

I. INTRODUCCIÓN.

1. Lucha internacional contra la trata de seres humanos y la inmigración ilegal: Breve referencia a la Convención de Palermo de 2000 de Naciones Unidas contra el crimen organizado transnacional. Tras la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Palermo, 2000) y la aprobación de los Protocolos que la complementan (*Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños* [PTP], y *Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire* [PTIM]), en el ámbito internacional se han definido de manera diferenciada dos tipos de conductas delictivas directamente vinculadas con el fenómeno ilícito de los flujos migratorios: la *trata de personas* y el *tráfico ilícito de migrantes*.

Ambas modalidades criminales son trascendentes para el Derecho Internacional con relevancia penal por cuanto los Estados que suscriban esos instrumentos jurídicos internacionales, como ocurre con España, están obligados a tipificar como delito en su derecho interno las conductas enunciadas en los artículos 3 y 6 de los respectivos Protocolos, al menos *cuando esos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado* (artículos 4 de ambos Protocolos).

► Los dos Protocolos han sido suscritos por España estando en vigor, respectivamente, desde el 25 de diciembre de 2003 y 28 de enero de 2004 (Instrumentos de Ratificación en BOE N° 296 11/12/2003 y en BOE n. 295 de 10/12/2003).

El *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños*, culmina un proceso de debate en diversos sectores internacionales sobre una de las realidades delictivas más perversas relacionada con el crimen organizado transnacional, iniciado a principios de los años 90 del siglo pasado, al comprobarse que los instrumentos internacionales precedentes dirigidos a prevenir y erradicar la *trata de blancas* y la *esclavitud* eran patentemente caducos e insuficientes.

Los instrumentos internacionales preexistentes más relevantes eran: ► Acuerdo internacional del 18 de mayo de 1904 para la represión de la trata de blancas, modificado por el Protocolo aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 3 de diciembre de 1948 ► Convenio internacional del 4 de mayo de 1910 para la represión de la trata de blancas, modificado por el precitado Protocolo ► Convenio internacional del 30 de septiembre de 1921 para la represión de la trata de mujeres y niños, modificado por el Protocolo aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de octubre de 1947 ► Convención sobre la Esclavitud, Firmada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926 ► Convenio sobre el trabajo forzoso, Convenio (Núm. 29) relativo al trabajo forzoso u obligatorio, adoptado el 28 de junio de 1930 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su decimocuarta reunión ► Convenio internacional del 11 de octubre de 1933 para la represión de la trata de mujeres mayores de edad, modificado por el precitado Protocolo ► Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, adoptado por la Asamblea General en su resolución 317 (IV), de 2 de diciembre de 1949 ► Protocolo para modificar la Convención sobre la Esclavitud firmada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926 adoptado por la Asamblea General en su resolución 794 (VIII), de 23 de octubre de 1953 ► Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, adoptada por una Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social en su resolución 608 (XXI), de 30 de abril de 1956 ► Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, Convenio (Núm. 105) relativo a la abolición de trabajo forzoso, adoptado el 25 de junio de 1957 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su cuadragésima reunión. Todos ellos no sólo omitían una tipificación vinculante pormenorizada de las conductas relevantes, sino también carecían de la comprensión del problema en una sociedad globalizada como la contemporánea en las que las organizaciones mafiosas encuentran un terreno abonado a los exorbitantes negocios ilegales y al blanqueo de dinero.

Fundamentalmente las preocupaciones preferentes abordadas en el PTP están dirigidas no sólo a combatir la explotación sexual, especialmente de mujeres y niños (A), sino también la erradicación de las nuevas formas de esclavitud (B).

(A) Vinculada a los derechos humanos de la mujer, especialmente al principio de igualdad, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena el 14 a 25 junio 1993, en su conclusión Núm. 18, entre otras declaraciones proclama que *la violencia y todas las formas de acoso y explotación sexuales, en particular las derivadas de prejuicios culturales y de la trata internacional de personas son incompatibles con la dignidad y la valía de la persona humana y deben ser eliminadas*; posteriormente, en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, de las Naciones Unidas, celebrada en Pekín (Beijing) del 4 al 15 de septiembre de 1995 se profundiza en el debate trasladándose a la opinión pública mundial la preocupación sobre el estado negativo de los derechos humanos en relación con la mujer; por fin, la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas 1999/40, *profundamente preocupada por el abuso persistente y cada vez mayor de nuevas tecnologías de la información, incluida Internet, para los efectos de la prostitución, la pornografía infantil, la pedofilia, la trata de mujeres con fines de matrimonio y el turismo sexual*, entre otras declaraciones *hace un llamamiento a los gobiernos para que tipifiquen la*

trata de mujeres y niñas en todas sus formas, condenen y castiguen a todos los delincuentes involucrados, incluidos los intermediarios, ya hayan cometido el delito en su propio país o en un país extranjero, velando al propio tiempo por que no se castigue a las víctimas de esas prácticas, y castiguen a quienes ocupen cargos de autoridad y sean declarados culpables de agresión sexual de las víctimas (6) y alienta también a los gobiernos a que, al elaborar el proyecto de convención contra la delincuencia transnacional organizada, y el correspondiente proyecto de protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de mujeres y niños, incluyan cabalmente una perspectiva de derechos humanos... (8). (B) El PTP, aún cuando prioritariamente se preocupe de la trata de mujeres y niños en su manifestación de explotación sexual, siguiendo la Resolución de la Subcomisión de Derechos Humanos 1993/5 del Grupo de Trabajo sobre las Formas Contemporáneas de la Esclavitud de Naciones Unidas, determina la necesidad de ampliar en su propio contexto la lucha contra cualquier explotación constitutiva de esclavitud o servidumbre según los parámetros del Siglo XXI, esto es comprensiva no solo de los trabajos forzados sino también las diversas violaciones de los derechos humanos estrechamente vinculadas con ella (especialmente la venta de niños, la explotación del trabajo infantil, la utilización de niños en los conflictos armados, la servidumbre por deudas, la trata de personas para la venta de órganos humanos y los matrimonios de conveniencia para todo tipo de explotación).

En efecto, la trata de seres humanos constituye uno de los atentados más intolerables contra los derechos humanos, significadamente en cuanto lesiona gravemente la dignidad de la persona. Se caracteriza por llevar a cabo un desplazamiento coactivo, forzado, o engañoso de una persona de su más inmediato entorno social, familiar, lingüístico o cultural a otro extraño provocador de una situación de insufrible vulnerabilidad para lograr vencer su resistencia e imponer su explotación sexual, laboral o extraer sus órganos. En principio abarca cualquier tipo de desplazamiento forzado de la víctima (transnacional o no) que, en su condición de tal, debe ser sometida no sólo a un régimen especial de protección [arts 6 y 7 PTP], sino también de repatriación [art. 8 PTP].

A) Cualitativamente es considerada como uno de los atentados más graves a la dignidad humana por cuanto al *cosificar* al ser humano no sólo atenta contra su libertad e integridad, sino también por las circunstancias en que se realiza provoca en la víctima efectos psicológicos equivalentes a los que produce la tortura, anula la autoestima y la capacidad de reacción emocional, consiguiendo reconvertir al ser humano que lo sufre en un mero objeto o mercancía de comercio que pierde la conciencia de su propia situación; B) Del mismo modo, su ejecución siempre va acompañada de numerosas actividades delictivas conexas atentatorias del individuo y de los intereses generales del Estado; C) Al ser desarrollada normalmente por organizaciones criminales transnacionales además de dificultar enormemente su persecución y castigo -que necesariamente debe realizarse mediante la estrecha colaboración interestatal-, socava muchas estructuras institucionales de los Estados afectados que pueden verse afectados por la corrupción de sus funcionarios; D) Al estar especialmente vinculada con la prostitución ha logrado que en muchas sociedades avanzadas por la opinión pública no se haya tomado conciencia de la verdadera situación de las mujeres explotadas, muchas veces al relacionarse indebidamente y torticeramente toda su problemática con un debate ajeno a la cuestión como es el de la abolición o no de la prostitución y de la libertad de decisión de la mujer sobre su propio cuerpo, provocando el efecto paradójico de que la trata aumenta día a día y sin embargo sea cada vez menos visible; E) Es uno de los signos más intolerables de la discriminación universal entre el primer y el tercer mundo; F) Cuantitativamente la gravedad del delito se manifiesta en la medida de que todas las organizaciones internacionales preocupadas por esta lacra lo catalogan como el tercero de los negocios criminales más lucrativos (tras las drogas y la venta de armas), afectando a ciento de miles de personas en todo el mundo.

Si bien en el delito de trata de personas prevalece la protección de la libertad y la dignidad de los sujetos pasivos que la sufren, por el contrario en el delito de tráfico ilícito de migrantes –que siempre tiene carácter transnacional-, al no existir traslado forzado del afectado que desde el inicio de la cadena acepta su condición de migrante irregular, predomina la defensa de los intereses de los Estados a controlar los flujos migratorios y la indemnidad de sus fronteras. Lo determinante en esta modalidad delictiva es la entrada ilegal de una persona en un país que no es el suyo con vocación de permanecer en él por tiempo más o menos indeterminado sin poseer los correspondientes permisos de residencia, proponiendo el Protocolo que el tercero que facilita de cualquier modo la inmigración clandestina (el inmigrante no puede ser sujeto activo de este delito, artículo 5 del Protocolo de Palermo) sea perseguido penalmente cuando esté integrado en organizaciones más o menos estructuradas que se muevan exclusivamente por ánimo de lucro, así como cuando haya realizado conductas constitutivas de cualquier modalidad falsaria documental tendente a facilitar esa ilícita migración o favorezcan la permanencia ilegal en el país de destino por esos medios.

Por esta razón el artículo 3b PTIM se preocupa de definir la entrada ilegal como *el paso de fronteras sin haber cumplido los requisitos necesarios para entrar legalmente en el Estado receptor y al delito de tráfico ilícito de migrantes como la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material* (art. 3a PTIM), extendiéndose la persecución penal por ese motivo a los casos de falsificación de documentos de viaje o de identidad falsos o *su facilitación, el suministro o la posesión de tal documento, cuando se cometan con el fin de posibilitar el tráfico ilícito de migrantes o para la habilitación de una persona que no sea nacional o residente permanente para permanecer en el Estado interesado sin haber cumplido los requisitos para permanecer legalmente en ese Estado* (artículo 6.1 PTIM); así como *La habilitación de una persona que no sea nacional o residente permanente para permanecer en el Estado interesado sin haber cumplido los requisitos para*

permanecer legalmente en ese Estado, recurriendo a los medios mencionados en el apartado b) del presente párrafo o a cualquier otro medio ilegal (art. 6c PTIM).

Que prevalezca el interés de los Estados en el control de los flujos inmigratorios no implica desconocer que el tráfico ilícito de migrantes también socava seriamente los derechos de los propios inmigrantes: la forma en que muchas veces se realiza el transporte e introducción clandestina en el país de destino puede poner en peligro su vida o su seguridad; una vez en él, dada su situación de vulnerabilidad, pueden verse abocados a caer en redes de trata de personas que no dudarán en explotarlos de cualquier manera; al no poder acceder al sistema regular laboral, van a ser sometidos a condiciones de trabajo y seguridad social intolerables haciendo muy difícil su integración social.

Por ello el artículo 6 del PTIM exige que *“3. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para considerar como circunstancia agravante de los delitos tipificados... toda circunstancia que: a) Ponga en peligro o pueda poner en peligro la vida o la seguridad de los migrantes afectados; o b) Dé lugar a un trato inhumano o degradante de esos migrantes, en particular con el propósito de explotación”.*

2. Armonización en el ámbito de la Unión Europea. En el ámbito de la Unión Europea la lucha contra la migración ilegal y la trata de personas ha sufrido un desarrollo muy complejo estrechamente vinculado a distintos principios que de manera progresiva se han ido configurando desde el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (Roma, 1957) hasta la actualidad, fundamentalmente, en relación con la libre circulación de personas y la constitución de la Comunidad Europea con un espacio de libertad, seguridad y justicia.

No es ahora el momento de analizar esa evolución por la que se ha ido conformando una verdadera entidad política supranacional desde una pretensión originaria meramente económica (mercado común), sino señalar que actualmente toda la materia que nos preocupa, tras el Tratado de la Unión Europea, se integra en el Título VI, bajo la rúbrica de las disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal. Tras el Tratado de Ámsterdam (1997, en vigor en 1999), toda la materia referente a la libre circulación de personas –como la que nos preocupa- ha sido transferida del tercer a primer pilar comunitario.

Tras el Tratado de Maastricht que entró en vigor el 1 de noviembre de 1993, la Unión Europea se asienta sobre **tres pilares**: el primero, de naturaleza integradora y comunitaria, está compuesto por los Tratados constitutivos (Comunidad Económica Europea, Comunidad Europea del Carbón y del Acero y EURATOM); el segundo, regulado en el Título V, instaura la política exterior y seguridad común (PESC) sustituyendo las disposiciones contenidas en el Acta Única (1986); y, el tercero, previsto en el Título VI (Disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal), se refiere a la cooperación en lo ámbitos de justicia e interior. Estos dos últimos pilares son de carácter intergubernamental por lo que la intervención de la Comisión, el Parlamento de la Comunidad y la jurisdicción del Tribunal de Justicia de Luxemburgo son limitadas. El Tratado de Ámsterdam (1997, en vigor en 1999), transfirió la materia referente a la libre circulación de personas del tercer pilar al primero. El Tratado de Niza (2001, en vigor en 2003), modificó la redacción de los artículos 29, 31 y 40 e insertó los artículos 40A y 40B. Precisamente, el artículo 29 del Tratado de la Unión Europea delimita la acción común entre los Estados miembros *en los ámbitos de la cooperación policial y judicial en materia penal y mediante la prevención y la lucha contra el racismo y la xenofobia mediante la prevención y la lucha contra la delincuencia, organizada o no, en particular el terrorismo, la trata de seres humanos y los delitos contra los niños, el tráfico ilícito de drogas y de armas, la corrupción y el fraude, a través de: una mayor cooperación entre las fuerzas policiales, las autoridades aduaneras y otras autoridades competentes de los Estados miembros, ya sea directamente o a través de la Oficina Europea de Policía (Europol), de conformidad con lo dispuesto en los artículos 30 y 32; una mayor cooperación entre las autoridades judiciales y otras autoridades competentes de los Estados miembros, también mediante la Unidad Europea de Cooperación Judicial (Eurojust), de conformidad con lo dispuesto en los artículos 31 y 32; la aproximación cuando proceda, de las normas de los Estados miembros en materia penal, de conformidad con lo dispuesto en la letra e) del artículo 31 (esto es, la adopción progresiva de medidas que establezcan normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de los delitos y a las penas en los ámbitos de delincuencia organizada, el terrorismo y el tráfico ilícito de drogas).*

En este ámbito, no sólo se ha desarrollado un conjunto de normas dirigidas al establecimiento de un marco legal común comunitario sobre cada una de las realidades criminales perfectamente diferenciadas siguiendo el modelo de la Convención de Palermo, sino también se ha erigido la lucha contra la trata de seres humanos en objetivo prioritario hasta el punto que la **Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea** (2000/C364/01) -que cuando haya sido ratificado el Tratado de Lisboa tendrá carácter vinculante-, en su artículo 5.3 se preocupa de proscribirla directamente.

En efecto, la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo de 19 de julio de 2002 *relativa a la lucha contra la trata de seres humanos*, a modo de norma básica de derecho penal material, propone

una definición de conductas típicas que deben ser castigadas por los Estados miembros como trata de personas (artículo 1), la necesaria extensión punitiva a la inducción, complicidad y tentativa (artículo 2), la proporcionalidad de las penas que deberán alcanzar un mínimo de ocho años en determinados supuestos establecidos en el artículo 3, así como la responsabilidad de las personas jurídicas.

► El **concepto de trata de personas** se corresponde con la definición contenida en el Protocolo de Palermo: *Artículo 1. Infracciones relacionadas con la trata de seres humanos con fines de explotación laboral o sexual. 1. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de los actos siguientes: la captación, el transporte, el traslado, la acogida, la subsiguiente recepción de una persona, incluidos el intercambio o el traspaso del control sobre ella, cuando: a) se recurra a la coacción, la fuerza o la amenaza, incluido el rapto, o b) se recurra al engaño o fraude, o c) haya abuso de autoridad o de situación de vulnerabilidad, de manera que la persona no tenga una alternativa real y aceptable, excepto someterse al abuso, o d) se concedan o se reciban pagos o beneficios para conseguir el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona, con el fin de explotar el trabajo o los servicios de dicha persona, incluidos al menos el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o la servidumbre, o con el fin de explotar la prostitución ajena o ejercer otras formas de explotación sexual, incluida la pornografía. 2. El consentimiento de una víctima de trata de seres humanos a la explotación, prevista o consumada, no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a los medios indicados en el apartado 1. 3. Cuando la conducta a que se hace referencia en el apartado 1 afecte a un niño, constituirá delito punible de trata aun cuando no se haya recurrido a los medios indicados en el apartado 1. 4. A efectos de la presente Decisión marco, se entenderá por "niño" toda persona menor de 18 años.* ► La decisión marco tiene en consideración las **conclusiones del Consejo Europeo de Tampere** de 15 y 16 de octubre de 1999, las **conclusiones del Consejo Europeo de Santa María da Feira** de 19 y 20 de junio de 2000, y la **Resolución de 19 de mayo de 2000** sobre la comunicación de la Comisión sobre nuevas medidas en el ámbito de la lucha contra la trata de mujeres. Del mismo modo recuerda como fundamento que la Acción común 97/154/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 1997, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños *debe ir acompañada de medidas legislativas complementarias, por las que se reduzcan las disparidades entre los enfoques jurídicos de los Estados miembros y se contribuya al desarrollo de una cooperación judicial y policial eficaz contra la trata de seres humanos. Reconoce que solo se puede combatir con un enfoque global, caracterizado por una definición de los elementos constitutivos de Derecho penal comunes a todos los Estados miembros que incluya sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias. De acuerdo con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, la presente Decisión marco se limita a lo mínimo necesario para alcanzar estos objetivos a escala comunitaria y no excede lo que es necesario a tal efecto y que es preciso introducir sanciones para los autores lo suficientemente severas para que la trata de seres humanos pueda incluirse dentro del ámbito de aplicación de los instrumentos ya aprobados de lucha contra la delincuencia organizada, como la Acción común 98/699/JAI del Consejo, de 3 de diciembre de 1998, relativa al blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito y la Acción común 98/733/JAI del Consejo, de 21 de diciembre de 1998, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea. En definitiva la presente Decisión marco debe contribuir a la prevención de la trata de seres humanos y a la lucha contra este fenómeno, completando los instrumentos ya aprobados en este ámbito, como la Acción común 96/700/JAI del Consejo, de 29 de noviembre de 1996, por la que se establece un programa de estímulo e intercambios destinado a los responsables de la acción contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños, la Acción común 96/748/JAI del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, por la que se amplía el mandato otorgado a la Unidad de drogas de Europol, la Decisión 293/2000/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de enero de 2000, por la que se aprueba un programa de acción comunitario sobre medidas preventivas destinadas a combatir la violencia ejercida sobre los niños, los adolescentes y las mujeres (2000-2003) (programa Daphne), la Acción común 98/428/JAI del Consejo, de 29 de junio de 1998, por la que se crea una red judicial europea, la Acción común 96/277/JAI del Consejo, de 22 de abril de 1996, para la creación de un marco de intercambio de magistrados de enlace que permita mejorar la cooperación judicial entre los Estados miembros de la Unión Europea (11) y la Acción común 98/427/JAI del Consejo, de 29 de junio de 1998, sobre buenas prácticas de asistencia judicial en materia penal.* ► Además, para fortalecer el compromiso de la Unión Europea de prevenir y luchar contra la trata de seres humanos se han elaborado distintos instrumentos comunitarios entre los que destacan: ► Acción Común 97/154/JAI, de 24 de febrero de 1997, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños ► Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, la explotación sexual de la infancia y la pornografía infantil [COM (2000) 854-1 final] ► Resolución del Consejo de 9/10/2001 relativa a la aportación de la sociedad civil en la búsqueda de niños desaparecidos y explotados sexualmente ► Decisión 2003/209/CE de la Comisión, de 25 marzo 2003, relativa a la creación de un grupo consultivo, denominado «Grupo de expertos en la trata de seres humanos» por la que se avanza en el camino emprendido por los programas STOP (I y II) [destinado a las personas responsables de la acción contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños], el programa DAPHNE [sobre medidas para luchar contra la violencia ejercida contra los niños, los adolescentes y las mujeres] y el programa marco AGIS [en materia de cooperación policial y judicial en el ámbito penal] ► Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de la infancia y a la pornografía infantil; ► Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes ► Decisión 2004/579/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, el objetivo de este texto consiste exclusivamente en permitir a la Unión Europea (UE) adherirse a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y a sus Protocolos adicionales específicamente destinados a luchar contra la trata de personas, especialmente de mujeres y niños, las redes criminales implicadas en el tráfico ilícito de emigrantes y su explotación, así como contra el tráfico de armas de fuego; ► Decisión 803/2004/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por la que se aprueba un programa de acción comunitario (2004-2008) para prevenir y combatir la violencia ejercida sobre los niños, los jóvenes y las mujeres y proteger a las víctimas y grupos de riesgo; ► Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, sobre la Lucha contra la trata de seres humanos [COM (2005) 514 final] dirigida a favorecer la protección, el apoyo y la

rehabilitación de las víctimas de esta trata ► Plan de la UE 9/12/2005 sobre mejores prácticas, normas y procedimientos para luchar contra la trata de seres humanos y prevenirla en el que recuerda fundamentalmente la necesidad de que: *los Estados miembros deberían organizar una estructura gubernamental adecuada de coordinación que se encargue de evaluar y coordinar las políticas nacionales, de garantizar un trato apropiado a las víctimas; la elaboración de material para las campañas de la UE destinadas a sensibilizar al público contra los riesgos que implica y dar a conocer la acción de prevención de la delincuencia, así como la de la justicia penal para disuadir a los traficantes y la creación de una red de puntos de contacto con los medios de comunicación sobre este tema para dar a conocer los avances alcanzados dentro y fuera de la UE; que las estrategias de lucha contra la trata de seres humanos deberían ir parejas con la lucha contra la corrupción y la pobreza. Además, las organizaciones patronales y sindicales así como las organizaciones de la sociedad civil activas en este ámbito deberían cooperar con las autoridades públicas; y, la necesidad de estrechar las colaboraciones de las entidades encargadas de su persecución con las organizaciones europeas (Europol y Eurojust) y con Naciones Unidas, la OSCE y el Consejo de Europa* ► Informe de la Comisión Europea de 6 de diciembre de 2006 [COM (2006) 770] ► Decisión 2007/125/JAI del Consejo, de 12 de febrero de 2007, por la que se establece para el período 2007-2013 el programa específico Prevención y lucha contra la delincuencia, integrado en el programa general Seguridad y defensa de las libertades.

Del mismo modo, en relación con el favorecimiento de la inmigración ilegal (tráfico ilícito de migrantes según la terminología utilizada por Naciones Unidas), la Decisión marco 2002/946/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, *destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, tránsito y estancia irregulares*, y la Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002 *destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares*, complementan el resto de los instrumentos comunitarios dictados en prevención de la trata de personas con la finalidad de luchar contra la inmigración clandestina (tanto la que se refiere al cruce irregular de la frontera en sentido estricto como la que se presta para alimentar las redes de explotación de seres humanos) así como para servir de elemento de aproximación de las disposiciones jurídicas existentes entre los diferentes Estados miembros.

La Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, obliga a los Estados miembros a adoptar sanciones adecuadas respecto de dos tipos de conductas dolosas específicas: **el favorecimiento de la inmigración ilegal** [*“cualquier persona que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a entrar en el territorio de un Estado miembro o a transitar a través de éste, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre entrada o tránsito de extranjeros, art. 1.1 a)”*] y **el favorecimiento lucrativo de la estancia ilegal del inmigrante** [*“cualquier persona que intencionadamente ayude, con ánimo de lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a permanecer en el territorio de un Estado miembro, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre estancia de extranjeros, art. 1.1 b)”*], autorizando que, respecto del primero de los citados delitos los Estados miembros podrán decidir, en aplicación de su legislación y de sus prácticas nacionales, no imponer sanciones a la conducta definida en la letra a) del apartado 1 en los casos en que el objetivo de esta conducta sea prestar **ayuda humanitaria** a la persona de que se trate.

La Decisión marco 2002/946/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2002 -cuya vigencia ha sido afectada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Gran Sala) de 13 de septiembre de 2005 (asunto 176/2003)-, especifica que el castigo de esas conductas lo sea con sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias que deberán consistir en penas privativas de libertad de un mínimo de ocho años, cuando se cometen en una de las siguientes circunstancias: en el marco de las actividades de una organización criminal, o poniendo en peligro la vida de las personas objeto de la infracción.

Especial trascendencia en relación con la política de la Unión Europea en materia de trata de blancas e inmigración ilegal tiene el **Programa de la Haya**, sobre consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la unión europea (2005/c 53/01) elaborado por el Consejo Europeo que, entre otros aspectos tras recordar que *“los ciudadanos de Europa tienen la legítima expectativa de que la Unión Europea, al tiempo que garantiza el respeto de las libertades y derechos fundamentales, adopte una actitud común más eficaz ante los problemas transfronterizos como la migración ilegal, la trata y la introducción clandestina de seres humanos, el terrorismo y la delincuencia organizada, así como respecto a su prevención. Particularmente en el ámbito de la seguridad, ha crecido la importancia de la coordinación y coherencia entre las dimensiones interna y externa, que debe propiciarse con firmeza”* propone entre otros muchos aspectos: a) el establecimiento gradual del sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores y de la consolidación de los controles y la vigilancia en las fronteras exteriores de la Unión (1.7.1.); B) La gestión de los flujos migratorios, incluida la lucha contra la inmigración ilegal, debería verse reforzada con la introducción de una serie ininterrumpida de medidas de seguridad que establezca un nexo eficaz entre los trámites de solicitud de visados y los de entrada y salida en los pasos fronterizos exteriores (1.7.2. Sistemas de biometría e información); C) Continuar el desarrollo de la política común de visados como parte de un sistema con varios niveles dirigido a la facilitación de los viajes legítimos y a la lucha contra la inmigración ilegal a través de una mayor armonización de la legislación nacional y de las prácticas de

tramitación en las misiones consulares locales (1.7.3.); D) Mejora del intercambio de información y cooperación policial y judicial; E) **La aproximación de las legislaciones** El Consejo Europeo recuerda que el establecimiento de unas normas mínimas relativas a los aspectos del Derecho procesal está recogido en los tratados, con objeto de facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales así como la cooperación policial y judicial en materia penal con implicaciones transfronterizas. La aproximación del Derecho penal material sirve a los mismos fines y afecta a los ámbitos de la delincuencia particularmente grave con implicaciones transfronterizas. Debería darse prioridad a aquellos ámbitos de la delincuencia que se mencionan específicamente en dichos Tratados. Con objeto de garantizar una mayor eficacia de la aplicación dentro de los ordenamientos nacionales, los ministros JAI deberán asumir dentro del Consejo la responsabilidad de definir los delitos penales y de determinar las penas de manera general (3.3.2.).

CUADRO COMPARATIVO

ACCIÓN TÍPICA DE TRATA DE SERES HUMANOS EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES		
PROTOCOLO PALERMO [ART. 3]	DECISIÓN MARCO [ART. 1]	CONVENIO VARSOVIA [ART. 4]
I. CONDUCTAS ALTERNATIVAS	I. CONDUCTAS ALTERNATIVAS	I. CONDUCTAS ALTERNATIVAS
(1) Captación (2) Transporte (3) Traslado (4) Acogida (5) Recepción	(1) Captación (2) Transporte (3) Traslado (4) Acogida (5) Recepción	(1) Contratación (2) Transporte (3) Traslado (5) Acogida (4) Alojamiento
II. MEDIOS COMISIVOS	II. MEDIOS COMISIVOS	II. MEDIOS COMISIVOS
(1) Amenaza (2) Uso de la fuerza u otras formas de coacción. (3) Rapto (4) Fraude (5) Engaño (6) Abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad de manera que la persona no tenga una alternativa real y aceptable, excepto someterse al abuso (7) Se concedan o se reciban pagos o beneficios para conseguir el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona.	(1) Amenaza (2) Uso de la fuerza u otras formas de coacción. (3) Rapto (4) Fraude (5) Engaño (6) Abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad de manera que la persona no tenga una alternativa real y aceptable, excepto someterse al abuso (7) Se concedan o se reciban pagos o beneficios para conseguir el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona.	(1) Amenaza (2) Uso de la fuerza u otras formas de <i>obligación</i> . (3) Rapto (4) Fraude (5) Engaño (6) Abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad (7) Se concedan o se reciban pagos o beneficios para conseguir el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona
III TIPO SUBJETIVO	III TIPO SUBJETIVO	III TIPO SUBJETIVO
(1) Fines de explotación sexual: explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual. (2) Fines de explotación laboral: los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre. (3) Fines de extracción de órganos	(1) Fines de explotación sexual: la prostitución ajena o ejercer otras formas de explotación sexual, incluida la pornografía. (2) Fines de explotación laboral: el trabajo o los servicios de dicha persona, incluidos al menos el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o la servidumbre.	(1) Fines de explotación sexual: prostitución ajena o bien otras formas de explotación sexual. (2) Fines de explotación laboral: el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre (3) Fines de extracción de órganos

3. El Convenio del Consejo de Europa para la lucha contra el tráfico de seres humanos, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005. Este panorama ha sido superado tras la aprobación en Varsovia el día 16 de mayo de 2005 del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos.

En efecto, este Convenio que ha sido definitivamente ratificado por España el día 2 de abril de 2009, sin perjuicio de recoger las mismas conductas típicas señaladas en los referidos instrumentos internacionales de Naciones Unidas y de la Unión Europea, extiende considerablemente su ámbito de aplicación toda vez que además de comprender la realizada al margen de la delincuencia organizada exige no sólo el castigo de la trata interior (**“el presente Convenio se aplicará a todas las formas de trata de seres humanos, nacionales o transnacionales, relacionadas o no con la delincuencia organizada”**, art. 2), sino también previene la tipificación de la utilización de los servicios de la víctima una vez consumado el delito base (**“las Partes deberán prever la adopción de las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para conferir el carácter de infracción penal, con arreglo a su legislación interna, al hecho de utilizar los servicios que son objeto de la explotación contemplada en el artículo 4 apartado a del presente Convenio con conocimiento de que la persona en cuestión es víctima de la trata de seres humanos”**, art. 19).

4. La defectuosa transposición de las normas internacionales por la Ley Orgánica 11/2003 que reforma del artículo 318 bis del Código Penal. El Código Penal español a pesar de que ha sido reformado con posterioridad a la aprobación de los protocolos de Palermo y de las referidas normas comunitarias no sólo no ha sabido tipificar de manera separada y diferenciada la trata de seres humanos y los delitos de favorecimiento de la inmigración clandestina, sino también puede afirmarse que -tras las sucesivas reformas del Código Penal operadas por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social* (cuya Disposición Final Segunda introduce el artículo 318 bis), y la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, *de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*, que modifica la redacción de ese precepto- en España sólo estaría castigado con carácter muy restrictivo alguna modalidad de trata de seres humanos con fines de explotación sexual (ordinal segundo del artículo 318 bis CP) mientras que el delito de favorecimiento de inmigración clandestina estaría doblemente regulado de manera incomprensible e injustificada (artículo 318 bis CP y artículo 313 CP).

Las consecuencias no pueden ser más desafortunadas: la actual regulación de nuestro Código Penal no cumple con los instrumentos internacionales de Naciones Unidas vinculantes para España ni traspone adecuadamente la normativa comunitaria europea sobre la materia; aquellas reformas del Código Penal español parece que sólo proyectan una voluntad dirigida a instrumentalizar al derecho penal como instrumento de control de los flujos migratorios orillando el fenómeno de la trata como uno de los más graves atentados contra los derechos fundamentales con posible detrimento del principio de proporcionalidad; se produce una intolerable discriminación según que las víctimas sean nacionales de un país miembro de la Unión Europea o no lo sean; el artículo 318 bis CP se ha convertido en una fuente permanente de gravísimos problemas exegéticos significadamente en relación con las situaciones concursales delictivas, no sólo en relación con los delitos de explotación laboral (delitos contra los derechos de los trabajadores) sino también con los delitos de explotación sexual efectiva (los delitos de prostitución coactiva y corrupción de menores).

► Por ello, la Comisión Europea en su Informe de 6 de diciembre de 2006 [COM (2006) 770] lamenta que España no establezca “una distinción clara entre la trata de seres humanos y el tráfico ilícito de emigrantes. Las dos decisiones marco destinadas a combatir estas formas de delincuencia se basan en definiciones diferentes, lo que parece excluir la posibilidad de que las mismas disposiciones de Derecho penal puedan aplicarse a estas dos formas de delincuencia. Por lo tanto, surgen dudas en cuanto a la posibilidad de aplicar adecuadamente las disposiciones de la citada Decisión marco del Consejo sin establecer distinción alguna entre la trata de seres humanos y el tráfico ilícito de emigrantes”. ► La Ley Orgánica 4/2000, 11 de enero, la posterior Ley Orgánica 15/2003, 25 de noviembre y, más recientemente, la Ley Orgánica 13/2007, 19 de noviembre, no han resuelto las importantes dudas concursales que suscita la aplicación de los preceptos modificados. Tampoco han puesto freno a algunos excesos que sitúan la estricta determinación de la pena en una frontera muy próxima a los límites del principio de proporcionalidad. Ello ha obligado a esta Sala a un importante esfuerzo de complementación en el ejercicio de la tarea jurisdiccional que impone el art. 1.6 del Código Civil [STS 16/1/2008 (Nº 15/2008)].

Además, con la actual redacción del artículo 318 bis CP se producen otros efectos negativos: a) se establece una identificación entre víctima de la trata e inmigrante en situación de irregularidad administrativa, con lo que se ampara la dejadez en la toma de iniciativas públicas tendentes a la adopción de un sistema de protección integral de las víctimas de la trata, tal y como propugnan los diferentes Convenios internacionales (que incluyan las medidas destinadas a su recuperación física, psicológica y social del afectado); b) al no haberse admitido la trascendencia criminológica independiente de la trata de seres humanos como delito contra la dignidad humana, se ha impedido la comprensión en su plenitud del fenómeno entre los aplicadores del derecho, de tal manera que puede afirmarse que la redacción actual del precepto contribuye de alguna manera a seguir ocultando en nuestra sociedad tal actividad; c) al permanecer vigente un sistema como el actual se hace extraordinariamente dificultoso llegar a obtener una información precisa sobre la trata de seres humanos en España tal y como exige una racional y pertinente política criminal que pretenda acabar con tan execrable crimen.

► Consciente de la necesidad de establecerse un sistema racional para combatir el comercio de mujeres en el que se comprenda la protección adecuada de las víctimas, por el Gobierno se ha aprobado a finales de 2008 un **Plan Integral de lucha contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual** y está elaborando otro dirigido a sobre explotación laboral. Este plan -que se ha elaborado sin haberse solicitado la participación de la Fiscalía de Extranjería- prevé como objetivo de lo que denomina Área III (Medidas de asistencia y protección a las víctimas) *garantizar la protección a las víctimas y a testigos en aplicación de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales* que deberá sustanciarse mediante la elaboración de un Protocolo de actuación y coordinación entre policía, fiscalía y órganos judiciales que contemple los siguientes aspectos: Información adecuada a las víctimas sobre sus derechos, servicios y recursos; protección de los datos identificativos de las víctimas en los atestados; mecanismos para proteger la intimidad de las víctimas en las vistas orales; medidas para facilitar los cambios efectivos de domicilio; mecanismos para facilitar la protección de familiares en el país origen mediante; comunicaciones rápidas entre organizaciones policiales; instrumentos de coordinación entre policía y fiscalía para articular la comunicación entre ambas instancias. Son especialmente relevantes las dirigidas a la inclusión de las víctimas de trata con fines de explotación sexual entre los colectivos beneficiarios de los programas de formación para el empleo; la creación de centros de acogida con programas de atención integral específica (psicosocial, médico y legal); la agilización y simplificación de los procedimientos administrativos para la concesión de autorizaciones de trabajo y residencia; la transposición de la Directiva 2004/81/CE; el reconocimiento de un período de reflexión de, al menos, treinta días, para que las víctimas puedan restablecerse y escapar a la influencia de los traficantes y/o decidir su colaboración con las autoridades administrativas, policiales y judiciales; establecer una dotación económica que garantice la subsistencia de las víctimas durante el período de reflexión o su posible retorno al país de origen, si lo solicitan. Entre las medidas previstas de protección se hace especial mención a las acciones dirigidas *al fomento de actuaciones de mediación intercultural a través de ONGs y la agilización de los procedimientos de identificación y documentación de las víctimas en colaboración con los países de origen y con las ONGs*, por cuanto, tal como demuestra la realidad, son uno de los instrumentos más adecuados de asistencia y protección que pueden recibir las víctimas de trata. Hasta tal punto somos conscientes de ello que desde esta Fiscalía Coordinadora de Extranjería se ha establecido como preferente la estrecha colaboración con la Red Española Contra la Trata de Personas para lo cual se ha establecido una reunión mensual en sede de Fiscalía en la que las representantes de las distintas ONGs que acuden proponen y facilitan la coordinación de actuaciones dirigidas a la protección de las mujeres tratadas entre esas asociaciones y los Fiscales Delegados de los respectivos territorios que están llevado cada una de las investigaciones. En este sentido en la Reunión de Especialistas de Extranjería de Segovia (27 y 28 de octubre de 2008) se ha aprobado por unanimidad la excelente iniciativa llevada a cabo por la Ilma. Sra. Fiscal Doña Susana García-Baquero Borrell (Delegada de Extranjería de la Fiscalía Provincial de Pontevedra) sobre la elaboración de un Protocolo de Actuación común entre la *Consellería de Igualdade*, la fiscalía y las Fuerzas de Seguridad por el que se proceda a establecer una serie de medidas mínimas: 1. Traslado inmediato por las fuerzas de seguridad de la víctima a la residencia o alojamiento que éstas consideren más idóneo, según se haya acordado con las distintas ONGs; 2. Asistencia médica y ayuda psicológica, que puede servir de base para valorar posibles daños morales a la hora de fijar una indemnización. 3. Ayuda económica. 4. Asistencia jurídica sobre el estado del procedimiento penal y sobre su propia situación administrativa. 5. Contacto permanente con la brigada de extranjería encargada de la investigación no sólo para preservar su seguridad sino también para ser localizada por el juzgado en todo momento. ► Además el Proyecto de Reforma de la Ley de Extranjería prevé la incorporación del periodo de reflexión de 30 días en el artículo 59.2 con objeto de trasponer la Directiva 2004/81/CE.

5. El Anteproyecto de Reforma del Código Penal aprobado el 14 de noviembre de 2008.

Para tratar de superar las gravísimas deficiencias de las que adolece la vigente regulación contenida en el artículo 318 bis del Código Penal, el Anteproyecto de Reforma de Código Penal de 2008 propone la creación de un nuevo Título (VII bis) rubricado de la trata de seres humanos que, en un solo precepto (art. 177 bis), se ajusta escrupulosamente a las exigencias de los Convenios internacionales suscritos por España en relación con la trata de seres humanos. En concreto, podría afirmarse que realiza una transposición casi literal de los mandatos contenidos en el Convenio del Consejo de Europa para la lucha contra el tráfico de seres humanos, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, completada con algunas precisiones provenientes de la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo de 19 de julio de 2002.

■ ► El artículo 177 bis ARCP queda redactado como sigue: 1. *Será castigado con la pena de 5 a 8 años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, ya en territorio español ya desde, en tránsito o con destino a España, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, la captare, o la transportare, o la trasladare, o la acogiere, o la recibiere, o la alojare con cualquiera de las finalidades siguientes: a) Explotar su trabajo o sus servicios, incluidos el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre; b) La explotación sexual, incluida la pornografía; c) Extraer sus órganos corporales.* 2. *Aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior, se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones enumeradas en el apartado anterior cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación.* 3. *El consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a los medios indicados en el apartado primero de este artículo.* 4. *Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo cuando: a) con ocasión de la trata se ponga en peligro de forma deliberada o por grave imprudencia la vida de la víctima; b) la víctima sea menor de edad; 5. En la misma pena del apartado anterior y además en la de inhabilitación absoluta de seis a doce años, incurrirán los que realicen los hechos prevaleciendo de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.* 6. *Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo, e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades. Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado.* 7. *Cuando los delitos comprendidos en los capítulos anteriores se hubieren cometido en el marco o con ocasión de las actividades de una persona jurídica y procediere la declaración de su responsabilidad penal de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código, se le impondrá la pena de clausura temporal de sus locales y establecimientos de dos a cinco años, una pena de multa igual que la de las personas físicas, así como el comiso de los bienes, productos y beneficios obtenidos directa o indirectamente del delito.* 8. *La provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de trata de seres humanos, serán castigadas con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente.* 9. *Lo dispuesto en los apartados anteriores será de aplicación salvo que correspondiera mayor pena con arreglo a otro precepto de este Código. En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los delitos efectivamente cometidos.* 10. *Las condenas de los jueces o tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza que los previstos en este artículo producirán los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español.* ■ ► Su ubicación, insertándose entre los Título VII (De las torturas y otros delitos contra la integridad moral) y el Título VIII (Delitos contra la libertad e indemnidad sexual), es plenamente acertada si tomamos en consideración la estructura y la relación de prelación de los bienes jurídicos tutelados sucesivamente a partir del Título I de nuestro Código Penal. Además, se adecua a la sistemática de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, donde se prohíbe la trata de seres humanos en el artículo 5.3 tras definir el contenido de la dignidad y tras relacionar los derechos fundamentales básicos de ella derivados [derecho a la vida (art. 2), derecho a la integridad de la persona (art. 3), prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes (art. 4) y prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado (art. 5)]. ■ ► En lo que concierne a la definición de la acción típica recoge de manera expresa todas y cada una de las conductas previstas en los tres instrumentos internacionales (captare [captación], o la transportare [transporte], o la trasladare [traslado], o la acogiere [acogida], o la recibiere [recepción], o la alojare [alojamiento]) y lo hace de la manera que aquellos exigen, esto es, como conductas alternativas. La única excepción se produce respecto de la utilización del término contratación que es utilizado por el Convenio del Consejo de Europa. El Anteproyecto sigue en este punto las directrices de la Decisión Marco por considerar que ese término es manifiestamente confuso si lo trasladamos al derecho español. En todo caso la captación es el género que comprendería la contratación. La pretensión no es otra que recoger todas y cada una de las conductas que contribuyen a la explotación de los seres humanos, que normalmente se desarrollan de manera escalonada con la intervención de una pluralidad de individuos, haya o no prueba de la existencia de una organización criminal. ■ ► La redacción de los medios comisivos [empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima...] se ajusta a las previsiones de aquellos instrumentos internacionales aun cuando utilice unas expresiones más adecuadas con nuestra técnica y literatura jurídica. El término violencia abarca cualquier tipo de uso de la fuerza o coacción y, en su caso, el rapto; la intimidación comprende la amenaza; el engaño el fraude y, en su caso, al rapto; y el abuso de superioridad, necesidad o vulnerabilidad según reiterada interpretación jurisprudencial abarca no sólo las situaciones de prevalimiento del sujeto activo con la víctima sino también de inferioridad de la víctima producida por una variedad de causas. ■ ► Por la relación contenida de estos medios así como por la definición de las finalidades perseguidas queda patente que este delito se configura como doloso siguiendo lo ordenado por el artículo 5.1 del Protocolo de Palermo y el artículo 18 Convenio del Consejo de Europa. ■ ► El tipo subjetivo previsto en todos los instrumentos internacionales se ha trasladado convenientemente al artículo 177 bis CP [con cualquiera de las finalidades siguientes: a) Explotar su trabajo o sus servicios, incluidos el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre; b) La explotación sexual, incluida la pornografía; c) Extraer sus órganos corporales]. En efecto, en lo que concierne a la definición de las modalidades de trata, el Anteproyecto cumple con los mandatos del Protocolo de Palermo y el Convenio del Consejo de Europa, aunque, a modo de precisión pertinente, recoge la exigencia de la Decisión Marco de que bajo el concepto de explotación sexual se comprenda, como mínimo, además de la prostitución, la pornografía. Incomprendiblemente la trata de seres humanos para la extracción de órganos no ha sido recogida por la Decisión Marco. Sin embargo, es una realidad alarmante en muchos países del tercer mundo la desaparición normalmente de menores de edad para sustraerles órganos corporales con objeto de trasplantarlos a una persona con recursos económicos proveniente de un país rico. No tenemos noticias de que aún esa tragedia se haya producido ni siquiera ocasionalmente en el territorio de la Unión Europea (desde luego, no en España) pero ello no significa que pueda preferirse tan perverso delito de nuestras normas comunitarias. La decisión del ARCP por tanto es justa y necesaria. ■ ► En definitiva, el delito de trata de personas, según lo prevén los legisladores internacionales, y reconoce el Anteproyecto, se consuma una vez cumplida la acción típica independientemente de que se haya o no producido la situación concreta y efectiva de explotación laboral, sexual o de extracción de órganos. ■ ► El problema más importante en relación con esta modalidad de trata radica en la valoración del consentimiento de la víctima. A este respecto el Nº 3 del artículo 177 bis Anteproyecto recoge correctamente las prevenciones internacionales según las cuales el consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a los medios indicados en el apartado primero de este artículo. Evidentemente el consentimiento así

viciado hay que referirlo a la propia explotación y no a la actividad sexual concreta. Una cosa es acceder al ejercicio de una determinada actividad sexual y otra muy distinta acceder a ser explotada. ■ ► Por fin, en el caso de la trata con fines de extracción de órganos, es evidente que podría entrar en concurso real con los delitos de lesiones previstos en los artículos 149 o 150 CP. ■ ► También es irreprochable la previsión penológica [*“será castigado con la pena de 5 a 8 años de prisión”*] por cuanto es proporcionada a la extrema gravedad del delito y acorde con lo previsto en el artículo 23.1 del Convenio del Consejo de Europa y en el artículo 3.1 de la Decisión Marco. ■ ► El Anteproyecto completa la regulación típica mediante dos precisiones exigidas por el Convenio del Consejo de Europa de manera taxativa e imperativa: su ámbito de aplicación, que no debe quedar restringido a la delincuencia organizada de carácter transnacional y la prohibición de discriminación de la víctima por razón de su nacionalidad. ■ ► En el primer caso el Anteproyecto de Código Penal hace la oportuna y acertada mención de que el delito pueda producirse ya en territorio español ya desde, en tránsito o con destino a España. En efecto, si el Protocolo de Palermo ofrecía serias dudas sobre si la trata de seres humanos podría abarcar la meramente doméstica o interior, el Convenio del Consejo de Europa es taxativo e imperativo al establecer en su artículo segundo que el presente Convenio se aplicará a todas las formas de trata de seres humanos, nacionales o transnacionales, relacionadas o no con la delincuencia organizada. ■ ► En el segundo, a través de la especificación de que la víctima del delito puede ser nacional o extranjera. El Convenio del Consejo de Europa expresamente declara en su artículo tres que la aplicación del presente Convenio por las partes, en particular el disfrute de las medidas destinadas a proteger y promover los derechos de las víctimas deberá garantizarse sin discriminación alguna, ya esté basada en el sexo, la raza, el color, el idioma, la religión, las opiniones políticas o cualquier otra opinión, el origen nacional o social, la pertenencia a una minoría nacional, la situación económica, el origen o cualquier otra situación. ■ ► Los subtipos agravados establecidos por el artículo 24 del Convenio de Varsovia han sido convenientemente transcritos en los ordinales 4 (puesta en peligro de forma deliberada o por grave imprudencia de la vida de la víctima o cuando se tratare de un menor de edad) 5 (delito cometido por la autoridad, sus agentes o funcionario público) y 6 (organización criminal) del artículo 177 bis del Anteproyecto. Idéntico comentario merece las disposiciones contenidas en los apartados 7 (personas jurídicas, exigencia impuesta en este caso por los artículos 22 y 23 del Convenio del Consejo de Europa) y 10 (reincidencia internacional, por ordenarlo el artículo 25 del Convenio del Consejo de Europa). ■ ► Hasta tanto no se lleve a efecto la Reforma proyectada, considero que, desde una perspectiva práctica, para comprender de manera clara la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el artículo 318 bis del Código Penal vigente, se hace preciso partir de los hechos por ella enjuiciados no sólo los producidos con posterioridad a la vigencia de la LO 11/2003, sino desde la introducción del Título XV Bis por la LO 4/2000. Si nuestro propósito es tener respuestas jurídicas lo más seguras posibles, se hace necesario estudiar la jurisprudencia del Tribunal Supremo desde la visión de los hechos enjuiciados, o lo que es lo mismo, clasificar el tratamiento jurídico de la trata de personas e inmigración ilegal teniendo en cuenta las diferentes maneras de producirse en la realidad las conductas subsumibles en el artículo 318 bis CP. ■ ► Para ello, siguiendo los presupuestos de los dos Protocolos de Palermo, las dos Decisiones Marco comunitarias y el Convenio de Varsovia, distinguiremos las conductas analizadas según puedan ser enmarcadas como trata de seres humanos o inmigración ilegal, que, como hemos reiterado hasta la saciedad, se tratan de dos entidades criminales ontológicamente bien diferenciadas.

