su cuerpo, éstas fueron ingeridas en presencia de quienes la habían captado, transportándola al aeropuerto y diciéndole que a la llegada del de destino la estaría esperando una persona."

Dicha sentencia contiene el siguiente fallo: "Que debemos absolver y absolvemos a Marcelina del delito contra la salud pública del que venía siendo acusada en la presente causa, con todos los pronunciamientos favorables, levantamiento de todas las medidas cautelares acordadas en su contra y declaración de oficio de las costas causadas. Se decreta el comiso de la sustancia intervenida a la que se dará el destino legal correspondiente. Se acuerda la devolución del dinero y objetos intervenidos a la acusada, una vez firme la sentencia absolutoria y salvo que proceda destinarlo a las resultas del proceso. Póngase de forma inmediata en libertad a la acusada remitiendo el correspondiente mandamiento al centro penitenciario en el que se encuentra ingresada."

2. Contra la mencionada sentencia se interpuso recurso de apelación por el ministerio fiscal.

3. Admitido el recurso y dado traslado por diez días a las partes para que presentasen los correspondientes escritos quedaron las actuaciones para deliberación y fallo, que ha ten lugar el 26 de octubre de 2021. El asunto entro en la secretaria del Tribunal el día 22 de febrero de 2021.

HECHOS PROBADOS

Se admiten como tales los así declarados en la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Contra la sentencia dictada en la instancia se interpone por el Ministerio Fiscal recurso de apelación que fundamenta en los siguientes motivos: **a)** Infracción de las normas del ordenamiento jurídico, incorrecta aplicación del art. 177 bis del CP. **b)** Error en la apreciación de la prueba Finaliza su recurso solicitando que se revoque la sentencia y que se dicte sentencia de conformidad con lo interesado en el escrito de calificación. Subsidiariamente, de conformidad con el motivo segundo, por insuficiencia de motivación fáctica interesa la anulación de la sentencia para nueva valoración de la prueba, y sin repetir el juicio, se la condene tal como interesa el Ministerio Fiscal.

2. Primer motivo. Infracción de las normas del ordenamiento jurídico, incorrecta aplicación del art. 177 bis del CP. Alega la recurrente que se ha cometido un error jurídico en el juicio de inferencia, pues partiendo de los hechos probados no se corresponde con la subsunción realizada por el tribunal de instancia. Alega que cuando la nueva valoración se reduzca a prueba documental, cabe la corrección de la sentencia a partir los elementos facticos reflejados en el relato factico, puede modificarse. Se basa en las siguientes consideraciones:

2.1. Que, del fundamento de derecho cuarto de la sentencia, tras el análisis probatorio, se concluye que permite declarar a la acusada víctima de trata de seres humanos, sin argumentar la concurrencia de los requisitos para considerarla como tal. Se ha basado la sentencia, en la declaración de la acusada y el informe de SICAR lo que no considera suficiente. Que fue sorpresivo introducir en el juicio que la acusada era víctima de trata dando una larga explicación en el sentido de que debió de hacerse una información suplementaria para ello. Relatando los pasos "según la guía del CGPJ" sobre las actuaciones judiciales frente a la trata remitiéndose a los allí señalados para la identificación de las víctimas. Que no se hizo uso de art. 746.6º CP (ha de referirse al LECRIM no a CP es un error).



2.2. Pone de manifiesto una metodología, y alega que ha de examinarse si la persona es víctima de trata, y se remite a la directiva 2011/36 UE art. 2, interrogándose sobre si el hecho probado describe los requisitos del art. 177 bis 11 CP que transcribe, concluyendo que no se cumplen, a su parecer, los requisitos que permitirían su aplicación. Así entiende que ha de exigirse que las diversas actividades delictivas lo hayan sido en fase de explotación para la que fue captada, que haya sido consecuencia de una situación directa de violencia intimidación engaño o abuso a la que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad.

2.3. A partir de ahí desarrolla la hipótesis de cómo debe ser la conducta de captación, atracción de una persona para captar su voluntad con fin de explotación, "reclutamiento.... retenida por lo tratantes... traslado y el desarraigo..", y que en el caso concreto no se determinan las fechas para establecer la fase de captación. Ni en que consten los fines de la explotación.

