

Tribunal Supremo 14-4-2009, nº 425/2009, rec. 1451/2008. delito de promoción de la inmigración ilegal para la explotación sexual y contra los derechos de los trabajadores.

RESUMEN

Señala el Tribunal Supremo que no se discute que se trataba de ciudadanas extranjeras sin permiso de trabajo, que habían entrado en España simulando ser turistas, lo verdaderamente trascendente es si se puede hablar de una restricción de derechos laborales legalmente reconocidos, lo que nos lleva al tema de la naturaleza jurídica de la relación que se establece entre las mujeres que alternan y prestan servicios sexuales en un club y sus empleadores. Entiende la Sala que en casos como éste, en el que no existió violencia, intimidación, engaño, abuso de superioridad, especial vulnerabilidad de la víctima o su minoría de edad o incapacidad, ni se ha puesto en peligro ni la vida ni la integridad física de las personas afectadas y, al margen de razones de moralidad, puede considerarse que estamos ante una actividad económica no incardinada en el delito del art. 312 CP 95, ya que no concurre ninguno de los elementos del tipo que permitan su aplicación, por lo que en segunda sentencia les absuelve de tal delito.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 7 de Vigo, instruyó sumario con el número 2/2006, contra y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 5ª que, con fecha 30 de Abril de 2008, dictó sentencia que contiene los siguientes hechos probados:

Único.- Gilda Alice y Domingo, unidos por relación de pareja análoga a la matrimonial, regentaban dos clubs en la ciudad de Vigo, denominados uno Mamba Negra sito en la Avenida de Castrelos 213, y otro Skorpion sito en la Avenida de la Hispanidad; a tal efecto habían creado la sociedad Borges Ferreira S.L. en escritura de fecha 16 de enero de 2006.

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

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

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

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

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

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

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

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

Además Gilda Alice y Domingo fueron quienes adquirieron los billetes de avión usados para entrar en España de las siguientes mujeres que fueron identificadas en el interior del club Mamba Negra durante el registro judicial practicado el 10 de junio de 2006: Jeane A.A., NIE ..., que entró procedente de Brasil el 9 de febrero de 2006 en vuelo Manaus-Vigo; Vanderlen con pasaporte de Brasil ..., entró procedente de Brasil el 13 de abril de 2006 en vuelo Manaus-Vigo; Suzi, con pasaporte de Brasil ..., entró procedente de Brasil el 16 de marzo de 2006 en vuelo Manaus-Vigo; Jeane R.C., con pasaporte de Brasil ..., entro procedente de Brasil el 17 de marzo de 2006 en vuelo Manaus-Vigo; Clenice, con pasaporte de Brasil ..., entró procedente de Brasil el 19 de marzo de 2006 en vuelo Manaus-Vigo; María, con pasaporte de Brasil ..., entró procedente de Brasil el 11 de abril de 2006 en vuelo San Luis Vigo; Vanderleine, con pasaporte de Brasil ..., entró procedente de Brasil el 18 de febrero de 2006. También adquirieron el billete de avión usado para entrar en España por Irialde, que procedente de Brasil entró en España el 19 de marzo de 2006, y abandonó el Club Mamba Negra en fecha no determinada; el usado por Claudia, con pasaporte de Brasil ..., que entró procedente de Brasil el 4 de febrero de 2006, y abandonó el Club Mamba Negra el 8 de febrero de 2006; el usado por Eliene, con pasaporte de Brasil ..., que entró procedente de Brasil el 4 de febrero de 2006, y abandonó el Club Mamba Negra el 8 de febrero de 2006 y el usado por Sinaria, con pasaporte de Brasil ..., entró en España el 24 de abril de 2006 en vuelo Sao Luis Fortaleza-Sao Paulo-Madrid-Vigo, y fue identificada en el club Sherathon en el registro judicial practicado el 10 de junio de 2006.

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: Fallamos: Se condena a Domingo como autor y criminalmente responsable de un delito promoción de la inmigración ilegal sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Se condena a Gilda Alice como autora y criminalmente responsable de un delito promoción de la inmigración ilegal.

Se condena a Manuel como autor y criminalmente responsable de un delito promoción de la inmigración ilegal

Se absuelve a Domingo y a Gilda Alice de los delitos del artículo 188. 1 del Código penal de los que habían sido acusados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La citada sentencia de la Sala de lo Social de este Tribunal Supremo, inadmitiendo un Recurso para unificación de doctrina, cita a otras resoluciones de 3 de Marzo de 1981, 25 de Febrero de 1984, 19 de Mayo de 1985 y 4 de Febrero de 1988, además de otra más reciente, de 17 de Noviembre de 2004, recordando que la Sala ha admitido que la actividad de alterne puede realizarse por cuenta ajena y de forma retribuida y dependiente.

Admite que existe dificultad para determinar si la relación entre las partes tiene o no carácter laboral por la concurrencia o no de las notas tipificadoras de esta clase de relación. No discute que la relación contractual que regulaba los servicios de agrado a los clientes, remunerada con el 50% de las consumiciones, con un horario determinado, tiene naturaleza laboral y no puede ser calificada como arrendamientos de servicios. Se trata de un verdadero contrato de trabajo, tal como se describe en el artículo 1.1º del Estatuto de los Trabajadores.

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

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

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

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

11.- Así mismo, la jurisprudencia de esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse, en algunos supuestos, en relación con la posible concurrencia del artículo 312.3º, con el 318-bis 1 y 2 del Código Penal, es decir, en los casos en los que, como sucede en el presente, no existe violencia, intimidación, engaño, abuso de superioridad, especial vulnerabilidad de la víctima o su minoría de edad o incapacidad. Por supuesto, según el hecho probado, no se ha puesto en peligro ni la vida ni la integridad física de las personas afectadas.

Por lo expuesto el motivo debe ser estimado

FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Domingo y Gilda Alice,

SEGUNDA SENTENCIA

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

ANTECEDENTES

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS

1.- Se dan por reproducidos los fundamentos de derecho segundo y tercero de la sentencia antecedente.

2.- En los fundamentos se hace una remisión a los apartados sobre la inexistencia de los delitos contra los trabajadores. Se absuelve a los tres de este delito y a Manuel por aplicación de lo previsto en el art. 903 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS

Que debemos absolver y absolvemos a Domingo y Hilda (Gilda) Alice del delito de contra los derechos de los trabajadores por el que venían condenados. Fallo que se hace extensivo al otro procesado Manuel por aplicación del artículo 903 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.