6. Finalidad de esta Ficha de la Fiscalía de Extranjería. Según las disposiciones de la Fiscalía General del Estado [especialmente la Circular 2/2006 y la Instrucción 5/2007] los Fiscales Delegados de Extranjería tenemos atribuida la función específica de perseguir y/o coordinar la persecución de los delitos tipificados en el artículo 318 bis CP (Título XV Bis del Libro Segundo CP, de los *delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*), de sus delitos conexos tipificados en el artículo 312.2 CP (*imposición de condiciones ilegales a los trabajadores extranjeros*) y en el 313 CP (*delitos de favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores*). Sin embargo, tras un año de funcionamiento de esta Fiscalía de Sala se comprobó que era necesario la ampliación competencias internas a los delitos de prostitución (tanto de menores -art. 187 CP- como la de mayores de edad – art. 188 CP-) no sólo por su directa conexión con el subtipo agravado del ordinal segundo del artículo 318 Bis CP, sino también por haberse constatado que en la generalidad de las ocasiones las víctimas de los delitos de explotación sexual efectivamente consumados eran ciudadanas extranjeras (comunitarias o no). Así fue aprobado en la Reunión de Segovia de Fiscales Delegados de Extranjería (octubre de 2008) y sancionado por el Fiscal General del Estado.

Para llevar a cabo nuestra función se hace imprescindible como instrumento de trabajo el tener ordenada y sistematizada la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo sobre todos esos preceptos penales, única manera de tener criterios seguros a la hora de llevar a cabo las correspondientes calificaciones. A ello responde la confección de esta Ficha en la que se pretende clasificar aquella jurisprudencia según los hechos que han sido enjuiciados y la solución que ha sido plasmada en cada caso por el alto Tribunal. Por ello, estructuralmente, tras señalar los problemas derivados de la compleja evolución legislativa sufrida por el Código Penal español en la materia que ha condicionado muchas de las respuestas aún vigentes, hemos clasificado en dos grandes grupos las cuestiones analizadas según correspondan a episodios de tráfico ilegal de personas con fines de explotación (laboral o sexual) o constituyan simplemente casos de favorecimiento de la inmigración clandestina.

II. EVOLUCIÓN DEL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LAS MIGRACIONES FRAUDULENTAS EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL: CONCEPTO DE INMIGRACIÓN ILEGAL Y BIENES JURÍDICOS TUTELADOS EN EL ARTÍCULO 318 BIS CP.

1. Desde la Reforma del Código Penal por la Ley de 15 de noviembre de 1971 hasta el artículo 318 bis CP según la redacción dada por la Ley Orgánica 11/2003 y la Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre. La Ley de 15 de noviembre de 1971 reforma el Código Penal introduciendo las figuras típicas del *tráfico ilegal de mano de obra* y de las *migraciones laborales fraudulentas* [art. 499 bis TR 1973] como *delitos contra la seguridad y libertad en el trabajo*. Dada las circunstancias sociales de la época en la que el nivel de *emigración* de trabajadores españoles era altísimo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se preocupó de declarar que el término *migraciones* debe ser tomado como equivalente a *emigraciones* y que el calificativo de *fraudulentas* debe ser interpretado no como las realizadas fuera de los cauces administrativos establecidos, sino de manera restrictiva, como aquellas que se determinan y consuman por medios engañosos o falaces, induciendo insidiosamente a error a los trabajadores, viciándoles su voluntad y conduciéndoles a lejanas tierras mediante ardides, mendacidades, falsa promesas u ofrecimientos torticeros [STS 18/5/1981].

El Nuevo Código Penal de 1995 realiza una importante reordenación de la regulación de los delitos contra los derechos de los trabajadores, recogiendo entre ellos, tres modalidades perfectamente diferenciadas: el delito de tráfico de mano de obra (artículo 312.1 CP), el delito de promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores a España (artículo 313 CP) y el delito de emigración fraudulenta de personas (artículo 313.2 CP).

► A pesar de la terminología utilizada, el delito del artículo 312.1 CP se circunscribe preferentemente a los supuestos de cesiones ilegales de mano de obra. El delito del artículo 312.2 CP es una reproducción del artículo 311 en cuanto la víctima es un trabajador extranjero. Por contra, el artículo 313 CP distingue por primera vez entre los delitos de inmigración (consiguientemente referidos a trabajadores extranjeros) y los de emigración de *personas* (esto es, tanto de trabajadores españoles como de extranjeros) cuando se hubiera verificado a través de determinados medios comisivos engañosos.

A mediados de los años noventa, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa aprobó a Resolución 1099 (1996), de 25 de septiembre, relativa a la explotación sexual de los niños, y determinó que por el Consejo de la Unión Europea se adoptara la Acción Común 97/154/JAI, de 24 de febrero de 1997, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños. Ello determinó que por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del título VIII del libro II del Código Penal, se modificara el artículo 188 CP (de la prostitución coactiva) castigando en el ordinal segundo de nueva creación una de las modalidades del delito de trata de seres humanos, la tendente a la explotación sexual (con el propósito de su explotación sexual), en el que la acción típica consiste en cualquier acto (directa o indirectamente) de favorecimiento del desplazamiento transnacional de la víctima (favorezca la entrada, estancia o salida del territorio nacional) mediante la utilización de cualquiera de los medios que señala (empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima). Este delito no guardaba relación alguna con la inmigración clandestina toda vez que -dada la construcción del tipo objetivo- comprendía tanto la entrada como la salida del territorio nacional, comparando tanto a españoles como los extranjeros (de personas).

Este estado de cosas es alterado en el año 2000 cuando la Disposición Final Segunda de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, introduce un nuevo Título bis en el Código Penal que, bajo la rúbrica de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, tipifica el delito de promoción o favorecimiento del tráfico ilegal de personas, incrementa las penas del delito del artículo 312 CP en su Disposición Final 1ª y, añade un nuevo apartado 6 en el artículo 515 CP por el que se considera como asociaciones ilícitas las que promuevan el tráfico ilegal de personas (Disposición Final Tercera).

► No explica el legislador cuales son los propósitos que persigue con esta reforma, pero resulta evidente que el concepto de tráfico ilegal de personas no puede identificarse con el de inmigración clandestina. Como afirma la STS Núm. 302/2007, de 3 de abril, no son conceptos equivalentes, debiéndose entender por tráfico no (simplemente) "tránsito" de personas, sino comercio o aprovechamiento de cualquier clase, ordinariamente con objeto de obtener un lucro, personal o económico. Podría entenderse que, así como el artículo 188.2 CP castigada la trata de seres humanos con fines de explotación sexual, este otro precepto

podría estar encaminado a la persecución limitada (sólo extranjeros) del resto de conductas constitutivas de trata de seres humanos (laboral y extracción de órganos).

La Sala Segunda del Tribunal Supremo no tuvo ocasión de profundizar convenientemente sobre la interpretación de esa precepto toda vez que la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, vuelve a reformar los artículos 318 bis y 188.2 CP. En el primer caso añade al tráfico ilegal, como conducta típica, la inmigración clandestina de personas y, en el segundo parece que pretende trasladar el tipo en ella previsto al ordinal segundo del artículo 318 bis al que se le da nueva redacción.

► También suprime el ordinal primero del artículo 515 CP. Aún, posteriormente se realiza otra reforma por la LO 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, en el que se introduce en los artículos 313.1 y 318 bis CP la mención con destino a otro país de la Unión Europea como destino de la inmigración o del tráfico ilegal.

En efecto, tras esta reforma la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha declarado que se ha producido una reubicación de las conductas contempladas en el artículo 188.2 CP al ordinal segundo del artículo 318 bis CP.

► El antiguo art. 188. 2º CP define la acción de la emigración, inmigración o en tránsito, con propósito de explotación sexual con un concreto *modus operandi* que colorea penalmente toda la acción: debe concurrir: violencia, engaño, intimidación o abuso de superioridad, necesidad o vulnerabilidad de la víctima. Lo mismo se prevé en el actual 318 bis introducido en la reforma de la LO 11/2003. Pues bien, en los hechos probados, a cuya redacción hay que estar rigurosamente, dado el cauce casacional empleado se relata que F "...ofreció a la testigo protegida ... un puesto de trabajo en el negocio de la hostelería en España. Creyendo que la oferta era real de la citada testigo vino a España...". Hay que convenir con el Ministerio Fiscal que en relación a la acción analizada no ha existido despenalización, sino reubicación del delito en otro título -el Título XV bis- con un relevante incremento de la respuesta punitiva y que por ello no es aceptable la argumentación de la sentencia de instancia que no aplicó el art. 188-2º, debiéndose condenar también por este delito en concurso medial con el del párrafo primero del art. 188 [STS 17/1/2007 (Nº 29/2007)]. ► La defensa planteó como cuestión subsidiaria a la absolución la consideración del delito del art.188. 2º CP. en su versión anterior a la reforma de la Ley Orgánica 11/2003 de 29 de septiembre, en concurso ideal con el delito del 188-1º y 3º (arts. 77 CP) por el que se condenaba, en lugar de estimarse, como ha hecho la sentencia, un concurso real penando ambas infracciones por separado. Realmente al decantarse la sentencia por la estimación de un concurso real de delitos está rechazando la pretensión contraria, que es una forma de pronunciamiento indirecto. Otra cosa es que la sentencia no explique con suficiente amplitud las razones para ello. Dada la formulación del motivo, hemos de entender que en este trance procesal se invoca, como así se hace, la indebida aplicación de los preceptos sustantivos que cita, en especial del art. 77 CP, en cuanto cualquier omisión resolutive es posible subsanarla en casación si se ataca la aplicación o inaplicación de la norma sustantiva que apoyaba el pronunciamiento solicitado. 2. Antes de determinar la relación en que se hallan los delitos es necesario realizar algunas consideraciones sobre el concurso medial -teleológico o instrumental- fenómeno que en el fondo constituye un concurso real asimilado a efectos penológicos a las reglas del concurso ideal de delitos (art. 77 CP). Ahora bien, para su delimitación conceptual la doctrina más caracterizada y la jurisprudencia de esta sala han venido afirmando que la mera conexión instrumental entendida en clave subjetiva como preordenación de un delito a la realización de otro se reconoce insuficiente para colmar el presupuesto del concurso medial. Es necesario contemplar la interconexión de los delitos también en clave objetiva. Esta Sala en términos generales nos dice que para que proceda la estimación del concurso instrumental no basta la preordenación psíquica, o sea que la necesidad medial no ha de ser contemplada solamente desde el aspecto subjetivo o atendiendo al proceso psicológico o intencional del agente para llegar a conseguir el fin o resultado que se había propuesto, sino también al aspecto objetivo o real, de manera que al aplicar el juicio hipotético negativo resulte que el segundo delito no se hubiera producido de no haber realizado previamente el delito precedente. Por consiguiente, no es suficiente con que las diversas acciones aparezcan concatenadas por un propósito delictivo previo, sino que resulta inexcusable que se hallen ligadas por elementos lógicos, temporales o espaciales. 3. No es fácil constatar el requisito de la necesidad medial, pero la doctrina y la jurisprudencia coinciden en afirmar que no es posible la contemplación abstracta de la cuestión, lo que haría imposible la estimación del fenómeno jurídico, sino en concreto, esto es, se ha de analizar si en la específica situación fáctica el delito medio resulta imprescindible para posibilitar o asegurar la comisión de otro. Se produce de esta forma una determinada inescindibilidad de las realizaciones típicas, que alcanza su máxima expresión en el denominado "juicio hipotético negativo", que debe efectuarse en una consideración "ex ante", comprobando si en esa concreta situación el segundo delito no hubiera podido producirse de no haberse cometido previamente el delito medio... Trasladando tal doctrina a nuestro caso, es evidente que concurren múltiples condicionamientos objetivos que hacían preciso la comisión del primer delito, como paso previo a la del segundo. Existen situaciones en las que puede una persona, por razones turísticas o de otra índole, acceder legítimamente al país desde el extranjero, pero en nuestro caso la minoría de edad de la ofendida lo hacía francamente difícil, hasta el punto de que fue necesario desplazarse a Rumania, desde donde persona de confianza, como era la acusada (madrina de la menor), le acompañase a España valiéndose del engaño (actuación ilegal) después de obtener su pasaporte y el permiso paterno. Igualmente el lugar donde debía ejercer la prostitución la joven era Almería, único en que el acusado contaba con una infraestructura, aunque fuera tosca o mínima, o por lo menos se servía de otras personas para mantenerla en tal indigna actividad, lo que en otro lugar no hubiera sido posible. Tales condicionamientos objetivos permiten establecer la concatenación de medio a fin de los delitos por los que se condena [STS 13/4/2007 (Nº 297/2007)]. ► En cuanto a la alegada consunción del apartado 2 del art. 188 del Código Penal (favorecimiento de la entrada en territorio nacional de personas, con el propósito de su explotación sexual) por el apartado 1 del mismo artículo (empleo de violencia, intimidación, engaño o abuso de situación para determinar a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella), debemos rechazar de plano tal

pretensión por tratarse de infracciones realmente distintas, con bienes jurídicos protegidos también distintos (la libertad sexual de la persona mayor de edad y la política migratoria del Estado), hasta el punto que, tras la reforma del Código Penal operada por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, el apartado 2 del art. 188 ha sido incorporado al art. 318 bis, 2º Código Penal (bajo el Título XV Bis de dicho Código: "Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros"), manteniéndose el art. 188.1 bajo el Título VIII, capítulo V, del propio Código: "Delitos contra la libertad e indemnidad sexual (Título VIII)" y "De los delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores (Capítulo V)", respectivamente. Por lo demás, es evidente que el tipo penal del art. 188.1 del CP no cubre la totalidad de la antijuricidad de la conducta enjuiciada, por lo que en modo alguno puede hablarse de consunción del apartado 2 del citado artículo por el apartado 1 del mismo precepto. Mas, dicho esto, es preciso poner de relieve también, que el Ministerio Fiscal, al evacuar el trámite de instrucción, sostiene que no puede compartirse la tesis defendida por la parte recurrente sobre la calificación jurídica de los hechos enjuiciados, habida cuenta de que el bien jurídico protegido por el art. 188.1 es eminentemente personal (no así el del art. 188.2), por lo que "la libertad de determinación sexual de reivindica la existencia de tres delitos, no uno, como erróneamente ha calificado la Sala", en tanto que "las tres condenas por un delito del art. 188.2 del CP deberían dar paso a una única condena, también por razón del bien jurídico protegido, que mira preferentemente al interés estatal, por impedir la existencia de flujos transfronterizos orientados a la prostitución de las personas". Ello no obstante -añade el Ministerio Fiscal-, "los límites impuestos en sede casacional impiden ahora agravar la responsabilidad declarada por el Tribunal "a quo", de suerte que la hoy recurrente sólo podría ser condenada por un delito del art. 188.1 y un delito del art. 188.2, no tres como erróneamente hace la Sala. Y, en tal sentido, se insta el apoyo parcial al motivo". Ha de reconocerse la razón que asiste al Ministerio Fiscal, en cuando a la distinta naturaleza de los bienes jurídicos protegidos por los preceptos citados, con la lógica consecuencia de que los hechos enjuiciados deben ser calificados como constitutivos de tres delitos del art. 188.1 CP y un único delito del art. 188.2 CP; mas, al no poder agravarse en el trámite casacional la condena de los acusados, ya que el Ministerio Fiscal no ha recurrido la sentencia de instancia, procede estimar parcialmente -en el sentido indicado por el Ministerio Fiscal- la impugnación de la parte recurrente, y condenar a la acusada solamente por un delito del art. 188.1 y por otro del art. 188.2 CP [STS 7/5/2007 (Nº 405/2007)]; ► Hemos de tener presente que la reforma del Código Penal producida por la Ley Orgánica nº 11 de 29 de septiembre de 2003 sacó del art. 188.2 para llevarlo al 318 bis la conducta que en el precepto antes de ser modificado integraba el nº 2, en el que se decía: "Será castigado con las mismas penas el que directa o indirectamente favorezca la entrada, estancia o salida del territorio nacional de personas, con el propósito de su explotación sexual empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima", pasando el precepto de tener cinco números a sólo cuatro. Por su parte el art. 318 bis, relativo a los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros que se estructuraba en cinco números aumenta ahora a seis. A la conducta nuclear del art. 318 bis-1º, que se amplía ahora ("tráfico ilegal" e "inmigración clandestina"), se añade un subtipo que se comete cuando tales comportamientos tienen como objetivo la explotación sexual (art. 318 bis-2º) y una cualificación (apartado 3º) que se proyecta simultáneamente al apartado 1º y 2º de ese mismo artículo, incluyendo entre sus previsiones exasperativas la ejecución del hecho a través de medios o mecanismos comisivos que coinciden en esencia con la totalidad de los que prevé el art. 188-1º y alguno más [STS 10/5/2007 (Nº 380/2007)].

2. Concepto de inmigración ilegal o clandestina. A pesar de esa evolución legislativa, determinados conceptos han permanecido inmutables. Así ha ocurrido en relación con el elemento normativo de la clandestinidad que es común en el artículo 313.1 CP y en el artículo 318 bis CP, al que se ha identificado la *ilegalidad* del tráfico [art. 318 bis Núm. 1].

► *El concepto de emigración clandestina... es perfectamente trasladable al caso que nos ocupa, ya que los términos gramaticales (inmigración clandestina) son exactos en el art. 313 y 318 bis e idéntica debe ser también su significación jurídica* [STS 10/5/2007 (RNº 10828/2006)].

En este sentido el concepto de **clandestinidad** abarca no sólo los casos en que la inmigración se verifica al margen de la normativa administrativa que regula la entrada de extranjeros en España (entrada subrepticia) sino también la fraudulenta o sea la que surge cuando *se utilizan fórmulas autorizadoras de ingreso transitorio en el país con fines de permanencia, burlando o incumpliendo las normas administrativas que lo autoricen en tales condiciones* [SSTS 28/9/2005 (Nº 1059/2005); 26/6/2007 (Nº 605/2007); 8/4/2008 (Nº 152/2008); 13/2/2009 (Nº 182/2009); 11/4/2009 (Nº 399/2009)].

► Hoy en día las normas reguladoras del paso de fronteras españolas está regulada por el artículo 25 de la Ley Orgánica de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social: 1. *El extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, que se considere válido para tal fin en virtud de convenios internacionales suscritos por España y no estar sujeto a prohibiciones expresas. Asimismo, deberá presentar los documentos que se determinen reglamentariamente que justifiquen el objeto y condiciones de estancia, y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios.* 2. *Salvo en los casos en que se establezca lo contrario en los convenios internacionales suscritos por España o en la normativa de la Unión Europea, será preciso, además, un visado. No será exigible el visado cuando el extranjero se encuentre provisto de la tarjeta de identidad de extranjero o, excepcionalmente, de una autorización de regreso.* 3. *Lo dispuesto en los párrafos anteriores no será de aplicación a los extranjeros que soliciten acogerse al derecho de asilo en el momento de su entrada en España, cuya concesión se regirá por lo dispuesto en su normativa específica.* 4. *Se podrá autorizar la entrada en España de los extranjeros que no reúnan los requisitos establecidos en los párrafos anteriores cuando existan razones excepcionales de índole humanitaria, interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos por España. En estos casos, se procederá a hacer entrega al extranjero de la documentación que se establezca reglamentariamente.* ► Sobre la inmigración fraudulenta se ha elaborado un importante cuerpo doctrinal por la Sala II TS. Comprende los supuestos de hacerse pasar por turista o mediante alegaciones falsas sobre

su visita a España lo que constituye un claro fraude ley: ► *El recurso a la condición de turistas sólo constituía una tapadera, patraña o subterfugio que encubría una verdadera inmigración ilegal, ajustada a un plan o designio inicial* [SSTS 18/7/2003 (Nº 1045/2003); 30/5/2005 (Nº 994/2005)]; 8/6/2005 (Nº 712/2005); 8/11/2005 (Nº 1276/2005); 22/11/2005 (Nº 1465/2005); 12/12/2005 (Nº 1490/2005); 19/1/2006 (Nº 52/2006); 10/5/2007 (Nº 380/2007); 26/6/2007 (Nº 605/2007)]; ► *O, También será, pues, inmigración clandestina aquella que se realiza, revistiéndola de una apariencia de legalidad, ocultando a las autoridades la finalidad ilícita con que se hace, y que de ser conocida la haría imposible* [SSTS 1/10/2004 (Nº 1092/2004); 30/5/2005 (Nº 994/2005); 22/11/2005 (Nº 1465/2005); 12/12/2005 (Nº 1490/2005); 10/5/2007 (Nº 380/2007); 26/6/2007 (Nº 605/2007); 8/4/2008 (Nº 152/2008); 13/2/2009 (Nº 182/2009)]. ► *El término empleado por la Ley, "clandestino", puede interpretarse como referido a algo secreto u oculto y según el DRAE, especialmente a aquello hecho o dicho secretamente por temor a la ley o para eludirla. Su significado gramatical referido a la inmigración comprende tanto aquella que no se ve al realizarse a través de lugares no establecidos para ello, fuera del acceso de las autoridades, como aquella otra que se ejecuta mediante mecanismos tendentes a la desfiguración y ocultación de sus aspectos ilegales* [SSTS 30/5/2005 (Nº 994/2005); 12/12/2005 (Nº 1490/2005); 12/12/2005 (RNº 659/2005)]. Así, **el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 3 de octubre de 2005**, en relación al alcance del art. 313.1 CP 95 resolvió que: *El facilitar un billete de ida y vuelta a extranjeros que carecen de permiso de trabajo y residencia en España, para poder entrar en España como turistas cuando no lo eran y ponerlos a trabajar, constituye un delito de inmigración clandestina*. También abarca los casos de presentación de documentación falsa o que sin ser falsa físicamente, no responde a la realidad de las cosas: cartas de invitación inveraces, visados obtenidos mediante falsas alegaciones, etc... [SSTS 19/1/2006 (Nº 2/2006); 26/6/2007 (Nº 605/2007); 8/4/2008 (Nº 152/2008); 11/4/2009 (Nº 399/2009)].