2.4. En cuanto a la participación en la actividad delictiva, transcribe el art. 177 bis 11 del CP, que menciona .. *"participación por consecuencia directa de violencia, intimidación engaño o abuso a la que haya sido sometida"*. Alegando que tal engaño no está explicado. Que ella sabía que llevaba cocaína, que sabía que iba a cobrar, y se requiere la adecuada proporcionalidad. Ella pudo elegir el empleo, tuvo una entrevista, y pudo decirles (a los ofertantes) que no le interesaba pues ellos mismos se lo ofrecen, y concluye que no se dan todos los requisitos para la excusa absolutoria que no puede tratarse como una eximente, que cabría apreciar de forma incompleta si faltara algún elemento. Cierra el recurso alegando la falta de adecuación de la aplicación de la excusa absolutoria porque nada se ha investigado en la instrucción.

3. La sentencia de instancia establece las siguientes conclusiones: **3.1.** Rechaza la ausencia de dolo, en la acusada, porque la acusada sabía que llevaba la droga, o sustancias medicamentosas, en todos casos ilegales.

3.2. Rechaza la concurrencia de un estado de necesidad en el sentido exigido por el C Penal, como circunstancia eximente.

3.3. Declara que era víctima de trata, y justifica la probanza de tal extremo en varios elementos: la declaración de la persona acusada, la amplia documental no impugnada de SICAR ONG que se ocupa de forma especializada de las víctimas de trata, y demás prueba documental.

Así constan los informes psicológicos y sociales de la mujer; y los documentos consistentes en los anuncios que ella insertó en Facebook pidiendo trabajo urgente, la justificación documental de que se encontraba en situación de extrema pobreza, mediante la adscripción al sistema SIS de aseguramiento gratuito dependiente del estado de Perú, el acta de nacimiento de su hijo, un bebe de cuatro meses, que había nacido a los siete de embarazo; la certificación del post parto; los informes médicos del hermano enfermo que también vivía en la misma casa; y la autorización estatal para realización de un muro de contención para la vivienda en el sector de DIRECCION001 , en la ciudad de Lima, describiéndose con ello la situación de extrema pobreza y las condiciones de habitabilidad en el lugar de origen.

3.4. Declara que la Sra. Marcelina fue víctima de abuso de su extrema vulnerabilidad, cometido por los tratantes.

3.5. Establece que se comete el delito contra la salud pública como consecuencia directa del abuso.

3.6. Declara la proporcionalidad entre tal situación y el hecho cometido.

4. Se denuncia por la recurrente infracción de ley; hemos dicho ya en otras ocasiones que la pretendida revocación por este motivo solo podría darse hipotéticamente, partiendo de la intangibilidad de los hechos, pues la discrepancia se limita a la calificación y que, la carga de los hechos obstativos y extintivos corresponden a quien los está alegando en este caso a la acusada.

5. Rechazamos la conclusión de la recurrente que la declaración de víctima de trata solo cabe en el marco del procedimiento administrativo para ello. No lo dice el código penal, ni este remite a ningún procedimiento administrativo. Desde el punto de vista de la definición de víctima de trata, que es lo que aquí importa, ha de referirse a una persona sometida a la acción del art. 177 bis 1 del CP, es decir a las víctimas de la conducta delictiva (de los tratantes).

6. Dicho esto, y aceptando un concepto restringido de víctima a los efectos de apreciación de la circunstancia nº 11 del citado art. 177 bis 1 del CP no es imprescindible que para considerar, desde el punto de vista judicial, a una persona como víctima de trata deba de existir un pronunciamiento judicial, anterior o simultáneo, sobre la existencia del delito de trata. Es decir, tal declaración puede producirse perfectamente en el seno de un proceso penal en el que se enjuicia la infracción penal que ha cometido la persona sometida a trata.

7. Las referencias a las que alude la recurrente son las contenidas en la guía del CGPJ (Guía de criterios de actuación judicial frente a la trata de seres humanos, Madrid 2018); se refieren a la hipótesis más frecuente



o estudiada con mayor frecuencia por la jurisprudencia, de víctimas de trata para la explotación sexual, pero esta no es la única modalidad contenida en el art. 177 bis.1 del CP.

La Guía que cita la recurrente contempla la aplicación del punto 11 del art. 191 bis.1 CP, en el marco del recurso de revisión. El Tribunal Supremo, precisamente en el ámbito de ese recurso, por todas mencionamos los autos (ATTS de 20 de mayo de 2013, JUR182979 y de 17 noviembre de 2017 JUR2017295584), referidos a un primer y segundo recurso de revisión del mismo asunto, una solicitud de revisión de condena por coacciones a una mujer nigeriana, por el delito cometido en el marco de la trata, que fueron denegados.

Estas resoluciones consideran insuficientes, a los efectos de la anulación de una condena penal, con independencia de que sea sentencia de conformidad, la apreciación policial de que pudo ser víctima de trata.

Y apuntan, en relación a las exigencias del precepto art. 177.1 bis 11CP que: **a)** la infracción haya sido cometida en el contexto de la explotación (dice que no fue probado... en el juicio); **b)** la concesión administrativa del periodo de restablecimiento y reflexión (art. 59 Ley 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, se enmarca en el procedimiento de expulsión y es allí donde ha de tener efectos (ATS de 17/11/17); **c)** la apreciación policial de que existen motivos razonables para creer que ha podido ser víctima de trata no es suficiente a los efectos de la anulación de la condena; y **d)** finalmente refiere que, estando ya el precepto en vigor en el momento de los hechos, y celebrado el juicio oral pudo ser alegada (la condición de víctima) entonces y no se hizo.

De esta doctrina se infiere claramente que el alto Tribunal, no descarta la posibilidad, es más la contempla, de practicar esa prueba en juicio, lo cual permite aplicar el remedio de la excusa absolutoria del punto 11 del art. 177.bis 1 del CP.

8. Establecido lo anterior, la prueba ha de versar sobre si se cumplen o no los requisitos del citado art. 177bis 1.11CP. En consecuencia: que una persona sea víctima de trata, incluso si existe los protocolos y se aplican, es una constatación que puede hacer evidentemente la autoridad judicial en base a los hechos que se le presentan, y la prueba que se practica en juicio.

La declaración administrativa, de status legal de "víctima de trata" tiene la connotación de acceder por ese reconocimiento a un periodo de reflexión, a la posibilidad de obtener documentación, al compromiso de aportar información sobre los captores, entre otras cosas; pero la ausencia previa de este reconocimiento, no implica que no quepan otras formas de acreditación distintas a la indicada por la recurrente.

La detención en la fase de la explotación no empece a la obtención de información de la víctima tendente a identificar a los tratantes, en otros momentos, incluso los iniciales, y a abrir líneas de indagación sobre el delito de trata. En este caso, la víctima, sí hizo aportaciones de lo que tenía y sabía, con independencia de que, el material obtenido, no haya sido objeto de investigación o de investigación más profunda.

9. Como se verá fácilmente, más bien nos encontramos en un supuesto en el que, la identificación de la víctima de trata es posterior a la comisión del delito, sin que se siga proceso contra los tratantes y pendiente ella de enjuiciamiento. Es un caso, no infrecuente, en que la administración no las identifica, y que existe un periodo bien corto entre la captación y la explotación para la efectiva comisión del delito.

Siguiendo con el argumento se evidencia también que, si rechazáramos la posibilidad de la declaración judicial de ser "víctima de trata en juicio" y la práctica de prueba para su acreditación, sin que se juzgue ni se persiga a los tratantes, se haría inviable o al menos les dificultaríamos enormemente a estas víctimas acudir a un recurso de revisión para anular la condena, que, de esta manera con la prueba pertinente puede evitarse, y analizarse en el juicio.

A su vez, la aplicación del art. 177.bis 1.11CP, cobra el sentido que originariamente tuvo en la Directiva traspuesta, siempre que se cumplan los requisitos que indica, que de otro modo sería inaplicable. Lo dice la sentencia también de forma asertiva, en su fundamento cuarto del que transcribimos el pasaje cita: "la recomendación establecida por el artículo 26º de la Convención de Varsovia ("*... las Partes deberán prever, con arreglo a los principios fundamentales de su sistema jurídico, la posibilidad de no imponer sanciones a las víctimas por haber tomado parte en actividades ilícitas cuando hayan sido obligadas a ello*") y trae causa directa de la trasposición de la Directiva 36/2011/CE (que en su artículo 8ª establece que "*los Estados miembros adoptarán, de conformidad con los principios básicos de sus respectivos ordenamientos jurídicos, las medidas necesarias para garantizar que las autoridades nacionales competentes puedan optar por no enjuiciar ni imponer penas a las víctimas de la trata de seres humanos por su participación en actividades ilícitas que se hayan visto obligadas a cometer como consecuencia directa de haber sido objeto de cualquiera de los actos contemplados en el artículo 2º*").