3. Favorecimiento de la estancia ilegal sobrevenida. La inmigración clandestina o el tráfico ilegal no puede ser confundida con los supuestos de residencia ilegal sobrevenida, es decir cuando siendo inicialmente legal la entrada del inmigrante **por circunstancias sobrevenidas**, el trabajador extranjero motu proprio o a instancia de tercero, decide incumplir el régimen permitido de acceso.

El delito de favorecimiento o promoción de la inmigración clandestina solo surgirá en el primer caso, quedando bajo la cobertura del derecho administrativo sancionador el segundo [art. 54.1 d LOEX], esto es, *el delito se producirá por quien favorece, promueve o facilita el acceso a España de determinadas personas con conocimiento inicial y antecedente de que la situación administrativa de acceso no responde a la realidad de la estancia, que exigiría de otros requisitos que así resultan burlados, incurre en ilícito penal, sin perjuicio de que la persona de cuya migración se trate haya de responder sólo administrativamente* [SSTS 19/1/2006 (Nº 2/2006); 26/6/2007 (Nº 605/2007); 17/9/2007 (Nº 746/2007); 8/4/2008 (Nº 152/2008)]. En contra, STS 19/9/2001 (Nº 1598/2001).

► Art. 54.1 d LOEX: *la contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo el correspondiente autorización de trabajo, incurriéndose en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados*. ► Se alega también que no existió el delito referido a la inmigración (art. 313 CP) porque los hechos en que intervino T se produjeron cuando ya los que habían llegado en la patera a la península por las costas de Cádiz se encontraban en la ciudad de Tarifa. El citado art. 313.1 sanciona al "que promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España". Si, como aquí ocurrió, la actuación del acusado se produce cuando ya están los inmigrantes dentro del territorio nacional, incluso habían realizado ya dentro de la provincia de Cádiz, algún trayecto desde el lugar del desembarco hasta la ciudad de Tarifa, cuando no consta probada relación alguna anterior a dicho desembarco que pudiera acreditar algún convenio entre T y tales inmigrantes (o los organizadores del viaje), es decir, cuando no aparece en los hechos probados dato alguno que permita hablar de promoción o favorecimiento de esa inmigración clandestina por parte de T, no cabe condenar a éste por se delito del art. 313. Inmigrar, **según nuestro diccionario oficial, es "llegar a un país para establecerse en él los que estaban domiciliados en otro"**. Según los hechos probados de la sentencia recurrida respecto de esa llegada al país (España) no aparece actuación alguna por parte del acusado. Actuó después, cuando ya es había producido esa llegada y los inmigrantes ya estaban en el interior, en la ciudad de Tarifa. **No es lo mismo favorecer la inmigración que favorecer al inmigrante** [STS 16/10/2003 (Nº 1397/2003)] ► En efecto, y de acuerdo con lo razonado en el citado Fundamento Jurídico Segundo de la recurrida, hay que tener en cuenta que, unas horas antes de ser detenido Juan Carlos, la Guardia Civil ya había detectado la presencia de una lancha abandonada en un lugar de la costa, próximo a aquel en el que se produjo la detención; que, tras localizar a otros dos nacionales marroquíes cerca de esa embarcación, algunas horas después se intercepta al recurrente, que conducía su vehículo con otros dos inmigrantes, carentes de documentación española, viajando en el interior del automóvil; que, ocupados los teléfonos móviles que poseían tanto el recurrente como sus pasajeros y comprobadas las llamadas telefónicas efectuadas desde ellos, se advierte que algún tiempo antes de ser detenidos se habían intercambiado llamadas y que en la "agenda" de contactos del recurrente figuraba el número del teléfono que portaban sus acompañantes, evidencia de que tenían algún tipo de contacto anterior, contacto que, a su vez, Juan Carlos inicialmente niega en absoluto para, posteriormente y a la vista de los datos de los que disponía la Guardia Civil, acabar admitiendo, en el acto del Juicio oral, que era cierto que se habían comunicado, pero, según él, sólo para intercambiarse información sobre posibles puestos de trabajo [STS 20/3/2009 (Nº 297/2009)] ► Es evidente que existe delito de inmigración clandestina cuando existe un previo concierto para la recepción y acogida de inmigrantes ilegalmente introducidos [vide, SSTS 7/5/2003 (Nº 669/2003); 1/10/2003 (Nº 1254/2003); 16/10/2003 (Nº 1397/2003); 30/10/2003 (Nº 1447/2003); 28/11/2003 (Nº 1597/2003); 22/6/2004 (Nº 801/2004); 21/7/2005 (Nº 1038/2005); 29/9/2005 (Nº 1080/2005); 4/10/2005 (Nº 1150/2005); 19/10/2005 (Nº 1304/2005); 17/11/2005 (Nº 1711/2005); 16/10/2006 (Nº 989/2006); 20/3/2009 (Nº 297/2009)]. ► No obstante, la amplitud de las conductas contempladas en el art. 318 bis CP (promoción, favorecimiento o facilitación del tráfico ilegal o la inmigración clandestina) supone -según el tenor literal del precepto- que se realice desde, en tránsito o con destino a España. Con lo que no puede ser excluida como

típica la situación de quien se encuentra ya en España, porque, como tripulante de un barco, en uno de sus puertos haya hecho escala... Esta Sala ha dicho también (Cfr. STS de 13-7-2005, nº 968/2005), en relación con las expresiones finales "desde, en tránsito o con destino a España", que utiliza el tipo que estamos examinando, que "con ello se quieren abarcar tres modos de comisión diferentes: a) movimiento de personas desde el extranjero hacia España, que es el modo más frecuente de comisión; b) salida de alguien de España al extranjero; c) tránsito dentro de España, de un punto a otro, relacionado con ese tráfico ilegal o esa inmigración clandestina". En nuestro caso, esta última es, indudablemente, la conducta observada en los hechos aquí examinados [STS 6/3/2006 (Nº 284/2006)] ► Sólo delito de falsedad: Conocido por las personas que se dirán la apertura en el año 1995 por la Dirección Provincial de Trabajo de un plazo que permitía a empleadores del sector agrícola o de servicios del hogar instar del organismo la contratación de extranjeros no comunitarios por medio de las llamadas solicitudes de migración laboral o "cupos", en las que debía constar individual y nominativamente la persona extranjera que se proponía para el trabajo por parte del empleador - quien además debía aportar documentación que acreditara su solvencia económica, en la gestoría mencionada regentada por el acusado Andrés y bajo el conocimiento y asentimiento de este y con la colaboración de al menos el acusado J, se reclutaron durante el año 1995 inmigrantes por la calle o mediante el conocimiento que otros inmigrantes que ya habían pasado por allí dieron de los hechos a fin de que acudieran a la Gestoría a tramitar las solicitudes de migración laboral del contingente referido; solicitudes en las que los inmigrantes contaban como trabajadores y los dos acusados referidos hacían constar como empleadores a personas que eran totalmente ajenas a la solicitud de empleado, creando para la ocasión las declaraciones de IRPF, de los terceros sujetos referidos, respecto de los cuales se imitaban o suplantaban las firmas en la solicitud de empleo para los extranjeros y en la declaración del IRPF, y cuyas fotocopias del DNI y demás datos personales eran extraídos del archivo de clientes de la gestoría, de ésta en concreto o de las diversas oficinas que en el pasado había tenido el acusado Andrés, así como también de los datos y fotocopias a los DNI que el acusado J guardaba de las entrevistas de trabajo que efectuó a diversas personas con el fin supuesto de contratar personas para la empresa laboratorios cosméticos. A los extranjeros que acudían al local para solicitar esos servicios les cobraban entre 100.000 y 200.000 ptas, siendo éstos conscientes en algunos casos de que las solicitudes referidas a sus personas no contaban con empleadores reales, sin que se haya podido acreditar que en algunas casos en que los inmigrantes no comunitarios creían que efectivamente tenían la expectativa -si la Dirección Provincial de Trabajo en Barcelona lo aprobaba- de encontrar un empleo y regularizar así su situación en España de cara a la administración, los empleadores que figuraban en sus solicitudes respectivas no hubieran efectivamente solicitado los servicios de un trabajador extranjero. En la gestoría tramitaban dichas solicitudes y recibían a los extranjeros así como les cobraban las gestiones indistintamente los acusados Andrés y Joaquín, sin perjuicio de que otros trabajadores, como la acusada María Purificación pudieran haber realizado algún trámite administrativo o burocrático con los documentos, e incluso presentar alguno en sede de la delegación de la Dirección Provincial de Trabajo, sin que conste con seguridad que la mencionada conocía la mecánica que se describe [STS 26/2/2003 (Nº 180/2003)] ► Aprovechando su condición de asesor fiscal en ejercicio, tramitó permisos de trabajo y residencia a favor de un número indeterminado de inmigrantes quienes se hallaban en nuestro país careciendo de los oportunos permisos. Aprovechándose del conocimiento que tenía de los datos de identificación personal y empresarial de clientes propios, los utilizaba, haciendo constar en los correspondientes impresos como solicitantes de los permisos de los extranjeros y ofertantes de empleo a sus clientes empresarios, sin su conocimiento ni autorización y sin que tales empresarios ofertasen empleo ninguno a las personas que en los impresos se hacía constar Tramitación de permisos falsos de trabajo. Condena: delito continuado de falsedad en documento oficial cometido por particular (art. 392 en relación con el art. 390.1,2º y 3º CP) en concurso ideal con un delito continuado contra el derecho de los trabajadores por favorecimiento de la inmigración clandestina (art. 313.1 CP). **Falsedad:** La primera ha sido correctamente calificada por la sala de instancia como constitutiva de un delito del art. 392 en relación con el art. 390.1,3º, ambos del C. Penal, puesto que se trató de la utilización de la identidad de otra persona sin su consentimiento para hacerla aparecer como realizadora de un acto dirigido a producir efectos jurídicos, cuando en realidad no había tenido ninguna intervención en él (STS 27 de septiembre de 1997). **Inmigración clandestina:** La segunda constituye un delito del art. 313.1º CP, puesto que mediante la presentación de esos impresos falseados en un organismo oficial se buscaba la obtención de los permisos aludidos para conseguir la permanencia regular en el país y el acceso al mercado de trabajo de ciudadanos extranjeros, fuera del procedimiento legal, dado que no existía una oferta real de empleo [STS 19/9/2001 (Nº 1598/2001)].

Por ello cometerá el delito del artículo 318 bis CP quien: A) Se encargó de alojar en su vivienda a extranjeros de origen asiático que entraron ilegalmente en Melilla, con la finalidad de, una vez dados de alta como inmigrantes en la Comisaría de Policía, favorecer o facilitar su traslado a La Península o su permanencia en territorio nacional [STS 21/7/2005 (Nº 1038/2005)]; B) Puestos de acuerdo con dos de los tripulantes del buque "G", de bandera panameña... los ocultaron en el piso que ocupan en la calle de esta Capital, con el propósito de que los mismos no volvieran al barco y logran quedarse en territorio español [STS 29/9/2005 (Nº 1080/2005)]; C) Contacta en la zona del Puerto de la Luz con dos marineros, a donde estos habían arribado como marineros en un buque pesquero de bandera japonesa, invitándoles a abandonar la referida embarcación, prometiéndoles trabajo en Madrid, ciudad a la que serían trasladados por vía aérea [STS 6/3/2006 (Nº 284/2006)].

Sin embargo, la sola y aislada acción de alojamiento de inmigrantes en situación de ilegalidad es una conducta impune.

► Se afirma que, ante la denuncia de que tenía en su casa unos quince inmigrantes ilegales, se realizó una vigilancia externa observándose por los funcionarios gran número de personas en la misma. Ante la presencia de la policía salieron precipitadamente algunos de ellos que fueron detenidos e identificados comprobándose que los ciudadanos marroquíes carecían de documentación que les habilitara para entrar y permanecer en el territorio español, circunstancia conocida por el acusado. Esta Sala no duda que el acusado conocía de manera total y completa que estaba alojando en su casa a ciudadanos marroquíes que habían entrado ilegalmente en España, por lo que lógicamente carecían de papeles acreditativos de su

residencia. El tipo penal del artículo 318 bis del Código Penal, contempla conductas de favorecimiento, promoción o facilitación del tráfico ilegal de personas. Aislando esta expresión del resto del contenido de los numerosos apartados del mencionado artículo es evidente que acoger a ciudadanos extranjeros que entraron ilegalmente, supone una prestación, de ayuda o auxilio, remunerado o no, que se concreta en el albergue o acogimiento de extranjeros sin papeles. El tipo penal se construye sobre un elemento nuclear que no es otro que el tráfico ilegal de personas desde o hacia el territorio español. A partir de esta base se va componiendo un andamiaje que soporta diversas conductas que amplían y agravan el tipo básico. En primer lugar, se agrava el reproche cuando los actos típicos se realizan con ánimo de lucro o por medio de violencia, intimidación o engaño o abusando de la situación de necesidad de la víctima. Es evidente que esta conducta no concurre en el acusado, ni tampoco existe engaño o violencia. Una interpretación contextual del tipo nos lleva a conectar necesariamente el alojamiento con una fase posterior de colaboración con los que organizan y dirigen la entrada ilegal. En una segunda fase, se puede cooperar ofreciendo la estructura del alojamiento clandestino para eludir los controles callejeros de la policía. Este dato no se da en el caso presente o en todo caso, no se concreta en el relato fáctico. El segundo aspecto agravatorio del tipo nos sitúa también ante la conducta típica de promoción u organización del viaje, ya que no se podría comprender muy bien como una conducta de alojamiento, de las características de la que estamos examinando, puede poner en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas si no se refiere a la fase de entrada. No nos encontramos ante unas condiciones de alojamiento infrahumanas, ni consta la existencia de detenciones ilegales. **Una interpretación lógica y sistemática del precepto nos lleva a considerar que el hecho típico no es el acogimiento aislado de las actividades del tráfico sino la colaboración activa con el paso ilegal de personas extranjeras.** Si complementamos esta argumentación con el texto general de la Ley de Extranjería, el artículo 54.1 de la Ley 8/2000 nos da una clave interpretativa, al considerar como infracción administrativa muy grave, inducir, promover, favorecer o facilitar, formando parte de una organización con ánimo de lucro, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español siempre que el hecho no constituya delito. Es decir, el hecho básico tiene que estar conectado con otras conductas pero si no se prueba esta conexión el alojamiento, sin otras connotaciones, es un acto penalmente impune. Si el bien jurídico protegido es la protección de los intereses y derechos de los extranjeros frente a las conductas que se describen en el tipo del artículo 318 bis del Código Penal, no existe lesión alguna por albergar a éstos, mientras tratan de regularizar su situación o sustraerse a la fiscalización de los agentes de inmigración o policiales, aunque sea mediante el cobro de una cantidad por el alojamiento [STS 19/10/2005 (Nº 1177/2005)].

4. El concurso de normas entre el favorecimiento de la inmigración clandestina del artículo 318 bis CP y el favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores del artículo 313.1 CP. Como hemos adelantado nuestro ordenamiento jurídico distingue dos delitos de inmigración clandestina con notorias diferencias penológicas según que el sujeto pasivo sea trabajador (el art. 313 CP prevé una pena de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses) o no lo sea (el tipo básico del art. 318 bis CP impone la pena de cuatro a ocho años de prisión) lo que carece de justificación alguna.

Todos los intentos dirigidos a solventar este concurso de normas no es del todo convincente. Inicialmente por la jurisprudencia se hizo depender la aplicación del art. 313.1 CP exclusivamente de la condición de trabajador de la víctima [SSTS 30/5/2005 (Nº 994/2005); 8/6/2005 (Nº 712/2005); 22/11/2005 (Nº 1465/2005)].

► En este sentido, la STS 2/11/2006 (Nº 1080/2006) circunscribe la aplicación del art. 313.1 CP cuando la inmigración clandestina suponga la existencia de riesgo para los derechos del individuo como trabajador, es decir, *sus derechos en relación con las posibilidades de optar a un trabajo legal, a un salario digno y al conjunto de prestaciones y garantías que corresponden al trabajador legalmente situado en el país. Pero sin afectar a otros derechos que le corresponden como persona. La inmigración clandestina o el tráfico ilegal de personas en condiciones tales que resulten privados de las posibilidades de ejercitar de forma razonable sus derechos fundamentales, o seriamente dificultados para ello, tanto durante el traslado como en el lugar de destino, será siempre castigada con arreglo al artículo 318 bis.1*

Posteriormente, hay jurisprudencia que niega la posibilidad de aplicar el artículo 313.1 CP cuando concurre la circunstancia prevista en el ordinal 2 del artículo 318 bis CP.

► El genérico tráfico ilegal o inmigración clandestina de extranjeros previsto en el párrafo primero del artículo 318 bis aparece seguido en su apartado segundo por un subtipo especial, agravado por el específico elemento subjetivo del injusto concurrente en el sujeto activo, presidido por la finalidad de destinar a la explotación sexual a los extranjeros cuyo tráfico ilegal o inmigración clandestina se haya efectuado, y con independencia de que el sujeto pasivo protegido haya prestado o no su aquiescencia. Esa intencionalidad obliga a desplazar la conducta punible desde el aparentemente aplicable apartado primero del artículo 313 hacia el artículo 318 bis 2 cuando se trate -como sucede en el caso de autos- de extranjero traído clandestinamente a España para destinarlo a la prostitución, conducta merecedora de un mayor reproche penal por el fin último -situado en el arcano íntimo del acusado y deducible de las circunstancias concurrentes que señala la sentencia impugnada- de conseguir mediante engaño el inicial consentimiento de ambas inmigrantes a ser trasladadas a España, bajo la errónea creencia de que les iba a ser facilitado un trabajo digno [STS 22/11/2005 (Nº 1465/2005)] ► Al menos desde ese momento, la promoción, favorecimiento o facilitación de la inmigración clandestina o del tráfico ilegal de personas con la finalidad de su explotación sexual debe incluirse necesariamente en el artículo 318 bis, pues la calificación con arreglo al artículo 313 equivaldría a negar la posibilidad de reconocer la gravedad añadida a la conducta por una finalidad como la expuesta. En este mismo sentido ya se había pronunciado esta Sala en la STS Nº 1465/2005, de 22 de noviembre. Por lo tanto, el Tribunal calificó adecuadamente los hechos con arreglo al artículo 318 bis [STS 2/11/2006 (Nº 1080/2006)].

Alguna resolución no acepta que el artículo 318 bis CP excluya de su ámbito de protección a los trabajadores.

► *El tráfico ilegal de personas encierra una dimensión pluriofensiva que proyecta sus efectos, de modo especial, sobre aquellos que, mediante el abandono de sus comunidades de origen, buscan la mejora de sus condiciones personales y laborales* [STS de 16/1/2008 (Nº 15/2008)].

Por fin, hay un pronunciamiento que pura y llanamente admite la posibilidad de que el artículo 318 bis CP ha derogado tácitamente el ordinal primero del artículo 313 CP.

► *En la práctica, la doctrina más caracterizada entiende que con la nueva redacción del art. 318 bis por Ley Orgánica Nº 11 de 29 de septiembre de 2003 se ha producido una derogación tácita del art. 313-1º CP y ello por cuanto a pesar de la aparente diferencia, aunque en este último precepto no se hable de trabajador extranjero, sí se precisa que sea un inmigrante y este término solo puede predicarse de un extranjero; los nacionales no inmigran a su propio país* [STS 10/5/2007 (Nº 380/2007)].

Por ello la única solución admisible para corregir este dislate legislativo no puede ser otra que una adecuada reforma del precepto como propone la STS Núm. 569/2006 de 19/5/2006: *es evidente que el hecho de que las víctimas sean trabajadores o mano de obra, como con poca fortuna dice el artículo 312, no puede justificar la diferencia, de modo que habrá que encontrarla en la gravedad de la conducta. Sin embargo, la literalidad del tipo no aporta elementos valorativos que permitan esa diferenciación, por lo que la solución para armonizar ambas previsiones habría de ser la reforma legal, que podría contemplar como supuestos agravados la existencia de ulteriores finalidades de explotación.* Eso es lo que propone el Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008.

5. Los bienes jurídicos protegidos por el artículo 318 bis CP. Pluralidad de sujetos pasivos. El presente delito protege dos bienes jurídicos diferentes pero no contradictorios sino complementarios. Por un lado se protege en el tipo básico del art. 318 bis, párrafo primero, el interés del Estado (o de la Unión Europea dada la naturaleza comunitaria del interés) de proteger y controlar los flujos migratorios, pero junto con ello, resulta también relevante el ataque a los derechos de las personas concretas sujetos pasivos de dicha inmigración clandestina, en la medida que puedan ser objeto de explotaciones que atentan contra sus derechos como persona, y por ello aquella conducta de la emigración clandestina cuando tiene las notas descritas en los párrafos 2º y 3º constituye un subtipo agravado con la consiguiente agravación penal respecto de las personas o redes que se dedican a esta actividad, en tanto que la conducta del sujeto de la inmigración, el propio inmigrante queda exento de respuesta penal y sólo sujeto a la infracción administrativa prevista en la Ley Orgánica de Extranjería -art. 53- [STS 19/9/2007 (Nº 770/2007)].

► En relación con el bien jurídico protegido en este precepto es uniforme la doctrina de la Sala Segunda en considerar que confluyen dos clases de intereses complementarios por un lado, el interés del Estado de controlar los flujos migratorios y los derechos de los propios ciudadanos extranjeros que podrían llegar a disfrutar en caso de que su entrada o tránsito por el Estado español hubiese sido realizada en condiciones de legalidad [STS 13/2/2009 (Nº 182/2009)].

La mayor parte de las especificaciones realizadas al respecto por algún pronunciamiento jurisprudencial son irrelevantes en la práctica.