10. La reciente Guía de Buenas Prácticas en la Instrucción y el Enjuiciamiento, publicada por el Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, CEJFE, en 2021, concebida como complementaria a la que realizó el CGPJ en 2018, y en el ámbito de *L'Observatori Catalá en violencia masclista*, apunta a la forma de colaboración en la identificación de las víctimas, en el marco de su protección y de su estatuto jurídico, reconocida en la normativa nacional e internacional, y al margen del Estatuto de la Víctima Ley 44/2005 de 27 de abril, entre otras en base a la STEDH15/2017 que indica: " *En las acciones de protección se incluyen las de identificación de las víctimas elaboradas por personas especializadas así como la asistencia a las víctimas para su recuperación*".

Se reconoce por tanto, el valor de las intervenciones de identificación de las organizaciones especializadas, en este caso SICAR.cat a la alude la sentencia impugnada referenciándola como, "(*entidad sin ánimo de lucro que colabora a nivel institucional con la autoridades policiales y administrativas especializadas en la materia y cuya relevancia al respecto en el ámbito de la CCAA de Cataluña es sobradamente conocida*)", en orden a la aportación de prueba al proceso, incluso cuando su intervención se produce, como en este caso, sin que haya proceso a los tratantes, habiendo iniciado la actuación en el momento en que hay evidencias o indicadores, que aconsejan el análisis sobre la situación de esa persona (acusada) y su entrada en el programa para valoración de víctimas de trata.

11. En el caso que analizamos no se da el supuesto de persecución de un delito de trata. Las referencias a la información suplementaria que invoca la recurrente, en el actual asunto nada tienen que ver. Se contaba con información desde el inicio, y esta es la documental que se trae a juicio, que por lo demás no ha sido impugnada. La detención de la mujer fue el 11 de agosto de 2019, el día 13 de agosto se acordó su prisión provisional sin fianza, el día 19 de septiembre ya se emitió un informe por parte de SICAR, estando ella en prisión.

Ello consta, no solo en el recurso de reforma de la pieza de situación (pag.13), cuando en 18/9/19 se dice por la letrada de Marcelina que entra en el programa de valoración de víctimas de trata SICAR. En el recurso de apelación lo dice de nuevo presentando documentación; y el tribunal de apelación de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 7ª al resolver el recurso contra la prisión provisional, en su auto nº 868/19 de 19 de noviembre, analiza el tema en su argumentación.

En el escrito de conclusiones provisionales de la defensa (folio 110) del PA 129/19 del Juzgado 1 del DIRECCION000 , consta la mención, con la solicitud de que se aplique la circunstancia 11 del art. 177 bis 1 del CP, como excusa absoluta, y se acompañan hasta 22 documentos.

Por tanto en absoluto puede tacharse la alegación de sorpresiva en juicio, ni puede prosperar la argumentación de la recurrente de que no ha habido instrucción previa. La administración conocía la situación, la fiscalía tuvo acceso y copia de la causa, y añadimos, en Barcelona, existe una Fiscalía especializada en Extranjería que trabaja activamente en el tema de trata de seres humanos, forma parte de todos los convenios al respecto, y ha participado en la elaboración de los protocolos en Catalunya y a nivel del Estado. Por consiguiente no puede alegarse la sorpresa como elemento que sustente las pretensiones de la apelante. Se rechazan estos motivos.

La acusada fue captada, lo declara probado la sentencia, lo indica aludiendo a algunos ítems y por remisión a la pericial documentada que, insistimos, no se ha impugnado. Así lo justifica en un exhaustivo análisis de la organización SICAR (fols. 110 a 122); se comprobó el contacto, los anuncios de ella solicitando trabajo urgente por Facebook, la tramitación de documentos para el viaje basta ver que la expedición del pasaporte es de fecha 8 de agosto de 2019,(fol.15), la entrega de los documentos identificativos del lugar donde se iba a alojar en Barcelona (fol. 21) Hostal DIRECCION002 c/ DIRECCION003 NUM000 , el teléfono que fue incautado por la policía en el momento de su detención, y el análisis de concurrencia de circunstancias vitales de pobreza (reconocido por el propio estado de Perú),y la dependencia de su hijo menor de cuatro meses. Entre otras.

12. Igualmente consta la fase de explotación, que puede ser una fase corta. Las fechas en las que se producen los hechos están documentadas, pues están los billetes de avión: eran de 10 de agosto Lima-Barcelona y la vuelta Barcelona-Lima el 4 de septiembre (fol. 24) de las actuaciones, los anuncios solicitando trabajo son de los días 6 y 7 de agosto en Facebook, (fol. 123 y 124) la expedición del pasaporte el 8 de agosto de 2019(fol.15), y la llegada a Barcelona el día 11 de agosto, por tanto es un espacio corto de captación pero existente, y posterior explotación para cometer el delito. En cuanto a los fines de la explotación es claro que se utiliza a una persona en situación vulnerable, lo dice la propia sentencia, para hacer el transporte de la droga. Debe hacerse también hincapié en la declaración de la Sra. Marcelina , que la sentencia valora y a la que no puede oponerse tacha, ni de hecho la recurrente la opuso, ya que su declaración ha sido corroborada y apoyada por la pericial documentada y la documental, incluida la aportada en el atestado por la policía. En conclusión la prueba ha sido valorada en su integridad.

13. Respecto de la alegación de que no puede ser tratada la excusa absoluta como una eximente, el Código penal articula la excusa como tal al indicar en su redacción "... *Sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales de este código, la víctima de trata de seres humanos quedará exenta...*" es decir, su aplicación es



independiente de las reglas generales, en el sentido de puede serlo cuando no lo sean otros mecanismos de exención de pena, y más amplia. En este sentido, también la Circular de la Fiscalía FGE 3/2010 sobre el régimen transitorio aplicable a la reforma del CP operada por la LO 5/2010 de 22 de junio indica que el apartado 11 *"permitirá salvar los obstáculos que se han venido planteando por no concurrir la totalidad de los requisitos necesarios, para la aplicación de las eximente de estado de necesidad o miedo insuperable en conductas penales cometidas por las víctimas de trata."* Lo que desde luego no puede prosperar, es el argumento de la recurrente, de que no puede apreciarse la excusa absolutoria porque no se ha investigado antes del juicio.

Añadimos a lo ya expuesto, que no contemplando la dicción del precepto (punto 11 art. 177bis 1 CP) la descripción de datos objetivables como se hace en otras excusas contempladas en el CP para otros delitos como podría ser el parentesco, parece evidente que la concurrencia de los requisitos para la aplicación de la citada excusa ha de ser sometido a prueba, para establecer su aplicación.

14. En el caso de autos, este análisis se realiza de forma exhaustiva por la sentencia, que es descriptiva en los hechos y en la fundamentación. Se da por probada la captación y la comisión del delito en fase de explotación, la concurrencia del abuso tratándose de una persona en situación de vulnerabilidad, entendiendo que son causas que pueden colocar a una persona en situación de necesidad o vulnerabilidad frente a los tratantes, entre otros, la pobreza extrema; y finalmente explica la proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado.

La declaración del abuso va intrínsecamente ligada a la declaración de que es una persona en estado de vulnerabilidad, lo cual nos remite al mismo articulado del CP, art. 177 bis 1º, cuando indica: *" existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa real o aceptable que someterse al abuso."*

Por ello conviene insistir en que el caso analizado, pueden diferenciarse sin problema las distintas fases de captación y explotación para cometer el delito, que se comete efectivamente, y la comisión del abuso sobre una persona que no tiene más opción real o aceptable que someterse al abuso; que en esta fase de explotación es sometida a todo tipo de control personal como ha declarado, siendo llevada, después de confiar al bebe a una amiga diciéndole que se iba unos días por trabajo, a un establecimiento donde tras una preparación corporal mediante ingesta medicamentosa, e inyectable es obligada a tragar hasta 28 condones que contenían cocaína líquida, fue transportada al aeropuerto de Lima con 250 euros, dinero que se le interviene a la llegada, portando su billete de vuelta y su reserva de alojamiento en Barcelona.