► Se destaca en la doctrina que el bien jurídico protegido por el precepto penal aquí cuestionado lo constituye tanto el interés social de controlar los flujos migratorios como la protección de la libertad, la seguridad, la dignidad y los derechos laborales de los emigrantes. Por lo demás, el delito del artículo 318 bis del Código Penal presenta dos modalidades básicas: el tráfico ilegal y la inmigración clandestina. Por consiguiente, como se pone de relieve en la STS de 10 de julio de 2006 (en el mismo sentido, v. SSTS de 19 de enero, 19 de mayo y 10 de julio de 2006 y de 3 de abril de 2007) , se comete este delito tanto mediante la promoción de la inmigración clandestina (es decir, la realizada al margen de los controles administrativos) como mediante fraude a las autoridades competentes, que actúan con un conocimiento erróneo causado por engaño, que es lo que sucede, por ejemplo, cuando la entrada en territorio español se produce de modo formalmente correcto (utilizando los pasos fronterizos, en posesión del pasaporte y del correspondiente visado en su caso), lo que habilita al extranjero para disfrutar de una estancia temporal en España, pero el supuesto turista viene con el propósito de quedarse trabajando irregularmente en el territorio nacional, con las indudables consecuencias negativas que tal situación supone para las personas que la sufren, que es lo que sucede en el caso de autos. Por lo expuesto, es indudable la comisión de la infracción legal denunciada [STS 28/9/2007 (Nº 801/2007)] ► Con objeto de evitar el peligro abstracto de que los mismos sean tratados como objetos, con evidente lesión de su integridad moral, y así lo pone de manifiesto el propio Título XV bis del Libro II del CP: "Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros" [SSTS 5/2/2008 (Nº 76/2008); 26/2/2008 (Nº 127/2008)] ► Evitando que éstos sean aprovechados por grupos de criminalidad organizada y, por otro, evitar situaciones de explotación que atentan a los derechos y a la seguridad de las personas" (v., ad exemplum, STS de 19 de mayo de 2006) [SSTS 5/2/2008 (Nº 76/2008); 26/2/2008 (Nº 127/2008)] o los derechos laborales de los inmigrantes [STS 6/6/2007 (Nº 526/2007)] ► Por ejemplo, la STS 17/5/2007 (Nº 380/2007) que tiene por objeto principal el análisis de un supuesto concursal entre el artículo 318.2 bis CP y el artículo 188.1 CP parece realizar una

triple clasificación de los bienes jurídicos protegidos. Así, con base en el bagaje normativo internacional (Convención y protocolos de Palermo y normativa comunitaria) afirma que en el tráfico ilícito de inmigrantes habremos de distinguir como bienes jurídicos protegidos: a) los derechos que el ciudadano extranjero podría llegar a disfrutar en caso de que su entrada o tránsito por Europa se hubiere realizado en condiciones de legalidad; b) los derechos individuales que se ponen en peligro por los riesgos inherentes al proceso de entrada, tránsito o establecimiento ilegal: vida, libertad, seguridad, etc. c) el interés estatal en reforzar la efectividad de las prohibiciones de entrada a efectos del control de los flujos migratorios por su influencia en el mercado de trabajo y en su estructuración social. Por su parte, en la "trata de personas" lo que se protege no son ya intereses estatales, sino un conjunto de derechos que el ordenamiento jurídico reconoce a los extranjeros como colectivo específico de ciudadanos, amparándoles frente a los abusos de terceros propiciados por la situación de ilegalidad, lo que supone la instrumentalización del sujeto en aras del beneficio económico que puede proporcionar, resultando en última instancia fundamentalmente atacada la dignidad humana.

La consecuencia más directa es que el tipo básico del artículo 318 bis se construye como delito doloso de tendencia de **peligro abstracto** y de **mera actividad** que se consume con la realización de actividades de captación, transporte, intermediación o cualquier otra que suponga promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina o el tráfico ilegal, con independencia del resultado conseguido [SSTS 28/9/2005 (Nº 1059/2005); 15/6/2007 (Nº 561/2007); 21/6/2007 (Nº 582/2007); 26/6/2007 (Nº 605/2007); 17/9/2007 (Nº 746/2007); 31/1/2008 (Nº 36/2008); 18/2/2008 (Nº 122/2008); 8/4/2008 (Nº 152/2008); 11/4/2009 (Nº 399/2009)].

► En relación al tipo subjetivo del injusto, el artículo 318 Bis CP se construye como *delito doloso de tendencia*, esto es exige que el autor realice su conducta con el fin de que se produzca un tráfico ilegal de personas [STS 28/9/2005 (Nº 1059/2005)] sin que sea preciso la concurrencia de ánimo de lucro u otro móvil espurio, lo que daría lugar a la aplicación del subtipo agravado del apartado tercero del artículo 318 bis CP ► Al ser formulado como delito de *peligro abstracto*, en el que se pretende combatir las situaciones de ilegalidad *-que impiden o al menos dificultan seriamente el ejercicio de sus derechos más esenciales de los inmigrantes-*, se cometerá el delito siempre que el autor tenga conciencia de esa ilicitud en el tráfico, independientemente que los fines que se persigan por el autor no estén dirigidos a la directa explotación del inmigrante, lo que ocurre normalmente en la introducción clandestina de los familiares: *Dicho de otra forma, el acusado facilitó a sus dos familiares un lugar para esconderse en el buque con la finalidad de conseguir entrar en España burlando los controles administrativos. Sostiene que el precepto se refiere a supuestos en los que se aprecie lucro, violencia, intimidación, engaño, abuso de superioridad o menor edad de la víctima o fines de explotación sexual, o existencia de una organización. Sin embargo, todos estos supuestos integran subtipos agravados, por lo que es claro que su concurrencia no puede considerarse un elemento necesario del tipo básico. Por el contrario, el bien jurídico protegido en el delito tipificado en el artículo 318 bis es, de un lado el interés del Estado en el control de los flujos migratorios, y asimismo un segundo interés en la protección de la libertad, la seguridad y la dignidad de los ciudadanos extranjeros afectados por acciones de tráfico ilegal o de inmigración clandestina, (en este sentido la STS nº 1465/2005, de 22 de noviembre). De esta forma, la afectación de los derechos de los ciudadanos extranjeros que exige el tipo se deriva en principio, no solo de la clandestinidad del traslado, sino también de la misma situación de ilegalidad, que impide o al menos dificulta seriamente el ejercicio de sus derechos más esenciales* [STS 1/10/2007 (Nº 768/2007)].

Aunque en el tipo se alude a personas en su acepción plural, no es necesario que la actividad afecte a más de una persona para ser típica. Pero sí determina que aunque sean varias las personas afectadas, estaremos ante la existencia de un solo delito en cada tráfico ilegal [Vide por todas: SSTS 28/9/2005 (Nº 1059/2005); 26/6/2007 (Nº 605/2007); 8/4/2008 (Nº 152/2008); 21/1/2009 (Nº 17/2009)].

III. EXPLOTACIÓN SEXUAL: PROSTITUCIÓN Y TRAFICO ILEGAL O INMIGRACIÓN CLANDESTINA.

Sentencias analizadas. Año 1998 SSTS 5/2/1998 (Nº 143/1998). **Año 2000** SSTS 12/2/2000 (Nº 235/2000); 6/4/2000 (Nº 587/2000); 25/4/2000 (Nº 1822/1999); 23/9/2000 (Nº 1428/2000). **Año 2001.** SSTS 16/2/2001 (Nº 204/2000); 22/6/2001 (Nº 1239/2001); 11/7/2001 (Nº 1397/2001); 17/9/2001 (Nº 1588/2001); 22/10/2001 (Nº 1905/2001); 19/11/2001 (Nº 2194/2001). **Año 2002** SSTS 15/3/2002 (Nº 448/2002). **Año 2003** SSTS 30/1/2003 (Nº 2205/2002); 14/2/2003 (Nº 187/2003); 30/5/2003 (Nº 837/2003); 19/6/2003 (Nº 914/2003); 29/9/2003 (Nº 1222/2003); 6/10/2003 (Nº 1306/2003); 13/11/2003 (Nº 1484/2003). **Año 2004** SSTS 4/3/2004 (Nº 306/2004); 8/3/2004 (Nº 293/2004); 29/3/2004 (Nº 438/2004); 2/4/2004 (Nº 416/2004); 6/7/2004 (Nº 896/2004); 1/10/2004 (Nº 1092/2004); 2/11/2004 (Nº 1258/2004); 29/11/2004 (Nº 1367/2004); 3/12/2004 (Nº 1305/2004); 20/12/2004 (Nº 1536/2004). **Año 2005** SSTS 28/1/2005 (Nº 71/2005); 17/3/2005 (Nº 349/2005); 17/3/2005 (Nº 372/2005); 30/5/2005 (Nº 994/2005); 8/6/2005 (Nº 712/2005); 9/6/2005 (Nº 726/2005); 9/6/2005 (Nº 728/2005); STS 13/6/2005 (Nº 740/2005); 18/7/2005 (Nº 981/2005); 15/9/2005 (Nº 1047/2005); 22/9/2005 (Nº 1091/2005); 19/10/2005 (Nº 1177/2005); 27/10/2005 (Nº 1307/2005); 31/10/2005 (Nº 1257/2005); 8/11/2005 (Nº 1276/2005); 22/11/2005 (Nº 1465/2005); 25/11/2005 (Nº 1461/2005); 2/12/2005 (Nº 1446/2005); 5/12/2005 (Nº 1425/2005); 12/12/2005 (Nº 1490/2005). **Año 2006** SSTS 19/1/2006 (Nº 52/2006); 2/3/2006 (Nº 265/2006); 7/3/2006 (Nº 286/2006); 20/3/2006 (Nº 338/2006); 16/5/2006 (Nº 594/2006); 5/6/2006 (Nº 651/2006); 5/10/2006 (Nº 957/2006); 9/10/2006 (Nº 1047/2006); 2/11/2006 (Nº 1080/2006). **Año 2007** SSTS 17/1/2007 (Nº 29/2007); 30/1/2007 (Nº 76/2007); 5/3/2007 (Nº 191/2007); 6/3/2007 (Nº 195/2007); 3/4/2007 (Nº 302/2007); 13/4/2007 (Nº 297/2007); 7/5/2007 (Nº 405/2007); 3/4/2007 (Nº 302/2007); 7/5/2007 (Nº 405/2007); 10/5/2007 (Nº 380/2007); 29/5/2007 (Nº 484/2007); 25/6/2007 (Nº 604/2007); 26/6/2007 (Nº 605/2007); 2/7/2007 (Nº 635/2007); 17/9/2007 (Nº 746/2007); 18/9/2007 (Nº 716/2007); 19/9/2007 (Nº 770/2007); 28/9/2007 (Nº 801/2007); 3/10/2007 (Nº 803/2007); 15/10/2007 (Nº 823/2007); 3/12/2007 (Nº 1008/2007); STS 20/12/2007 (Nº 1059/2007). **Año 2008** SSTS 16/1/2008 (Nº 15/2008); 29/1/2008 (Nº 96/2008); 5/2/2008 (Nº 76/2008); 14/2/2008 (Nº 126/2008); 26/2/2008 (Nº 127/2008); 8/4/2008 (Nº 152/2008); 17/6/2008 (Nº 350/2008); 23/6/2008

(Nº 363/2008); 3/7/2008 (Nº 445/2008); 21/7/2008 (Nº 510/2008); 17/9/2008 (Nº 556/2008); 10/10/2008 (Nº 644/2008); 5/11/2008 (Nº 802/2008); 13/11/2008 (Nº 761/2008); 25/11/2008 (Nº 772/2008); 9/12/2008 (Nº 876/2008). Año 2009 5/2/2009 (Nº 87/2009); 22/2/2009 (Nº 207/2009); 25/2/2009 (Nº 207/2009); 6/3/2009 (Nº 238/2009); 14/4/2009 (Nº 425/2009); 14/4/2009 (Nº 425/2009); 17/4/2009 (Nº 409/2009); 22/4/2009 (Nº 450/2009); 14/5/2009 (Nº 489/2009); 9/6/2009 (Nº 651/2009).

1. Hechos enjuiciados por la Jurisprudencia constitutivos de trata de seres humanos y prostitución coactiva. Que en derecho español no esté tipificado específicamente el delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual no significa que lamentablemente esta modalidad delictiva deje de producirse en la realidad. Todo lo contrario en múltiples ocasiones los tribunales españoles han debido enjuiciar episodios de trata humana de esa naturaleza que se adecuan perfectamente a las previsiones del derecho internacional con relevancia penal.

Si tomamos en consideración la jurisprudencia de esta década podemos clasificar las sentencias de la Sala Segunda según los siguientes parámetros:

Primero. Supuestos exclusivos de prostitución coactiva del artículo 188.1 CP. Imposición del ejercicio de prostitución por la fuerza o la amenaza a una persona residente en España (española o extranjera) para que tenga relaciones sexuales con otra u otras mediando precio que cobra directamente el acusado.

► SSTS 5/2/1998 (Nº 143/1998); 12/2/2000 (Nº 235/2000); 2/11/2004 (Nº 1258/2004); 31/10/2005 (Nº 1257/2005). En ocasiones esos hechos pueden ir acompañados de lesiones y/o detención ilegal [SSTS 25/4/2000 (Nº 1822/1999); 2/11/2004 (Nº 1258/2004); 20/12/2004 (Nº 1536/2004); 20/12/2007 (Nº 1059/2007); 21/7/2008 (Nº 510/2008); 17/9/2008 (Nº 556/2008); 9/6/2009 (Nº 651/2009)].

Segundo. Supuestos de genuina trata de personas con efectivo ejercicio de la prostitución. Captación de una o varias ciudadanas extranjeras en su país de origen mediante engaño (promesa de encontrarles un trabajo lícito bien remunerado en España) facilitándoles los gastos de transporte (pago de los pasajes) y la introducción en España de manera clandestina (adelantándoles unas cantidades para poder pasar la frontera como turistas; entregándoles billete de ida y vuelta; carta de invitación; ocultas en vehículos a motor, etc...). Una vez en España eran advertidas de la gran deuda que habían contraído que sólo podrían satisfacer ejerciendo la prostitución en distintos clubes de alterne u otros lugares cuya recaudación se la quedaban los explotadores directamente.

► SSTS 6/4/2000 (Nº 587/2000); 23/9/2000 (Nº 1428/2000); 16/2/2001 (Nº 204/2000); 17/9/2001 (Nº 1588/2001); 22/10/2001 (Nº 1905/2001); 15/3/2002 (Nº 448/2002); 30/1/2003 (Nº 2205/2002); 13/11/2003 (Nº 1484/2003); 8/3/2004 (Nº 293/2004); 2/4/2004 (Nº 416/2004); 1/10/2004 (Nº 1092/2004); 29/11/2004 (Nº 1367/2004); 3/12/2004 (Nº 1305/2004); 28/1/2005 (Nº 71/2004); 17/3/2005 (Nº 349/2005); 17/3/2005 (Nº 372/2005); 30/5/2005 (Nº 994/2005); 8/6/2005 (Nº 712/2005); 9/6/2005 (Nº 728/2005); 13/6/2005 (Nº 740/2005); 22/9/2005 (Nº 1091/2005); 27/10/2005 (Nº 1307/2005); 22/11/2005 (Nº 1465/2005); 25/11/2005 (Nº 1461/2005); 2/3/2006 (Nº 265/2006); 20/3/2006 (Nº 338/2006); 16/5/2006 (Nº 594/2006); 5/6/2006 (Nº 651/2006); 5/10/2006 (Nº 957/2006); 9/10/2006 (Nº 1047/2006); 2/11/2006 (Nº 1080/2006); 17/1/2007 (Nº 29/2007); 5/3/2007 (Nº 191/2007); 6/3/2007 (Nº 195/2007); 13/4/2007 (Nº 297/2007); 10/5/2007 (Nº 380/2007); 25/6/2007 (Nº 604/2007); 26/6/2007 (Nº 605/2007); 18/9/2007 (Nº 716/2007); 15/10/2007 (Nº 823/2007); 16/1/2008 (Nº 15/2008); 29/1/2008 (Nº 96/2008); 8/4/2008 (Nº 152/2008); 17/6/2008 (Nº 350/2008); 3/7/2008 (Nº 445/2008); 10/10/2008 (Nº 644/2008); 5/11/2008 (Nº 802/2008); 9/12/2008 (Nº 876/2008); 5/2/2009 (Nº 87/2009); 25/2/2009 (Nº 207/2009); 6/3/2009 (Nº 238/2009); 17/4/2009 (Nº 409/2009); 22/4/2009 (Nº 450/2009). **A) Para forzarlas recurrían a la intimidación y amenaza** (con causarles un daño a ellas o a sus familiares en el país de origen): SSTS 23/9/2000 (Nº 1428/2000); 16/2/2001 (Nº 204/2000); 17/9/2001 (Nº 1588/2001); 22/10/2001 (Nº 1905/2001); 30/1/2003 (Nº 2205/2002); 13/11/2003 (Nº 1484/2003); 1/10/2004 (Nº 1092/2004); 29/11/2004 (Nº 1367/2004); 3/12/2004 (Nº 1305/2004); 28/1/2005 (Nº 71/2004); 17/3/2005 (Nº 349/2005) (brujería); 8/6/2005 (Nº 712/2005); 9/6/2005 (Nº 728/2005); 22/9/2005 (Nº 1091/2005); 27/10/2005 (Nº 1307/2005); 25/11/2005 (Nº 1461/2005) (vudú); 2/3/2006 (Nº 265/2006); 5/6/2006 (Nº 651/2006); 5/10/2006 (Nº 957/2006); 9/10/2006 (Nº 1047/2006); 17/1/2007 (Nº 29/2007); 13/4/2007 (Nº 297/2007); 26/6/2007 (Nº 605/2007); 18/9/2007 (Nº 716/2007); 15/10/2007 (Nº 823/2007); 16/1/2008 (Nº 15/2008); 29/1/2008 (Nº 96/2008); 8/4/2008 (Nº 152/2008); 3/7/2008 (Nº 445/2008); 10/10/2008 (Nº 644/2008); 5/11/2008 (Nº 802/2008); 5/2/2009 (Nº 87/2009); 17/4/2009 (Nº 409/2009). De no acceder a esta proposición, pondrían en conocimiento de la policía su situación irregular en territorio español, ante lo cual y de forma no plenamente voluntaria por dicha amenaza, por encontrarse en un país desconocido y sin ningún otro trabajo para obtener ingresos económicos las jóvenes accedieron a ser trasladadas a dicho lugar (club de alterne) [STS 15/3/2002 (Nº 448/2002)]. **B) Para forzarlas recurrían a la agresión** (uno de los miembros de la organización les propinaba una serie de golpes en presencia de otras chicas a quienes se obligaban a presenciar dichos actos) SSTS 23/9/2000 (Nº 1428/2000); 22/10/2001 (Nº 1905/2001). Agresiones en general: SSTS 3/12/2004 (Nº 1305/2004); 28/1/2005 (Nº 71/2004); 22/9/2005 (Nº 1091/2005); 27/10/2005 (Nº 1307/2005); 22/11/2005 (Nº 1465/2005); 25/11/2005 (Nº 1461/2005); 20/3/2006 (Nº 338/2006); 5/10/2006 (Nº 957/2006); 17/1/2007 (Nº 29/2007); 13/4/2007 (Nº 297/2007); 10/5/2007 (Nº 380/2007); 15/10/2007 (Nº 823/2007); 3/7/2008 (Nº 445/2008). **C) Los hechos podrían ir acompañados de lesiones de alguna de las chicas agredidas:** SSTS 23/9/2000 (Nº 1428/2000); 28/1/2005 (Nº 71/2004); 20/3/2006 (Nº 338/2006); 17/1/2007 (Nº 29/2007); 10/5/2007 (Nº 380/2007). **D) También podían ser acompañados de restricciones deambulatorias, secuestros o detenciones ilegales:** SSTS 23/9/2000 (Nº 1428/2000); 16/2/2001 (Nº 204/2000); 30/1/2003 (Nº 2205/2002);

13/11/2003 (Nº 1484/2003); 1/10/2004 (Nº 1092/2004); 28/1/2005 (Nº 71/2004); 30/5/2005 (Nº 994/2005); 9/6/2005 (Nº 728/2005); 13/6/2005 (Nº 740/2005); 2/3/2006 (Nº 265/2006); 20/3/2006 (Nº 338/2006); 16/5/2006 (Nº 594/2006); 5/6/2006 (Nº 651/2006); 5/10/2006 (Nº 957/2006); 10/5/2007 (Nº 380/2007); 26/6/2007 (Nº 605/2007); 15/10/2007 (Nº 823/2007); 3/7/2008 (Nº 445/2008); 9/12/2008 (Nº 876/2008); 25/2/2009 (Nº 207/2009). **E) En ocasiones, alguna de las víctimas eran traspasadas mediando precio** a otra organización o a otra persona o directamente se las vendía: SSTS 23/9/2000 (Nº 1428/2000); 17/3/2005 (Nº 372/2005); 22/11/2005 (Nº 1465/2005); 5/3/2007 (Nº 191/2007); 29/1/2008 (Nº 96/2008); 10/10/2008 (Nº 644/2008); 9/12/2008 (Nº 876/2008). **F) Se les retiraba los pasaportes u otro tipo de documentación** (billete de vuelta) STS 22/10/2001 (Nº 1905/2001); 1/10/2004 (Nº 1092/2004); 3/12/2004 (Nº 1305/2004); 17/3/2005 (Nº 349/2005); 30/5/2005 (Nº 994/2005); 8/6/2005 (Nº 712/2005); 9/6/2005 (Nº 728/2005); 27/10/2005 (Nº 1307/2005); 22/11/2005 (Nº 1465/2005); 2/3/2006 (Nº 265/2006); 16/5/2006 (Nº 594/2006); 9/10/2006 (Nº 1047/2006); 9/10/2006 (Nº 1047/2006); 13/4/2007 (Nº 297/2007); 10/5/2007 (Nº 380/2007); 18/9/2007 (Nº 716/2007); 16/1/2008 (Nº 15/2008); 10/10/2008 (Nº 644/2008); 5/11/2008 (Nº 802/2008). **G) Iban acompañadas de violaciones y abusos sexuales por los explotadores:** SSTS 22/10/2001 (Nº 1905/2001); 13/6/2005 (Nº 740/2005); 22/9/2005 (Nº 1091/2005); 26/6/2007 (Nº 605/2007); 10/10/2008 (Nº 644/2008); 9/12/2008 (Nº 876/2008). **H) Se aprovechaban del desvalimiento de la víctima:** SSTS 17/3/2005 (Nº 372/2005); 30/5/2005 (Nº 994/2005); 22/9/2005 (Nº 1091/2005); 27/10/2005 (Nº 1307/2005); 9/10/2006 (Nº 1047/2006); 2/11/2006 (Nº 1080/2006); 5/3/2007 (Nº 191/2007); 17/6/2008 (Nº 350/2008); 6/3/2009 (Nº 238/2009); 22/4/2009 (Nº 450/2009). **I) Para que no dejaran el ejercicio de la prostitución no dudaban en hacerlas abortar:** STS 5/2/2009 (Nº 87/2009).

Tercero. Supuestos de inmigración clandestina de prostitutas o de personas que aceptaban que iban a ejercer la prostitución en su país de origen pero, una vez en España, son explotadas. Captación de jóvenes extranjeras para el ejercicio de la prostitución en España facilitándoles los gastos de transporte (pago de los pasajes) y la introducción en España de manera clandestina (adelantándoles unas cantidades para poder pasar la frontera como turistas, entregándoles billete de ida y vuelta, carta de invitación, ocultas en vehículos a motor, vagón de tren, documentación falsa, etc...).