Tampoco hay duda de que la mujer se encontró al llegar en situación de desarraigo, en un lugar que desconocía, y sin contactos, solo con la indicación de que la recogería alguien que la esperaba en el aeropuerto, de quien desconocía cualquier referencia, siendo esta persona (de la organización) la que la esperaba, sobre esto tampoco se hizo comprobación alguna, ni sobre la reserva del Hostal, ni sobre el teléfono. La sentencia razona de forma argumentada para concluir con la concurrencia de estos presupuestos. Es decir, hay abuso de una persona en situación de vulnerabilidad.

15. Finalmente en cuanto a la *" proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado"*, que exige el punto 11 del art. 177bis1 CP, la sentencia concluye que sí se da, con toda corrección, indicando de forma expresa, en el fundamento tercero: *"...existe una adecuada proporcionalidad entre tal situación y el hecho criminal cometido, tal y como exige el propio precepto. Requisito este último que, por ejemplo, no permitiría su aplicación en la comisión de otra clase de delitos (piénsese, por ejemplo, en que el encargo consistiera en actuar como "sicario" para dar muerte a otra persona).*

Añadimos la referencia de la comparación penológica en abstracto entre el delito cometido contra la salud pública art. 368-1ºCP, y el delito de trata de seres humanos art. 177 bis 1º CP, que evidencia la mayor gravedad del segundo cuya pena prevista es de cinco a ocho años de prisión, respecto del primero de tres a seis años. De manera que concurren las exigencias del citado precepto, se hace innecesario acudir a la regla general de aplicación aludida, subsidiaria, de causa de justificación o de exculpación. Por lo expuesto no puede atenderse la concurrencia de infracción legal que alega la recurrente. Se rechaza el motivo.

16. Segundo motivo, y subsidiario, del recurso: la nulidad de la sentencia por error en la valoración de la prueba. Como es sabido, y hemos indicado en otras resoluciones, la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (que cabe rastrear en la sentencia dictada en el caso Ekbatani contra Suecia, de 26 de mayo de 1988, y entre cuyos ejemplos más depurados se encuentra la dictada en el caso Lacadena Calero contra España, de 22 de noviembre de 2011), ha encontrado eco en la doctrina del Tribunal Constitucional desde la STC 167/2002 hasta la fecha.

17. Como claro exponente, la STC 59/2018 destaca que cuando se dicta sentencia absolutoria en la instancia no cabe en ningún caso la revocación de la absolución para condenar en apelación, sino la anulación de la



sentencia absolutoria, cuando ésta es fruto de un error manifiesto y relevante en la apreciación de la prueba o de una omisión injustificada de prueba de contenido incriminatorio o de una valoración arbitraria o ilógica de la prueba. Por tanto, la valoración judicial de la prueba practicada sólo podría, de ser manifiestamente errónea, salvarse mediante la identificación de lesión del derecho de la parte denunciante a la tutela judicial efectiva, pues sólo en supuestos en los que la valoración revelara arbitrariedad y con ella pudiera identificarse lesión de ese derecho o en supuestos de falta absoluta de motivación de la absolución, cabría declarar la nulidad de la sentencia.

18. Fruto de la recepción de tal doctrina, la ley 41/2015 modificó el recurso de apelación penal. Así, del juego de los artículos 792.2 y 790.2 párrafo tercero, ambos de la Lecrim, se desprende: a) Que la sentencia de apelación no puede condenar a la persona acusada que resultó absuelta en la instancia ni agravar la sentencia condenatoria por error en la apreciación de las pruebas; b) Que, no obstante, podrá ser anulada devolviéndose al órgano que dictó la resolución recurrida; c) Ahora bien, para ello será preciso justificar la insuficiencia o falta de racionalidad de la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de la experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia, o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada.