► SSTS 11/7/2001 (Nº 1397/2001); 19/11/2001 (Nº 2194/2001); 14/2/2003 (Nº 187/2003); 30/5/2003 (Nº 837/2003); 18/7/2003 (Nº 1045/2003); 6/10/2003 (Nº 1306/2003); 4/3/2004 (Nº 306/2004); 8/3/2004 (Nº 293/2004); 29/3/2004 (Nº 438/2004); 2/4/2004 (Nº 416/2004); 6/7/2004 (Nº 896/2004); 3/12/2004 (Nº 1305/2004); 9/6/2005 (Nº 726/2005); 13/6/2005 (Nº 740/2005); 18/7/2005 (Nº 981/2005); 15/9/2005 (Nº 1047/2005); 27/10/2005 (Nº 1307/2005); 8/11/2005 (Nº 1276/2005); 2/12/2005 (Nº 1446/2005); 5/12/2005 (Nº 1425/2005); 12/12/2005 (Nº 1490/2005); 12/12/2005 (Nº 1471/2005); 30/12/2005 (Nº 1595/2005); 7/3/2006 (Nº 286/2006); 16/5/2006 (Nº 594/2006); 9/10/2006 (Nº 1047/2006); 2/11/2006 (Nº 1080/2006); 29/5/2007 (Nº 484/2007); 2/7/2007 (Nº 635/2007); 19/9/2007 (Nº 770/2007); 28/9/2007 (Nº 801/2007); 3/10/2007 (Nº 803/2007); 3/12/2007 (Nº 1008/2007); 5/2/2008 (Nº 76/2008); 26/2/2008 (Nº 127/2008); 8/4/2008 (Nº 152/2008); 23/6/2008 (Nº 363/2008); 14/4/2009 (Nº 425/2009). **A) Una vez en España se les comunica que la deuda contraída era muy superior a la pactada:** SSTS 11/7/2001 (Nº 1397/2001); 19/11/2001 (Nº 2194/2001); 14/2/2003 (Nº 187/2003); 30/5/2003 (Nº 837/2003); 6/7/2004 (Nº 896/2004); 9/6/2005 (Nº 726/2005); 18/7/2005 (Nº 981/2005); 27/10/2005 (Nº 1307/2005); 8/11/2005 (Nº 1276/2005); 7/3/2006 (Nº 286/2006); 7/5/2007 (Nº 405/2007); 19/9/2007 (Nº 770/2007); 28/9/2007 (Nº 801/2007). **B) Las condiciones del ejercicio de la prostitución eran mucho más gravosas** (horarios, remuneración, "servicios especiales", etc): SSTS 11/7/2001 (Nº 1397/2001); 30/5/2003 (Nº 837/2003); 18/7/2003 (Nº 1045/2003); 29/3/2004 (Nº 438/2004); 9/6/2005 (Nº 726/2005); 18/7/2005 (Nº 981/2005); 8/11/2005 (Nº 1276/2005); 12/12/2005 (Nº 1490/2005); 9/10/2006 (Nº 1047/2006); 2/11/2006 (Nº 1080/2006). Imposición de multas: 13/6/2005 (Nº 740/2005); 8/11/2005 (Nº 1276/2005); 5/12/2005 (Nº 1425/2005); 16/5/2006 (Nº 594/2006); 5/6/2006 (Nº 651/2006); 9/10/2006 (Nº 1047/2006); 2/11/2006 (Nº 1080/2006); 7/5/2007 (Nº 405/2007); 19/9/2007 (Nº 770/2007); 26/2/2008 (Nº 127/2008); 14/4/2009 (Nº 425/2009). **C) Se les retiraba todo tipo de documentación:** SSTS 19/11/2001 (Nº 2194/2001); 14/2/2003 (Nº 187/2003); 18/7/2003 (Nº 1045/2003); 6/7/2004 (Nº 896/2004); 15/9/2005 (Nº 1047/2005); 27/10/2005 (Nº 1307/2005); 5/12/2005 (Nº 1425/2005); 7/3/2006 (Nº 286/2006); 16/5/2006 (Nº 594/2006); 9/10/2006 (Nº 1047/2006); 5/2/2008 (Nº 76/2008); 26/2/2008 (Nº 127/2008). **D) Se les imponía restricciones deambulatorias, estrechas vigilancias, incluso llegando a la detención ilegal:** SSTS 19/11/2001 (Nº 2194/2001); 14/2/2003 (Nº 187/2003); 6/10/2003 (Nº 1306/2003); 4/3/2004 (Nº 306/2004); 8/3/2004 (Nº 293/2004); 6/7/2004 (Nº 896/2004); 13/6/2005 (Nº 740/2005); 16/5/2006 (Nº 594/2006); 9/10/2006 (Nº 1047/2006); 7/5/2007 (Nº 405/2007); 29/5/2007 (Nº 484/2007); 19/9/2007 (Nº 770/2007); 28/9/2007 (Nº 801/2007); 26/2/2008 (Nº 127/2008). **E) Se aprovechan de la situación de miseria en que vivían en su país de origen y o desvalimiento en España** (país extranjero, sin dinero, desconocimiento del idioma): SSTS 8/3/2004 (Nº 293/2004); 15/9/2005 (Nº 1047/2005); 27/10/2005 (Nº 1307/2005); 12/12/2005 (Nº 1490/2005); 2/11/2006 (Nº 1080/2006); 7/5/2007 (Nº 405/2007); 29/5/2007 (Nº 484/2007); 19/9/2007 (Nº 770/2007); 5/2/2008 (Nº 76/2008); 8/4/2008 (Nº 152/2008). **F) Si querían abandonar la actividad se les amenazaba o se les coaccionaba:** SSTS 29/3/2004 (Nº 438/2004); 6/7/2004 (Nº 896/2004); 18/7/2005 (Nº 981/2005); 27/10/2005 (Nº 1307/2005); 5/12/2005 (Nº 1425/2005); 9/10/2006 (Nº 1047/2006); 2/11/2006 (Nº 1080/2006). E incluso se les golpeaba: SSTS 18/7/2005 (Nº 981/2005); 27/10/2005 (Nº 1307/2005); 2/11/2006 (Nº 1080/2006); 2/7/2007 (Nº 635/2007). **G) Se vendía la víctima** [STS 9/6/2005 (Nº 726/2005)]. **H) Eran sometidas a tratos vejatorios y degradantes:** STS 27/10/2005 (Nº 1307/2005). **I) Eran objeto de abusos sexuales:** STS 2/12/2005 (Nº 1446/2005).

Cuarto. Prostitución de menores de edad e incapaces.

► SSTS 19/10/2005 (Nº 1777/2005); 7/3/2006 (Nº 286/2006); 30/1/2007 (Nº 76/2007); 13/4/2007 (Nº 297/2007); 21/7/2008 (Nº 510/2008); 10/10/2008 (Nº 644/2008); 13/11/2008 (Nº 761/2008); 25/11/2008 (Nº 772/2008). Incapaces: STS 14/5/2009 (Nº 489/2009).

2. La prostitución.

2.1. Elemento normativo de naturaleza social. A nivel estatal, en España no existe ninguna norma jurídica que defina la prostitución. Cuando los artículos 187 [*favorecimiento de la prostitución de una persona menor de edad o incapaz*] y 188 del Código Penal [*determinación coactiva de la prostitución*] utilizan ese término hacen referencia exclusivamente a un elemento normativo de valoración social.

► Ni siquiera era definida por el Decreto-Ley de 3 de marzo de 1956 por el que se declaraba tráfico ilícito la prostitución y se prohibían las mancebías y prostíbulos. En el ámbito Autonómico, el Decreto 217/2002, de 1 de agosto de la Generalidad de Cataluña, *por el que se regulan los locales de pública concurrencia donde se ejerce la prostitución*, tras declarar en el artículo primero que el objetivo de este Decreto es el de establecer los requisitos y las condiciones que tienen que reunir los locales de pública concurrencia donde se ejerce la prostitución, en el artículo 2 establece que *“a los efectos de este Decreto, se considera prestación de servicios de naturaleza sexual, la actividad ejercida de manera libre e independiente por el prestador o la prestadora del servicio con otras personas, a cambio de una contraprestación económica, y bajo su propia responsabilidad, sin que haya ningún vínculo de subordinación por lo que respecta a la elección de la actividad, llevada a cabo en reservados anexos a las dependencias principales de determinados locales de pública concurrencia”*.

En cualquier caso parece indubitado que en la realidad social española actual prevalece el concepto según el cual la prostitución es *la actividad propia de quien tiene relaciones sexuales con otras personas por dinero* [Diccionario del Español Actual de Manuel Seco y Gabino Ramos].

► **Evolución del significado lexicográfico:** Nuevo Diccionario de la Lengua Castellana (Principios del Siglo XIX): Prostitución: acción y efecto de prostituir o prostituirse. Prostituir: (1) Exponer torpemente a la sensualidad. (2) Abusar de autoridad por interés. Diccionario Ideológico [Julio Casares (1951)]: ... (2) Comercio que hace una mujer de su cuerpo, entregándose a los hombres por dinero. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (1970): Prostitución: acción y efecto de prostituir o prostituirse. Prostituir: (1) Exponer públicamente a todo género de torpeza y sensualidad. (2) Exponer, entregar, abandonar una mujer a la pública deshonra; corromperla. (3) Dishonrar, vender uno su empleo, autoridad, etc., abusando bajamente de ella por interés o por adulación. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (2001, 22 Edición): (1) acción y efecto de prostituir; (2) Actividad a la que se dedica quien mantiene relaciones sexuales con otras personas, a cambio de dinero.

Precisamente esta ha sido la definición aceptada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo: *en el ámbito del Derecho Penal, es evidente que la prostitución implica el mantenimiento de relaciones sexuales a cambio de dinero cualquiera que sea la importancia del precio* [STS 22/10/2001 (Nº 1905/2001)].

Consecuentemente puede afirmarse que en la actualidad la nota más importante que caracteriza y define la prostitución en cuanto actividad sexual es la **venalidad** (esto es, la cualidad de vendible o expuesto a la venta), habiendo perdido toda relevancia, tanto jurídica como social, los otros dos elementos que tuvieron una cierta trascendencia histórica: la **promiscuidad** y la **profesionalidad**.

► Las notas características de la prostitución predominante hoy en día no son las que se han prevalecido en todos los tiempos. Al margen de la denominada prostitución religiosa o sagrada que fue reconocida en determinados países o regiones asiáticas (India, Palestina, Siria, etc) así como en la Grecia clásica en relación con el culto a las divinidades eróticas de Astarté y Afrodita donde estaba perfectamente reglada en algunas Ciudades-Estado (oficiales, hetairas y concubinas) se caracterizaba por dos notas acumuladas: la promiscuidad (relación con una pluralidad de individuos), y el precio. En Roma, lo que realmente caracterizaba la prostitución era la venalidad (quaestuosas y meretrices). Posteriormente muchas distinciones se admitían por los diversos ordenamientos jurídicos (también el canónico) pero en general aquellos caracteres eran los comúnmente exigidos. Fue la Constitución Carolina (Constitutio Criminales Carolina, 1535) la que introdujo como condición de la prostitución la habitualidad y/o profesionalidad de la mujer.

En efecto, aún cuando es común que sea ejercida profesionalmente o con habitualidad, lo cierto es que ello no constituye una exigencia legal. Como afirma la Sala II del Tribunal Supremo *la habitualidad -con independencia de que no aparece en la definición legal del tipo cuestionado- no puede identificarse con una dedicación permanente o definitiva a cierta ocupación ni se desvanece, como característica que tuvo una actividad temporalmente llevada a cabo, cuando quien la ejerció bajo determinados condicionamientos consigue liberarse de ellos y abandonarla* [STS 22/10/2001(Nº 1905/2001)]. Otro tanto ocurre con la promiscuidad, pues el legislador no impone el ejercicio del trato carnal con una pluralidad de individuos.

► Por ello la STS 2/11/2006 (Nº 1080/2006), afirma que la prostitución consiste en la prestación de servicios de índole sexual con *tendencia* a la reiteración o a la habitualidad y mediante un precio generalmente consistente en una cantidad de dinero [en el mismo sentido, STS 29/5/2007 (Nº 484/2007)].

Tampoco define la prostitución el lugar donde ésta se desarrolla que puede serlo tanto en clubes y locales de alterne, hoteles, domicilios particulares, e, incluso en lugares públicos.

► **Clubes de alterne:** SSTS 30/1/2003 (Nº 2205/2002); 30/5/2003 (Nº 837/2003); 8/3/2004 (Nº 293/2004); 1/10/2004 (Nº 1092/2004); 17/3/2005 (Nº 349/2005); 17/3/2005 (Nº 372/2005); 8/6/2005 (Nº 712/2005); 16/5/2006 (Nº 594/2006); 5/6/2006 (Nº 651/2006); 5/10/2006 (Nº 10139/2006); 9/10/2006 (Nº 1047/2006); 2/11/2006 (Nº 1080/2006); 7/5/2007 (Nº 405/2007); STS 29/1/2008 (Nº 96/2008); STS 17/6/2008 (Nº 350/2008); STS 23/6/2008 (Nº 363/2008); STS 3/7/2008 (Nº 445/2008); STS 21/7/2008 (Nº 510/2008)]; **Hoteles, domicilio particulares, e incluso en lugares públicos** (como la Casa de Campo [SSTS 6/10/2003 (Nº 1306/2003); 22/11/2005 (Nº 1465/2005); 17/1/2007 (Nº 29/2007); 26/6/2007 (Nº 605/2007); STS 17/9/2008 (Nº 556/2008)] o en la **calle** [SSTS 17/3/2005 (Nº 349/2005); 26/6/2007 (Nº 605/2007)]).

2.2. La prostitución y otras actividades sexuales lucrativas (alterne, pornografía, espectáculos exhibicionistas, masajes eróticos, etc). En relación con la misma actividad sexual desarrollada a través de la prostitución, no es preciso que conlleve la consumación de relaciones sexuales completas, *toda vez que los delitos relacionados con la prostitución no requieren tal comportamiento sexual, sino que en cualquier forma que se atente con la libertad sexual de la víctima, y directamente también contra su dignidad personal, se colman las exigencias típicas* [STS 5/6/2006 (Nº 651/2006)].

La denominada *actividad de alterne*, sin perjuicio de que en la mayoría de las ocasiones no deja de ser una denominación eufemística que encubre *verdaderos casos de prostitución pero con aderezos* [STS 9/6/2005 (Nº 728/2005)], podría en muchos supuestos estar comprendiendo acciones directamente abarcadas por el concepto jurisprudencial de prostitución. Otro tanto podría decirse de los llamados *masajes eróticos* [STS 17/9/2008 (Nº 556/2008)].

Actividad de alterne. ► *De tal suerte, la fundamentación del letrado consiste en deponer la prostitución como venta del cuerpo a cambio de precio, de esta singular y engañosa institución del "alterne" no recogida en el Código Penal y, según aquel, no asimilable a la que vendría a constituir la prostitución "stricto sensu". Un término "alterne", profundamente eufemista, capcioso y circunloquial porque el "alterne" no es más que la misma prostitución pero con aderezos, es decir, una de las formas que la prostitución puede revestir, nacida, sin duda, al abrigo del tejido social y en connivencia con él moviéndose, por lo tanto, al amparo de una versátil demanda que ora reclama un morbo añadido a la pura relación carnal, ora busca un encuadre social más nítido y menos problemático a la hora de la relación sexual; estamos pensando en la crudeza que supone la búsqueda en el barrio chino. En definitiva, para levantar el velo a esta artificiosa locución basta del simple desarrollo de una operación intelectual que separe lo fundamental de lo accesorio, la verdad de la trápala para lo cual contamos, además, con la inestimable ayuda del sentido común. Así pues, el edificio de la prostitución en una de cuyas plantas se ubicaría el "alterne tejido con la exclusiva hebra de la carne humana y no con un aséptico "copeo" se nos manifiesta como algo bipolar, polimorfo, cambiante en sus formas más aparentes y es que donde se mueve tanto interés, grande es también el grado de múltiples formas que una entidad como la prostitución es capaz de adoptar al hilo de la diversidad en la demanda social. Pero además de esta elucubración que, en todo caso, responde a la necesidad de buscar el fallo más adecuado a Derecho y concretando la actividad desarrollada por las víctimas en los locales de referencia en el presente caso, es de destacar diversos aspectos que despejarán las posibles dudas sobre el confuso artilugio terminológico del "alterne" utilizado como mecanismo de evitar la incriminación de los acusados. La primera cuestión a destacar es la unánime convicción de las actoras de estar prostituyéndose a cuyo efecto se valoran específicamente diversas declaraciones testificadas. De todo ello, se vislumbra con meridiana claridad qué tipo de actividad se obligaba a que realizaran las víctimas y que únicamente el acusado propietario de dos clubes, el encargado de los mismos y el gerente del Club El Rodeo la consideran como no prostitutiva. Obviamente, es inimaginable que las actoras de la actividad desencadenada en los locales tengan tan distorsionada la realidad que crean estar prostituyéndose cuando, en verdad, únicamente comparten una copa con un conocido* [STS 23/9/2000 (Nº 1428/2000)]. ► *Es patente que la alusión al club de alterne no es una referencia a la actividad desarrollada, sino al lugar en el que se desarrolla. En los clubes de alterne se ejercía la prostitución, no actividades de alterne, a las que no se refiere el relato histórico sentencial* [STS 9/6/2005 (Nº 728/2005)].

Lo cierto es que, ni social ni jurídicamente el concepto de prostitución se corresponde con otras prácticas de naturaleza erótica como la pornografía y los espectáculos exhibicionistas ("*strip tease*") [STS 23/9/2000 (Nº 1428/2000)] que se encuentran directamente tipificados en el artículo 189 Código Penal y que pueden encajar en el concepto más amplio de explotación sexual al que se refiere el Nº 2 del artículo 318 bis CP [STS 5/6/2006 (Nº 651/2006)].

2.3. Sujetos de la prostitución. Cualquiera que haya sido la evolución histórica de la prostitución (predominantemente femenina) en la actualidad es una actividad que puede ser realizada tanto por mujeres como por hombres, mayores y menores de edad, comprendiendo, además, tanto las formas heterosexuales como homosexuales.

Desde una perspectiva social es un fenómeno en el que normalmente intervienen cuatro tipos de sujetos: la persona prostituida (prostituta/o), la persona que solicita y recibe los servicios de la prostituta (cliente), la persona que intermedia entre ambos de la manera más amplia posible (proxeneta, explotador, *protector*, *favorecedor*, etc...) y, quienes facilitan los medios para que la prostitución se desarrolle (propietarios, gerentes y administradores de hoteles, casas de citas, etc).

► En lo que al derecho penal concierne, en España hoy por hoy los clientes de la prostitución (aunque haya sido determinada coactivamente) no son perseguidos al ser en principio su conducta atípica. Hasta tal punto es irrelevante en principio su condición que la STS 22/10/2001 (Nº 1905/2001) recuerda que el delito del artículo 188.1 CP se produce cuando queda acreditado que se ha mantenido relaciones sexuales por dinero con personas aunque estas no hayan sido identificadas pues su determinación no es precisa. Otra es la dirección que toma el artículo 19 del Convenio de Varsovia.

3. Bien jurídicamente tutelado por el artículo 188.1 CP.

3.1. Libertad sexual. El actual artículo 188.1 CP constituye, dado el texto del mismo, un delito contra la libertad en sentido estricto [STS 2/4/2004 (Nº 416/2004)], con especial incidencia en la dimensión sexual de la misma [SSTS 29/11/2004 (Nº 1367/2004); 20/12/2004 (Nº 1536/2004)].

► En efecto, el delito del art. 188.1º CP es también un delito contra la libertad, como el delito de coacciones, sólo que, además ataca otro bien de suficiente importancia como para cualificar lo ilícito de una manera especial. Esta cualificación no consiente que, en cuanto delito contra la libertad el del art. 188.1º CP, requiera mayores exigencias que el delito de coacciones" [SSTS 23/9/2000 (Nº 1428/2000); 17/9/2001 (Nº 1588/2001)]. ► La reforma del Código Penal de 1995 configuró el delito del art. 188.1 CP como un delito contra la libertad, extrayendo de esa manera las consecuencias de su inserción en el título octavo del libro segundo del CP. Esta decisión del legislador tuvo como consecuencia que ciertas formas de los delitos relativos a la prostitución que formaban parte de los tipos penales anteriores a 1995, al no afectar directamente la libertad sexual de la persona prostituida carecían de razón de ser, al menos en el contexto en el que el legislador consideraba estos delitos. La promoción, favorecimiento y facilitación de la prostitución [art. 452 bis b) CP 1973] así como la protección de la prostitución o la cooperación en el reclutamiento de personas para tales fines [art. 452 bis a) CP. 1973], en tanto no afectaba la libertad sexual, pues era irrelevante para la tipicidad si dichas personas habían consentido la dedicación a la prostitución, carecía de espacio dentro de un capítulo que protege básicamente la libertad en una esfera determinada. El actual artículo 188.1 CP constituye, dado el texto del mismo, un delito contra la libertad en sentido estricto [STS 2/4/2004 [Nº 416/2004]. ► Esta libertad se tutela frente a determinadas actividades relacionadas con la prostitución, con mayor o menor intensidad según sea mayor o menor de edad o incapaz la persona en riesgo de prostituirse o ya prostituida. Si se trata de una persona mayor de edad el delito solo surge cuando "se determine, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad... a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella..." [SSTS 29/11/2004 (Nº 1367/2004); 20/12/2004 (Nº 1536/2004)].

Por ello, el ejercicio libremente decidido de la prostitución es una actividad irrelevante para el Derecho Penal.

► El ejercicio de la prostitución, profesión tan antigua como la humanidad no merece ningún reproche cuando es decidido libremente por la persona que lo practica y así encuentra su medio de vida [SSTS 15/9/2005 (Nº 1047/2005); 25/11/2005 (Nº 1461/2005)].

Solo cuando la prostitución ha sido impuesta violentando la libertad de decisión del afectado o abusando de sus limitadas condiciones intelectivas o volitivas (menores e incapaces) es cuando podemos encontrarnos ante las conductas típicas castigadas en los artículo 187 y 188 del Código Penal. Ello es así hasta el punto que el bien jurídico protegido en estos preceptos no es otro que la libertad sexual de la persona afectada y su autodeterminación para ejercer voluntariamente la prostitución. En definitiva, es un delito contra la libertad sexual [SSTS 11/7/2001 (Nº 1397/2001); 18/7/2003 (Nº 1045/2003); 17/3/2005 (Nº 349/2005); 17/3/2005 (Nº 372/2005); 13/6/2005 (Nº 740/2005); 5/3/2007 (Nº 191/2007); 7/5/2007 (Nº 405/2007); 16/1/2008 (Nº 15/2008)].

► El bien jurídico del delito de determinación coactiva a la prostitución atenta sobre la libertad sexual de la persona que se ve compelida este ejercicio en contra de su voluntad, mediante actos de *vis phisica* o *vis moral*, y particularmente mediante el aprovechamiento de una situación de necesidad o vulnerabilidad [STS 17/3/2005 (Nº 372/2005)]. ► En efecto, la regulación de los delitos relativos a la prostitución en el nuevo Código Penal se realizó desde la perspectiva de que el bien jurídico que debe ser tratado no es la moralidad publica ni la honestidad como tal, sino la voluntad sexual entendida en sentido amplio. Lo que se castiga en el Título VII del CP son aquellas conductas en las que la involucración de la víctima en la acción sexual del sujeto activo no es libre, incluyendo los casos en los que la víctima aun no es capaz de decidir libremente o está patológicamente incapacitada para ello [SSTS 29/11/2004 (Nº 1367/2004); 5/12/2005 (Nº 1425/2005)]. ► Se trata de un delito en el que el bien jurídico protegido es el de la capacidad de autodeterminación de las personas mayores de edad para ejercer libre y voluntariamente a la prostitución [STS 30/5/2005 (Nº 994/2005)].

3.2. Proscripción de la explotación sexual. En cualquiera de sus modalidades la prostitución forzada de mayores y menores de edad está directamente vinculada con el intolerable fenómeno de la explotación sexual o de dominación de un ser humano por otro, incompatible con el respeto de la dignidad humana, lo que justifica y exige su persecución penal. En estos casos el explotador pretende comerciar con sus víctimas que se transforman en meras mercaderías con objeto de obtener importantes beneficios económicos.