19. Este doble régimen en materia de revisión de la valoración probatoria entre sentencias de condena y sentencias absolutorias refleja la diferente titularidad de derechos en el proceso penal entre parte acusadora y parte acusada. Como ha reiterado el Tribunal Constitucional (STC 157/1990 entre muchas otras), el ejercicio de la acción penal no garantiza el éxito de la pretensión punitiva de quien la ejercita, ni obliga al Estado, titular del ius puniendi, a imponer sanciones penales en todo caso. Sus derechos constitucionales se contraen al acceso al proceso y a la defensa, integrados en el derecho a la tutela judicial efectiva. A diferencia de ello, la parte acusada es titular exclusiva de un conjunto más amplio de derechos dado el objeto último del proceso penal, que no se instituye como mecanismo de solución de un conflicto entre partes sino para la administración del ius puniendi del Estado (STC 41/1997). Ello exige que, en cuanto pueda sufrir la intervención punitiva del Estado, goce de unas garantías constitucionales, procesales y sustantivas, diferentes y mayores que la de otros participantes en el proceso. Bajo tal perspectiva, como ha dicho la STC 141/2006, "*... el reconocimiento del derecho a la presunción de inocencia, y las rigurosas garantías que contiene para la determinación de los hechos que conducen a la responsabilidad penal del acusado, no supone un derecho paralelo del acusador en relación con los hechos que comportan la absolución y con ello la contradicción de sus pretensiones. Si el acusador impugna el razonamiento judicial que ha conducido a la constatación de tales hechos, la perspectiva constitucional que puede ampararle es la del derecho a la tutela judicial efectiva, y lo hará si tal razonamiento resulta arbitrario o manifiestamente irrazonable o, significativamente en este ámbito de lo fáctico, si incurre en un error patente*".

20. Ello tiene una gran trascendencia en el ámbito del control de la valoración de la prueba en vía de apelación, pues: a) En el caso de las sentencias absolutorias, el derecho a la tutela judicial efectiva de las acusaciones sólo podrá entenderse lesionado cuando la falta de acreditación de la hipótesis acusatoria sea fruto de un error patente, esto es, cuando en la valoración se advierta irracionalidad, arbitrariedad o manifiesta insuficiencia de la motivación fáctica. Ello podrá tener lugar por un manifiesto apartamiento de parámetros racionales de argumentación o de máximas de la experiencia, por haberse obtenido las conclusiones fácticas sin fundarse en ningún medio de prueba, o por haberse omitido todo razonamiento sobre pruebas relevantes.

Así, a los efectos que ahora nos interesan, ello se traduce en que no bastará para dar por probada la hipótesis de la acusación con que la misma sea la consecuencia más razonable de las pruebas practicadas, sino que debe serlo más allá de toda duda razonable, pues, como también ha declarado el Tribunal Constitucional, no existe una especie de "*derecho a la presunción de inocencia invertido*" (STC 141/2006). Por tanto, la nulidad pretendida no sería posible si la conclusión del tribunal de instancia se basa en la valoración completa y racional del cuadro de prueba.

21. La recurrente alega de nuevo que no se han probado los tres requisitos del artículo 177 bis 1.11, que en la sentencia no se motiva adecuadamente porque la acusada es víctima de trata, que no hay identificación formal, no se explica en qué consistió la captación, no se valora de forma suficiente porque considera que la actividad delictiva se hace en fase de explotación, y porque se concluye que ha habido abuso o engaño; así como que, nada se dice respecto del requisito de proporcionalidad. Los temas que, de nuevo, plantea la recurrente ya han sido tratados con anterioridad, hemos de remitirnos a lo ya razonado, en particular al punto tercero de esta resolución.

A tenor de lo expuesto concluimos que el tribunal de instancia en su sentencia ha valorado la prueba en su integridad justificándola adecuadamente, de la que se desprende que la misma tiene la aptitud y consistencia para sustentar la conclusión alcanzada.



22. El recurso debe ser desestimado y se declaran de oficio las costas procesales de esta segunda instancia.

Fallamos,

en atención a lo expuesto, no haber lugar al recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia de 22 de junio de 2020 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Tercera), cuya resolución confirmamos íntegramente.

Se declaran de oficio las costas de esta alzada.

Notifíquese la presente resolución a las partes.

Esta es nuestra sentencia que firmamos y ordenamos.

PUBLICACIÓN: La anterior sentencia fue leída y publicada en el día de su fecha por la magistrada ponente; de lo que yo el Letrado de la Administración de Justicia certifico y doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