► Se está en presencia de una situación de claro dominio y por tanto de explotación de personas, extranjeras en España y sin permiso de residencia por parte de la recurrente que la obliga a ejercer la prostitución lucrándose de tal actividad [STS 2/11/2004 (Nº 1258/2004)]. ► La realidad criminológica que constantemente nos pone ante el fenómeno de la explotación de la prostitución ajena, ha obligado a todos los Estados civilizados, incluso mediante Convenios Internacionales puesto que el fenómeno traspasa fácilmente las fronteras de cada nación, a salir al paso y reprimir penalmente una actividad en la que el afán de lucro lleva a convertir en mercancía a la persona, con absoluto desconocimiento de su dignidad, desconociendo o quebrantando, si es preciso, su libertad con especial incidencia en la dimensión sexual de la misma. Esta libertad se tutela frente a determinadas actividades relacionadas con la prostitución, con mayor o menor intensidad, según sea mayor o menor de edad o incapaz la persona en riesgo de prostituirse o ya prostituida [SSTS 29/11/2004 (Nº 1367/2004); 20/12/2004 (Nº 1536/2004); 5/12/2005 (Nº 1425/2005)]. ► El límite que marca el ámbito de lo penal es la existencia por parte de terceras personas de comportamientos engañosos, coactivos y amenazantes sobre quien ejerce la prostitución en beneficio de aquéllas. Es decir, lo definitivo es verificar la situación de la explotación de una persona por otra ya sea en este o en otro campo, porque no puede tener ningún apoyo o protección legal la dominación de una persona por otra [SSTS 2/11/2004 (Nº 1258/2004); 15/9/2005 (Nº 1047/2005); 25/11/2005 (Nº 1461/2005)]. ► Sin duda la prostitución coactiva sobre tercera persona es una de las formas más degradantes de explotación de una persona por otra. Es una situación de dominio incompatible con la dignidad de la persona así sometida [STS 17/1/2007 (Nº 29/2007)]. Además, la existencia del ánimo de lucro es inherente a la finalidad de explotación sexual de manera que quien explota o pretende explotar la prostitución de otros no lo hace de forma desvinculada de las ganancias económicas que el ejercicio de ese comercio supone [STS 2/11/2006 (Nº 1080/2006)].

3.3. Imposibilidad de apreciar la continuidad delictiva. Al ser la libertad sexual el bien jurídicamente tutelado [bien jurídico de titularidad individual -STS 5/6/2006 (Nº 651/2006)-], habrá tantos delitos cometidos como sujetos pasivos [SSTS 17/9/2001 (Nº 1588/2001); 18/7/2003 (Nº 1045/2003); 3/12/2004 (Nº 1305/2004); 5/3/2007 (Nº 191/2007); 8/4/2008 (Nº 152/2008)].

► El art. 74 dispone, en el apartado tercero: "quedan exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad sexual; en tales casos se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva". Esta Sala ha dicho reiteradamente que la aplicación de la continuidad delictiva en delitos contra la libertad sexual no cabe por regla general, salvo supuestos concretos que no tienen relación con el delito aquí enjuiciado. Los bienes jurídicos puestos en peligro y efectivamente lesionados son eminentemente personales, a lo que se une un evidente reproche social hacia ese tipo de comportamientos delictivos. Tal lesión personalísima no permite la aplicación de la continuidad delictiva, razón por la cual debemos desestimar el motivo [STS 17/9/2001 (Nº 1588/2001)]; ► El Tribunal de instancia no aporta ninguna razón jurídica que justifique la consideración conjunta de la prostitución coactiva de ocho personas, que no sea un precedente judicial de dos Audiencias Provinciales. Dicho Tribunal recoge y delimita en la fundamentación jurídica con plena corrección el bien jurídico protegido por el delito que se traduce en el ataque a la libertad sexual individual, lo que le pone en el camino de la solución adecuada al problema. El art. 74 del CP en su párrafo final excluye de la continuidad delictiva "*las ofensas a bienes eminentemente personales*". A su vez en delitos contra la libertad sexual, para delimitar la naturaleza personal del bien jurídico atacado, se deberá atender "*a la naturaleza del hecho y del precepto infringido*"... Con base en esos antecedentes legales, trasladados al supuesto sometido a enjuiciamiento, se comprueba la posibilidad de individualización de las acciones. Son personas diversas las que se ven afectadas en su particular y personal libertad sexual. Así pues, siguiendo la línea jurisprudencial de esta Sala (STS 17/9/2001 (Nº 1588/2001)), debemos entender cometidos tantos delitos como mujeres coactivamente dedicadas a la prostitución existan [SSTS 18/7/2003 (Nº 1045/2003); 8/4/2008 (Nº 152/2008)]; ► La tesis del recurrente consiste en considerar que los varios delitos relativos a la prostitución debieron calificarse como un solo delito continuado; y los varios delitos de agresión sexual, también debieron unificarse en una construcción jurídica similar. Una consolidada doctrina jurisprudencial en torno a la figura del delito continuado, estima como requisitos que lo vertebran los siguientes: a) Pluralidad de hechos diferenciables entre sí que se enjuician en un mismo proceso; b) Un único dolo que implica una única intención y por tanto unidad de resolución y de propósito en la doble modalidad de trama preparada con carácter previo que se ejecuta fraccionadamente - dolo conjunto-, o que surja siempre que se dé la ocasión propia de llevarlo a cabo - dolo continuado-, ambas previstas legalmente en las expresiones «plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión» del artículo 69 bis del anterior Código Penal, expresiones que se mantienen en el actual artículo 74 del Código Penal vigente; c) Unidad de precepto penal violado, o al menos que sean preceptos semejantes, lo que exterioriza una unidad o semejanza de bien jurídico atacado; d) Homogeneidad en el «modus operandi». e) Identidad en el sujeto infractor. El vigente Código penal, en su artículo 74 al igual que el artículo 69 bis del CP derogado, excluyen la posibilidad de aplicar la figura del delito continuado a aquellos casos en los que la conducta delictiva constituye una ofensa a bienes jurídicos eminentemente personales, por considerarlos la ley tan importantes que cualquier atentado contra los mismos ha de considerarse una sola infracción independiente, sin que quepa la acumulación de varios de tales atentados para ser pensados como un solo delito de carácter continuado, pese a que todos ellos infrinjan el mismo o semejantes preceptos penales. De modo, que afectando los delitos de determinación coactiva a la prostitución (art. 188.1 del Código penal) y aquellos otros de introducción en España a extranjeros con finalidad de explotación sexual (a la sazón, art. 188.2) a bienes eminentemente personales, no puede construirse sobre los mismos la continuidad delictiva que postula el recurrente. Así se declara por la doctrina de esta Sala Casacional (STS 1045/2003, de 18 de julio) Y en relación con los delitos de agresión sexual, conviene señalar que, aunque es cierto que con

carácter general, esta Sala ha rechazado la existencia de continuidad delictiva en los delitos contra la libertad sexual, declarando que cada vez que se comete un acto atentatorio contra esa libertad, aunque sea con el mismo sujeto pasivo, hay un delito diferente y se renueva en cada acción concreta ante la incapacidad del sujeto pasivo de consentirla. Pero, no lo es menos, que una línea jurisprudencial más matizada permite admitir la excepción a la regla general, aunque insistiendo siempre, según recuerda la Sentencia de 2/2/1998 -así como, la STS de 22/10/1992 que cita las de 17/7/1990 y 18/12/1991- en la necesidad de aplicar restrictivamente esta excepcional posibilidad e individualizar la calificación jurídica cuando los actos tengan una estructura y alcance claramente discernibles. Sentencias como las de 16/2 y 25/5/1998 y 26/1/1999 admiten la aplicación del expediente cuestionado ante una homogeneidad de actos que responden a un único plan de su autor presidido por un dolo unitario que se proyecta igualmente en las acciones que inciden sobre un mismo sujeto pasivo en circunstancias semejantes. Esto es precisamente lo que ha llevado a cabo la Sala sentenciadora de instancia, pero nunca será aplicable en caso de sujetos pasivos diversos, como pretende el recurrente. En este mismo sentido, STS 140/2004, de 9 de febrero, que recoge la doctrina de las Sentencias de 17/6/2002 y 20/7/2001, y que se ha trasladado a la LO 15/2003 [SSTS 3/12/2004 (Nº 1305/2004); 22/9/2005 (Nº 1091/2005)].

4. Conducta típica.

4.1. Determinación y mantenimiento en la prostitución. La conducta típica regulada en el artículo 188.1 CP ofrece dos alternativas: o bien determinar a una persona mayor de edad a ejercer la prostitución, caso de no haberla ejercido nunca y tratarse de la primera vez, o de haberla ejercido con anterioridad pero haber abandonado ya dicha práctica sexual, o bien determinarla igualmente para hacer que se mantenga en ella, caso de estar ya previamente inmersa en esta actividad [SSTS 29/11/2004 (Nº 1367/2004); 20/12/2004 (Nº 1536/2004); 31/10/2005 (Nº 1257/2005); 5/12/2005 (Nº 1425/2005)].

4.2. La consumación del delito. Toda vez que el verbo rector del tipo castigado en el artículo 188.1 CP es **determinar** significa que nos encontramos ante un delito de resultado y no de mera actividad por lo que si efectivamente no llegó a realizarse ningún acto de prostitución cabe su apreciación en grado de tentativa. Sin embargo la cuestión no es pacífica en la propia jurisprudencia que se ha pronunciado de manera contradictoria:

A) Admite formas imperfectas de ejecución [delito de resultado]: La STS 487/97, de 7 de abril indicó que: "la conducta típica que exige que los actos del sujeto estén dirigidos y determinados a doblegar la autodeterminación de la víctima y en consecuencia su libertad sexual tengan como efecto externo y posterior a la acción el que ésta venga a satisfacer deseos sexuales de otra. Si hechos los actos que resultan suficientes para determinar a la víctima no se ha pasado de la fase de determinación, sin alcanzar la efectiva satisfacción sexual de terceros, existe una situación imperfecta de ejecución, como correctamente se ha apreciado por el Tribunal de instancia, al castigar al recurrente como autor del delito en grado de tentativa, ya que se dio comienzo a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, no llegándose a producir la comisión del delito por causas distintas del propio desistimiento del autor"... Y es que, realmente, si se plantea el problema de si el delito previsto en el primer inciso del apartado primero del art. 188 CP -determinar al ejercicio de la prostitución o a permanecer en ella a persona mayor de edad- es un delito de mera actividad o resultado, hay que concluir que es de resultado, a diferencia de lo que sucede con los supuestos del art. 187 CP donde los verbos que definen las acciones típicas respecto de los menores llevan a la conclusión contraria. Inducir, promover, favorecer y facilitar son conductas que, aun estando orientadas a la consecución de un determinado propósito, agotan su propia entidad aunque el mismo no se alcance, por lo que cabe entender que su contenido del injusto es independiente de que se produzca o no el resultado querido por el sujeto activo. Sin que pueda decirse lo mismo del verbo determinar con que se expresa la acción típica en el art. 188 CP. Determinar (como expresa en su acepción quinta el Diccionario de la RAE) es "hacer -no solo intentar- tomar una resolución". De ello se deriva que la acción de determinar no se perfecciona hasta que el otro toma la resolución, que, de una u otra manera, se le impone [STS 8/4/2008 (Nº 152/2008)]. ► No resulta, por tanto, indiferente para la subsunción realizada, que, como ya vimos, una de las testigos, Angelina, declarara que no llegó a realizar ningún servicio con cliente alguno, o que no había llegado a ejercer la prostitución en el hostel Pasarela. Lo cual no es, ni siquiera incompatible, con lo declarado probado en el factum que precisa que Angelina: "al llegar al Club y ver cual era el trabajo que tendría que realizar (prostitución), en lugar del de asistente que se le había prometido, dijo que quería marcharse, manifestándole Diana que eso no era posible hasta que devolviera todo el dinero, diciéndole que tendría que devolverlo trabajando en la prostitución". Consecuentemente, el delito previsto en el art. 188.1 CP, por lo que se refiere a Angelina ha de reputarse cometido en grado de tentativa y no de consumación [STS 8/4/2008 (Nº 152/2008)].

B) No admite la tentativa. Los hechos que se imputan a la recurrente se subsumen bajo el tipo del art. 188.1 CP. La concurrencia de los elementos de dicho tipo no resulta discutible. Las víctimas han sido determinadas al ejercicio de la prostitución en primer lugar mediante engaño, pues han sido atraídas a España mediante una promesa mendaz de trabajo en una cafetería y con el propósito oculto de lucrarse con el ejercicio de la prostitución de las mismas. Al quedar en España sin ninguna posibilidad de trabajo y adeudando a la recurrente los gastos de viaje y de gestión de los pasaportes. A partir de ese momento, las víctimas quedan en una situación de necesidad, dado que no tienen la posibilidad de financiarse el regreso a su país y carecen de la posibilidad de subsistir sin trabajo. Por lo tanto, mediante engaño y abuso de la situación de necesidad se las determina a la única ocupación posible para poder subsistir. Consecuentemente se dan los medios típicos contenido en el art. 188.1 CP. No consta en los hechos probados que las tres víctimas hayan llegado a ejercer efectivamente la prostitución. Sólo una de las tres llegó a ser admitida en el Club donde se pretendía ocuparlas. Sin embargo, el delito del art. 188.1 CP no

requiere que la persona determinada haya llegado a mantener relaciones sexuales por precio. Es suficiente con haberla colocado en la posición de tener que hacerlo en situaciones en las que su necesidad es clara [STS 17/6/2008 (Nº 350/2008)].

4.3. Medios comisivos alternativos. Los medios comisivos pueden ser de múltiples y de muy diversa índole, aunque legalmente equiparados a efectos punitivos. La ambigua expresión utilizada por la redacción originaria del CP 1995 "*determine coactivamente..*" fue sustituida, tras la reforma de 1999, por otra más clara y contundente en lo que concierne a su interpretación "*determine empleando violencia, intimidación o engaño*" [SSTS 29/11/2004 (Nº 1367/2004); 20/12/2004 (Nº 1536/2004); 31/10/2005 (Nº 1257/2005); 5/12/2005 (Nº 1425/2005)].

Consecuentemente, el legislador ha previsto la utilización alternativa o concurrente, para conseguir que la víctima se prostituya o se mantenga en tal situación, de alguno o algunos de los medios que enumera [SSTS 29/3/2004 (Nº 438/2004); 13/6/2005 (Nº 740/2005); 18/7/2005 (Nº 981/2005); 22/9/2005 (Nº 1091/2005); 7/3/2006 (Nº 286/2006); 16/1/2008 (Nº 15/2008)]. De tal modo que si se diera alguno de los descritos en orden al cercenamiento de la voluntad de decisión de la víctima, el delito existiría [SSTS 18/7/2005 (Nº 981/2005); 22/9/2005 (Nº 1091/2005)].

Con carácter general, puede sostenerse que la prueba de la existencia de una imposición violenta o coactiva al ejercicio de la prostitución, o el empleo de engaño o abuso de una situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad de la víctima, no puede obtenerse mediante el empleo de parámetros puramente cuantitativos que busquen artificialmente medir la intensidad de la amenaza o la compulsión. Es indudable que el tipo descrito en el art. 188.1 del CP, en cuanto delito llamado a la protección del bien jurídico libertad sexual, impone para su existencia una acción del sujeto activo de la suficiente entidad como para neutralizar esa libertad en la esfera sexual. Sin esa conducta tendente a yugular cualquier acto de libre determinación sexual de la víctima, no podrá afirmarse la tipicidad del hecho. Sin embargo, la apreciación de esa conducta y la efectiva existencia de una lesión del bien jurídico protegido, no debe desconectarse de la concreta situación en la que se desarrollan los hechos y de todas aquellas circunstancias, de distinto signo, que sirvan para imponer una atmósfera puesta al servicio de la coacción, el engaño o el abuso de superioridad [STS 16/1/2008 (Nº 15/2008)].

4.4. Violencia o vis compulsiva y la coacción: las situaciones coactivas. Equivale a fuerza física, directamente ejercida sobre la víctima o encaminada a crear en ella un estado de miedo a sufrir malos tratos en el futuro si no se dedica a la prostitución, es decir, la llamada *vis compulsiva* [SSTS 29/11/2004 (Nº 1367/2004); 20/12/2004 (Nº 1536/2004); 31/10/2005 (Nº 1257/2005); 5/12/2005 (Nº 1425/2005)].

En el nuevo contenido del art. 188 CP se excluye la "coactividad", término que el referido tipo penal no incorpora, aunque si refiere modalidades ejecutivas, que en buena medida, pueden implicar tal coacción [STS 18/7/2003 (Nº 1045/2003)]. En este sentido, tal como señala la STS 26/1/1998: "Las coacciones a las que se refiere el art. 188.1º CP no necesitan traducirse en lesiones corporales de la víctima. En realidad cualquier medio capaz de limitar seriamente la libertad de acción y decisión de aquélla permite la realización del tipo. Más aún, no existe ninguna razón para entender que la coacción a la que se refiere el art. 188.1º CP podría tener menor entidad que la prevista en el art. 172 CP. Por lo tanto, si la jurisprudencia ha considerado que la "*vis compulsiva*" ejercida contra el sujeto o los sujetos pasivos del delito (SSTS 2/2/1981, 25/3/1985, 10/4/1987, 6/10/1995), resulta subsumible bajo el tipo de las coacciones, es evidente que la "*vis compulsiva*" también es suficiente en el delito de someter a otro a la prostitución [SSTS 23/9/2000 (Nº 1428/2000; 17/9/2001 (Nº 1588/2001); 15/10/2007 (Nº 823/2007); 16/1/2008 (Nº 15/2008)].

► De ahí que no ofrezca dudas que las amenazas de males sobre las víctimas –concretado algún caso con las palizas recibidas- y sobre sus familiares de Hungría, ofrecen la suficiente entidad en el supuesto enjuiciado para la realización del tipo penal que se discute [STS 23/9/2000 (Nº 1428/2000)]. ► Esta conducta coactiva se extendía a procurar que la denunciante no se marchase del Club en el que residía y trabajaba [STS 30/1/2003 (Nº 2205/2002)]; ► Al oponerse con rotundidad la testigo a ejercer la prostitución, alegando ser virgen ... los tres procesados con la finalidad de doblegar su voluntad y con ánimo libidinoso, la esposaron con las manos a la espalda y la golpearon, ordenando L a JR que la penetrase vaginalmente... De este modo las testigos protegidas fueron conducidas al club "... y conminadas a ejercer la prostitución bajo la vigilancia de M V en el Club y de JR fuera del mismo [STS 22/9/2005 (Nº 1091/2005)]. ► Mediante las coacciones "se doblega simplemente la voluntad de la víctima para obligarla mediante una vía compulsiva a la realización de ciertos actos contra su libre albedrío, sin que ello suponga una privación total de movimientos, mientras que mediante la comisión de un delito de detención ilegal no se

doblega, sino que se impone o se obliga imperativamente, sin posibilidad de defensa y privación de toda posibilidad deambulatoria.....". (SSTS 17/9/2001 y 30/1/2003) [STS 6/7/2004 (Nº 896/2004)]; ► Ha de estimarse que la conducta delictiva enjuiciada, cuya gravedad no cabe desconocer, consiste en la coacción ejercida por los acusados que, respecto de la víctima, aprovechando su desvalimiento como extranjera, la determinaron a mantenerse en la prostitución. Incluso no es óbice para ello que no conste una situación adicional de privación de libertad que, de darse -como ha ocurrido en nuestro caso-, podría calificarse con propiedad como detención ilegal o secuestro [STS 18/7/2005 (Nº 981/2005)]; ► En este se contiene como ésta (Alina), se negara a dedicarse a este comercio carnal, el acusado la amenazó con causarle males, en algún caso la golpeó y maltrató física y psicológicamente con la intención de vencer su resistencia, reteniéndola contra su voluntad el pasaporte, consiguiendo de esta forma vencer la resistencia de la víctima que desconocía el idioma y no tenía familiares, amistades o conocidos en esta ciudad. De los extremos del relato histórico que se dejan mencionados se desprende, sin duda, la existencia de comportamientos engañosos, coactivos y amenazatorios procedentes del acusado recurrente y directamente encaminados a doblegar la resistencia de la víctima a mantener relaciones sexuales con otros hombres, mediante precio. Están presentes los elementos que caracterizan esta modalidad de ataque a la libertad sexual habiendo procedido correctamente el Tribunal de instancia a aplicar el art. 188.1 CP, precepto en que subsumió la conducta del recurrente [STS 31/10/2005 (Nº 1257/2005)]. ► Ha de estimarse que la conducta delictiva enjuiciada, cuya gravedad no cabe desconocer, consiste en la coacción ejercida por los acusados que, respecto de la víctima, aprovechando su desvalimiento como extranjera, la determinaron a mantenerse en la prostitución. Sin que sea óbice para ello que no conste una situación adicional de privación de libertad que, de haberse dado, hubiera podido calificarse con propiedad como detención ilegal o secuestro [STS 7/3/2006 (Nº 286/2006)]. **Retención de los pasaporte y otras vías de hecho:** La referida sentencia considera como modalidad coactiva típica la retención del pasaporte hasta el momento en que se amortizan el millón de pesetas, así como el empleo de "vías de hecho" como son el control de cada uno de los "servicios" prestados por las indicadas mujeres, la vigilancia de sus salidas a la ciudad, su conducción mediante furgoneta al club y, sobre todo, las amenazas de sanción económica, si no "trabajaban" con la excusa de la menstruación u otra [STS 29/11/2004 (Nº 1367/2004)]. **Control de salidas, imposición de "multas" y de la libertad de movimiento:** Como forma de doblegar su voluntad Augusto las trataba despectivamente, insultándolas y humillándolas de manera continua recordándoles su condición de prostitutas y que tenían que trabajar para pagar su deuda. Por otro lado, si bien las chicas no estaban encerradas, pudiendo, en principio salir libremente cuando lo desearan, Augusto condicionaba tal libertad sancionando las salidas del local mediante la imposición, obviamente arbitraria, de multas; sanción que generalizaba para comportamientos absolutamente nimios, no teniendo otra finalidad que hacer patente su poder de disposición sobre ellas. Téngase en cuenta, además que, como indica la STS 30/1/2003 (Nº 2205/2002), ha de estimarse que la conducta delictiva enjuiciada, cuya gravedad no cabe desconocer, consiste en la coacción ejercida por los acusados que, respecto de la víctima, aprovechando su desvalimiento como extranjera, la determinaron a mantenerse en la prostitución. Sin que sea óbice para ello que no conste una situación adicional de privación de libertad que, de haberse dado, hubiera podido calificarse con propiedad como detención ilegal o secuestro [SSTS 13/6/2005 (Nº 740/2005); 18/7/2005 (Nº 981/2005); 22/9/2005 (Nº 1091/2005); 7/3/2006 (Nº 286/2006)].

4.5. Intimidación. Se corresponde con la fuerza psíquica o moral, es decir, con amenazas en sentido estricto o el ejercicio de cierta clase de fuerza sobre las cosas [SSTS 29/11/2004 (Nº 1367/2004); 20/12/2004 (Nº 1536/2004); 31/10/2005 (Nº 1257/2005); 5/12/2005 (Nº 1425/2005)].

► Les advertía que si no obedecían la única manera que tendrían para marchar sería muertas, tal como le dijo a la testigo protegida, y si se negaban a "trabajar" las pegaba [STS 29/3/2004 (Nº 438/2004)]; De ahí que no ofrezca dudas que las amenazas de males sobre las víctimas y sobre sus familiares en Hungría, ofrecen la suficiente entidad en el supuesto enjuiciado para la realización del tipo penal que se describe [STS 29/11/2004 (Nº 1367/2004)]; ► Con la finalidad de doblegar su voluntad, las amenazaban con causarles daños físicos o matarlas, mandándolas de vuelta a Rumania en ataúd o en bolsas de plástico, o con venderlas a terceros [STS 22/9/2005 (Nº 1091/2005)]. ► Cuando las dos mujeres manifestaron que ellas no querían trabajar de prostitutas, que no habían venido a eso, que habían venido a trabajar en un bar, ... les dijeron que como no hicieran lo que les decían las matarían a ellas o a sus familias, las rajarían, haciendo exhibición F de la navaja que les dijo que siempre iba con él, que de ahí no se escaparía nadie que estarían vigilando, ellas no sabrían desde donde pero las vigilarían constantemente, que ellas no conocían a nadie aquí, que no sabían hablar ni moverse, pero ellos sabrían lo que comían, lo que bebían, con quien hablaban, con cuántos hombres iban, que si decían algo les quemarían la casa a sus familias, las cortarían la cara, las sacarían el hígado para mandárselo a su familia... [STS 26/6/2007 (Nº 605/2007)].

4.6. Engaño: especial consideración del consentimiento en el ejercicio de la prostitución. Es sinónimo de fraude o maquinación fraudulenta, cual sería el caso en el que se convence a alguien bajo oferta vinculada de trabajo para que venga a España a trabajar desde el extranjero, si bien, el engaño señuelo se suele en estos supuestos completar con la ulterior utilización de violencia o intimidación en la persona para someterla al ejercicio de la prostitución en nuestro país si bien, el engaño señuelo en estos supuestos completar con la ulterior utilización de violencia o intimidación en la persona para someterla al ejercicio de la prostitución en nuestro país [SSTS 17/9/2001 (Nº 1588/2001); 22/10/2001 (Nº 1905/2001); 29/11/2004 (Nº 1367/2004); 20/12/2004 (Nº 1536/2004); 31/10/2005 (Nº 1257/2005); 5/12/2005 (Nº 1425/2005)].

El delito se produce incluso cuando inicialmente existe consentimiento o voluntariedad de la víctima en el ejercicio de la prostitución pero que por las condiciones de llevarse a efecto se produce una situación efectiva de dominación. Como ha dicho la Sala en más de una ocasión en lo relativo a la prostitución, incluso en la inicialmente pactada con la interesada, la línea que separa la voluntariedad

en tal actividad de la ausencia de ella, se encuentran en la realidad de una *situación de dominio del explotador*, y ello, aún en el caso, ..., se supiera ex-ante por la interesada que se iba a dedicar a la prostitución, pues la coacción, la situación de dominio, surge cuando, como se dice en el *factum* ...fue conminada a trabajar ejerciendo la prostitución en diferentes condiciones a las que inicialmente habían sido establecidas..., es decir, cuando en la realidad se le imponen a la mujer, abusando de su condición de mujer, sin documentación y en país extranjero de unas condiciones opresivas y vejatorias distintas de las inicialmente pactadas [STS 19/9/2007 (Nº 770/2007)].

► **Supuestos de hecho: Existe delito** ► Podemos aceptar que el ejercicio de la prostitución fue asumido inicialmente por las mujeres desde su país de origen (Colombia), pero no es menos cierto que fueron objeto de posterior engaño y lo que a las jóvenes se les prometió no se cumplió una vez introducidas en España. Es posible que dentro de las modalidades comisivas alternativas del artículo 188.1º pueda afirmarse que la coactividad no fue muy intensa o no fue directa, pero indirecta y mediatamente las mujeres sí estaban seriamente condicionadas en su autodeterminación, concurriendo el engaño, el aprovechamiento de la situación de superioridad de la recurrente y consiguiente vulnerabilidad de las víctimas. Si el precepto aplicado lo que trata de proteger es la libertad sexual individual, es obvio que las jóvenes no fueron enteramente libres de ejercer la prostitución. La oferta hecha a las mismas en Colombia, francamente interesante para mujeres necesitadas, se tornó, merced al engaño, en una situación de agobiante constreñimiento. Así, la presión ejercida sobre su libertad se materializó mediante: a) Retirada del pasaporte, del billete de vuelta del avión, de los dólares que se les entregaron en préstamo y el resto de la documentación que quedó secuestrada hasta tanto no se abonase una deuda de 6000 euros. Ello se produjo tan pronto llegaron a España. b) Su situación de necesidad, vulnerabilidad y desamparo se ponía en evidencia por la dificultad de poder decidir su apartamiento de la prostitución en esas condiciones, tratándose, como se trataba, de personas sin medios económicos, extranjeras, en situación ilegal en España y privadas de documentación. Recuérdese que sus ganancias eran "retenidas" por la acusada. c) Se les trató de convencer de que realizasen servicios sexuales extraordinarios o especiales, no voluntariamente aceptados, y para imponérselos fue preciso el uso de las dotes de persuasión de la acusada SN, que consiguió cedieran a los mismos. La situación en que las jóvenes se hallaban no permitía otras opciones. En conclusión, podemos afirmar que la situación de postración y sometimiento de las mujeres, controlada por la recurrente, permitió que el engaño de que fueron víctimas les colocara en un estado o condiciones difícilmente eludibles. La resultancia fáctica encierra, por tanto, todos y cada uno de los elementos típicos de la figura delictiva por la que se condena, especialmente la realización de las modalidades comisivas integradas por el engaño, abuso de superioridad y necesidad y vulnerabilidad de las víctimas, que desembocaron en el coactivo ejercicio de la prostitución por parte de aquéllas [STS 18/7/2003 (Nº 1045/2003)]; ► Sin embargo, como ejemplo de modalidad engañosa típica la STS 15/2/99 incluye un supuesto en el que el acusado facilitaba a jóvenes colombianas, 2000 dólares en efectivo y el billete para el viaje a España, pero, una vez que se encontraban en nuestro país, les exigía la devolución de la mencionada cantidad, y el reembolso adicional de un millón de pesetas, que deberían conseguir ejerciendo la prostitución en un club. Se considera que la narración fáctica de la sentencia de instancia describe un notable contraste entre lo ofrecido muy ventajoso para la mujer en el momento de la recluta y la realidad con que la misma se encontraba cuando se había incorporado realmente al negocio del acusado, tratándose de un evidente engaño... La STS 26/11/199, contempla el caso de traer a súbditas extranjeras, sin que supieran que venían a ejercer la prostitución, desde sus países y las obligan a permanecer en su club y ejercer el comercio carnal [SSTS 29/11/2004 (Nº 1367/2004); 5/12/2005 (Nº 1425/2005)]; ► A partir de estas premisas fácticas recogidas en el relato histórico de la sentencia, el tipo del art. 188.1 CP aparece nítido y palmario, porque aún cuando la recluta de ... en Nigeria lo fuera para ejercer la prostitución en España, lo cierto es que una vez en nuestro país la actuación de la ahora recurrente, junto con otros acusados, determinó el ejercicio y el mantenimiento en tal situación de prostitución, aprovechándose de su situación en España (documentación retenida, situación de desarraigo, etc.) y bajo todo tipo de actitudes de amenaza y coactivas hacia ella: le fue exigida una cantidad de 9 millones, se la amenazó de muerte a ella y a su familia, se le dio instrucciones para abonar diariamente tal cuantía con las ganancias que obtuviera de la prostitución, se le tomaron muestras corporales (uñas, pelo del pubis, etc.) bajo la amenaza de practicar ritos de vudú con los mismos si desobedecía, se le indicó el club o clubes en los que habría de ejercer [STS 8/6/2005 (Nº 712/2005)]; ► En esa narración se distinguen dos situaciones perfectamente diferenciadas sobre la prostitución ejercida por el sujeto pasivo de la acción. En el primero de ellos no pudo existir delito en cuanto la prostituida, cuando llegó a España ya se había comprometido a ejercer la prostitución libremente con el fin de así poder pagar las 400.000 ptas que era el precio relativo al viaje y a la obtención del pasaporte y el visado. Fue, por tanto, una decisión propia de la que no puede deducirse ilicitud penal de clase alguna. Sin embargo, es en el segundo episodio de su actividad cuando es obligada, bajo coacciones, a "permanecer" ejerciendo la prostitución... A partir de ese momento, la referida Estela "quiso sustraerse de ejercer la prostitución" pero no pudo hacerlo por estar vigilada por el referido JF, quién en las dos salidas que hizo fuera del establecimiento, siempre la acompañó, amén de que escapase del mismo era muy difícil en cuanto su puerta principal se encontraba la mayor parte del tiempo cerrada. Solamente pudo librarse debido a que llegó a conocimiento de la Guardia Civil su situación, siendo liberada por sus agentes. ... Ese segundo episodio así descrito, nos muestra la existencia de todos los requisitos que requiere el delito tipificado en el referido 188.1º del Código Penal. En efecto: 1º. Hay una persona mayor de edad que en un momento dado quiere abandonar el ejercicio de la prostitución y, sin embargo, es obligada a "mantenerse" en ella. 2º. Tal continuación o mantenimiento se consigue mediante el empleo por parte de los dos acusados de intimidación y coacciones, ya que otra cosa no significa el hecho de que se le negase salir del establecimiento dedicado a este género de oficio, siendo vigilada constantemente para evitar cualquier posible intento de escaparse, y sólo lográndolo por la intervención de los agentes de la autoridad [STS 9/6/2005 (Nº 726/2005)]. ► El planteamiento coactivo y amenazante que da lugar a la situación de explotación estriba en las condiciones económicas en que tal actividad iba a ser llevada a cabo, en condiciones muy distintas a las inicialmente aceptadas por las mujeres, de suerte que prácticamente se les "confiscaba" todo el dinero obtenido, y la deuda se incrementaba arbitrariamente con "multas" por bajo rendimiento, incluso se obligó -y precisamente por la recurrente- a una de ellas a ejercerla durante los días de menstruación. Asimismo todas ellas contaron las amenazas que indistintamente les hacían los dos condenados y a las que ya nos hemos referido, insistiendo en este momento en la especial aptitud que las expresiones tuvieron para doblegar la voluntad de las mujeres habida cuenta de encontrarse en España, en situación irregular y ser creíble la amenaza de males a sus familiares en

Colombia con frases tan expresivas como verídicas de que "...en Colombia se mata por nada....", siendo reacción normal que ante esta situación no denunciaran, además del miedo a que las deportaran ... La explotación, y por tanto el engaño y el planteamiento coactivo fue en la forma de tal práctica; no quedándole dinero para ellas, exigiéndoles una actividad incesante so pena de imponerles unas "multas" que elevaban la deuda, incluso por la compra de medicamentos y todo ello en un escenario claramente intimidatorio para sí y sus familiares, personas muy susceptibles de ello por su condición de extranjeras irregulares, lejos de su Colombia natal [STS 15/9/2005 (Nº 1047/2005)]. ► En los hechos probados se narran acciones que integran el delito de determinar a otro el ejercicio de la prostitución, al recogerse minuciosamente que el recurrente se puso en contacto con diversas mujeres que se encontraban fuera del territorio español para que vinieran para trabajar de forma remunerada, y una vez aquí ejercieron la prostitución percibiendo los beneficios el recurrente, y si bien alguna de las mujeres conocían el oficio que iban a ejercer, no lo efectuaron libremente sino que como se dice en el factum "...fueron obligadas al ejercicio de la prostitución por el procesado empleando contra ellas, bien directamente, bien a través de terceras personas violencia intimidatoria...." [STS 5/10/2006 (Nº 957/2006)]. ■ ► **No hay delito de prostitución** ► En efecto, el precepto penal cuya inaplicación se denuncia -relativo a la prostitución de personas mayores de edad-, parte de la exigencia típica de que el sujeto pasivo sea "determinado" "a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella", como actividad habitual de las mismas, bien sea mediante coacción, engaño o abuso de determinada situación. Mas, como se desprende de lo expuesto por la Audiencia en su sentencia, nada de esto sucedió en el presente caso. En forma alguna se dice en la resolución impugnada que las mujeres colombianas decidieran venir a España a ejercer la prostitución, engañadas por las condiciones convenidas en su tierra con el padre de una de las acusadas. El relato fáctico destaca suficientemente que las mujeres colombianas contactaron con dicho señor "ante su deseo de viajar a España a ejercer la prostitución". Lógicamente hubieron de tomar en consideración las condiciones convenidas con el mismo, pero la determinación de ejercer la prostitución en España claramente se dice en el "factum" que era anterior y previa al referido contacto. Por lo demás, informadas las mujeres colombianas de las condiciones de trabajo y del montante de su deuda con el acusado Humberto, ninguna reacción especial por parte de las mismas se describe en el "factum", pese al notable incremento de la deuda a la que habían de hacer frente respecto de la inicialmente prevista. Aduce también el Ministerio Fiscal para fundamentar su impugnación que la sentencia recurrida viene a desconocer la doctrina sentada por esta Sala en la sentencia de 15 de febrero de 1999 recaída en un supuesto similar al aquí examinado. Mas, como veremos seguidamente, ha de reconocerse que se trata de supuestos de hecho bastante diferentes. En el caso examinado en la sentencia que se cita en el recurso como antecedente, se trataba también de unas mujeres colombianas a las que se facilitó el billete y el dinero necesarios para venir a España, a cuya llegada debían devolver el dinero recibido y luego rembolsar un millón de pesetas a uno de los acusados, que, tras retenerles los pasaportes, se encargaban de controlar los ingresos que aquéllas obtendrían del ejercicio de la prostitución en el club regentado por uno de los acusados, que con ayuda de los otros controlaba no solo los ingresos de las mujeres sino también sus movimientos en Oviedo, donde residían en dos pisos alquilados por dos de los acusados, mientras el tercero era el encargado de transportarlas desde dicha capital hasta el club de referencia, donde las mismas trabajaban, obligándolas a hacerlo "incluso los días que tenían la menstruación, bajo amenazas" por parte del acusado que regentaba el club; amenazas consistentes en "imponerles sanciones económicas o incluso causarles algún mal a sus familiares en Colombia". La situación de las mujeres colombianas a que se refiere la causa ahora examinada -según la describe la Audiencia Provincial en la sentencia recurrida- tiene aspectos comunes con la enjuiciada en la sentencia citada por el Ministerio Fiscal pero, sin duda, presenta importantes diferencias con ella. Así, en el caso que nos ocupa, las mujeres -se dice- deseaban venir a España a ejercer la prostitución antes de entrar en contacto en su tierra con el padre de una de las acusadas. No fueron, por tanto, "determinadas" a ejercer la prostitución mediante coacción o engaño, como exige el tipo penal cuya inaplicación se denuncia y no cabe olvidar, en todo caso, que los delitos relativos a la prostitución son delitos contra la libertad sexual. Por lo demás, tampoco fueron privadas de sus pasaportes, y, además, según se dice igualmente en el relato fáctico de la resolución combatida, "no se ha acreditado el que en ningún momento se las obligase a mantener relaciones sexuales con persona por ellas no querida, así como que se les impidiese la salida del club". "No resulta tampoco cierto -se afirma igualmente en la sentencia- que se las obligase a mantener relaciones estando enfermas o en el período menstrual", por lo que la Sala de instancia termina declarando que está acreditada "la voluntariedad en el ejercicio de la prostitución" por parte de dichas mujeres, las cuáles, por lo demás, según declara también la Audiencia, no sufrieron "ningún elemento coactivo" que afectase a su libertad ambulatoria, "pues con facilidad se podía abandonar el local, no tenían la documentación retenida, no fueron amenazadas .. y tuvieron contacto con terceros ajenos a los acusados", por todo lo cual no se aprecia tampoco la comisión de ningún delito contra la libertad personal... No es suficiente el haber duplicado la deuda que debían amortizar si no va acompañado de otros elementos coactivos (retención de pasaporte, etc...) [STS 11/7/2001 (Nº 1397/2001)]; ► La Audiencia ha sostenido que los acusados han determinado a las víctimas al ejercicio de la prostitución mediante engaño, considerando como tal el aumento unilateral impuesto por los acusados de las sumas que aquéllas adeudaban. Según la sentencia recurrida ello implicaba un engaño respecto del tiempo que estarían obligadas al ejercicio de la prostitución para devolver las referidas sumas. Tal punto de vista, sin embargo, no tiene en cuenta que en el momento de aceptar la deuda las prostitutas no eran engañadas ni estaban todavía sometidas a ninguna coacción. Podía negarse a suscribir el documento y renunciar al viaje para emplearse en España. Dicho con otras palabras: al suscribir la deuda las mujeres reclutadas sabían qué deuda suscribían y a qué se comprometían [STS 14/2/2003 (Nº 187/2003)]. ► Ahora bien, señalado lo anterior, es preciso comprobar si el hecho probado contiene los elementos de la subsunción en el delito del art. 188 del Código penal, esto es, si existió una determinación coactiva de la prostitución de las perjudicadas en el hecho probado. El relato fáctico refiere una conducta consistente en traer unas personas de nacionalidad rumana pero no concurren los requisitos de la tipicidad del art. 188 del Código, esto es, que se empleara coacción para el ejercicio de la prostitución. Así, se declara que las tres personas de nacionalidad rumana recibieron la oferta de trabajo "no quedando probado si de prostituta o de otro tipo", es decir, se plantea la duda para el tribunal sobre la voluntariedad de las posibles víctimas en el ejercicio de la prostitución en España, y esa duda ha de ser interpretada en el sentido más favorable a los acusados en el delito de determinación coactiva de la prostitución, sin que en el hecho se declare que, una vez en España, se realizaran actos concretos de coacción para el ejercicio de la prostitución. Consecuentemente, aún admitiendo la concurrencia de los delitos en el sentido expuesto por el Ministerio fiscal al interponer el recurso, no es de aplicación el tipo penal del art. 188 del Código penal, por lo que la impugnación del Ministerio fiscal ha de ser desestimada [STS 29/5/2007 (Nº 484/2007)]

4.7. Relaciones de prevalimiento del sujeto activo con la víctima. Junto a los anteriores medios comisivos, a ellos se añaden diversas modalidades de abusos, que no son sino relaciones específicas de prevalimiento del sujeto activo con la víctima, y que se originaría, bien en una situación de superioridad respecto a ella (v. gr. superior jerárquico), bien en un estado de necesidad en el que ésta se encuentra (penuria económica, drogodependencia, etc.) bien en su específica vulnerabilidad (por razón de su corta edad, enfermedad u otra condición similar) [SSTS 29/11/2004 (Nº 1367/2004); 20/12/2004 (Nº 1536/2004); 31/10/2005 (Nº 1257/2005)].

Vulnerabilidad: ► Lo cierto es los hechos probados se subsumen bajo el tipo penal del art. 188 CP, dado que es evidente el abuso de superioridad con el que se obligaba a las mujeres a ejercer la prostitución para lucro de los autores. En este sentido basta con señalar que se ha tenido por probado que el acusado ... les retiró su pasaporte y las sometió a una estrecha vigilancia de todos sus desplazamientos, limitando de esa manera su capacidad de movimiento y manteniéndolas en un lugar aislado. De esta forma, las mujeres no podían elegir otro lugar u otra ocupación con el fin de saldar las deudas que habían contraído para viajar a España y se encontraban en una verdadera situación de inferioridad, agravada sobre todo por su condición de extranjeras aisladas de la sociedad española [STS 14/2/2003 (Nº 187/2003)]; ► Aprovecharse de la condición de extranjeras que tenían las víctimas y la falta de permiso de residencia y trabajo en España, les retuvo, en el referido Club los pasaportes, con la excusa de que así no les podrían ser sustraídos, negándose posteriormente a entregarlos ante el requerimiento de las mismas, salvo los casos puntuales en que efectuaban las mujeres transferencias a su país [STS 29/3/2004 (Nº 438/2004)]; ► La sentencia de 3/2/99 (STS 161/99) se refiere a un supuesto que podemos considerar como ejemplo de abuso de la situación de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, en el que los acusados se aprovecharon de la extrema juventud de una joven checa, de su desconocimiento del idioma y las costumbres españolas, de su ausencia de amistades de confianza y de su situación ilegal en España, para negarle sus ganancias y obligarla así a continuar ejerciendo la prostitución, que quería dejar, bajo su control y beneficio. La STS 7/10/1998, refiere un supuesto similar de "importación" de una joven colombiana para el ejercicio de la prostitución en condiciones engañosas, con retención de pasaporte, exigencia de devolución de una suma exagerada en concepto de compensación por gastos de viaje y estancia, control de salidas, etc. que dieron lugar al abandono voluntario de la prostitución de la joven y al intento frustrado de obligarla a volver por la fuerza al lugar donde se ejercía la prostitución. La sentencia señala que concurren en el caso cuantos presupuestos se exigen en la figura delictiva del art. 188 CP por cuanto se ha empleado violencia física e intimidación para determinar a una mujer mayor de edad a mantenerse en la prostitución, existiendo además abuso de una situación de necesidad y superioridad. Estos hechos probados sí integran el tipo básico del art. 188.1 que se configura como ya se ha razonado, no solo por el empleo de violencia, intimidación o engaño, sino también por el abuso de la situación de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, que se produce en este caso, al ser la víctima, una joven de 19 años, colombiana, en precaria situación económica, que viene a España creyendo que va a trabajar como camarera en un bar de copas, encontrándose con que se trata de un club donde tiene que ejercer la prostitución, siendo recriminada en él por negarse a mantener relaciones sexuales con algunos clientes y amenaza con causar algún mal a su familia, viéndose así obligada a continuar en la prostitución como único medio de saldar la deuda y poder abandonar el club, ante la negativa de los dos recurrentes de permitirle realizar otro trabajo [SSTS 29/11/2004 (Nº 1367/2004); 5/12/2005 (Nº 1425/2005)]; ► La libertad significa el poder de elección entre dos o más elecciones posibles, erigiéndose la accesibilidad de las mismas como un factor determinante del concepto, sólo será libre si realmente tengo capacidad de elección. En el supuesto de autos no puede afirmarse honradamente que las denunciadas tuvieran tal facultad de elección. Desprovistas de dinero, conocedoras de la deuda contraída, además de cierta relevancia, en un país ajeno y lejano e inmersas en un ambiente hostil y aterrador, todo ello aderezado con la posibilidad, por lo demás nada desdeñable, de represalias a sus familiares en sus lugares de origen, pensar en que eran libres para haber optado por marcharse del local supone ignorar la realidad [STS 13/6/2005 (Nº 740/2005)]; ► Exigía a las mujeres, durante todo este tiempo, cantidades de dinero procedentes de la actividad sexual ejercida en los clubes y reteniendo los pasaportes de las mismas. Así mismo les ponían dificultades para salir de los Clubes donde trabajaban aunque no se lo impedía por la fuerza [STS 7/3/2006 (Nº 286/2006)].

4.8. Supuestos de hecho. Según se desprende de cuanto antecede, aunque se traten de medios alternativos lo común es que varios de ellos se acumulen para lograr el fin perseguido. Lo normal es que se sucedan una pluralidad de *actos mediante los cuales, empleando la coacción y abusando de una situación de necesidad, en parte preexistente pero sobre todo agravada de forma intencional y premeditada* [STS 22/10/2001 (Nº 1905/2001)] se determine al ejercicio de la explotación.

► Basta una somera lectura de la citada declaración para descartar que la alegación sea admisible. Recordemos que han sido declarados probados los siguientes hechos: a) que las mujeres víctimas de los hechos enjuiciados, sometidas en su país a serias dificultades económicas, fueron enviadas a España por una persona concertada con los procesados con la promesa de encontrar aquí un trabajo legal, entregándoseles pasaporte, una cierta cantidad de dinero y pasaje de ida y vuelta, lo que les permitía confiar tanto en trabajar libremente aquí como en regresar a su país si les convenía; b) que, a su llegada a España, las mujeres vieron cómo los procesados las despojaban de los pasaportes, del dinero y de los pasajes de vuelta, quedando a partir de ese momento a merced de aquellos que, además, las alojaron en su propia casa sometiendo a una estrecha vigilancia; y c) que, una vez colocadas las mujeres en tan comprometida situación, los procesados las compelieron con amenazas a trabajar para ellos, bien en un hostel, bien en un "pub", ambos controlados por el procesado Jesús Manuel, donde debían alternar y mantener relaciones sexuales con los clientes, abonando a los que se habían convertido literalmente en sus amos el importe íntegro de lo que obtuviesen en su inmoral comercio, con lo que tenían que satisfacer, según se les dijo, el hospedaje y los demás gastos producidos por su estancia, así como las cantidades que se habían comprometido a pagar a quienes las habían enviado desde América. A nadie puede ocultarse que la traducción jurídica de estos hechos únicamente puede ser la del delito por el que han sido condenados los procesados porque se trata, con toda evidencia, de una sucesión de actos mediante los cuales, empleando la coacción y abusando de una situación de necesidad, en parte preexistente pero sobre todo agravada de

forma intencional y premeditada, se determinó a cuatro mujeres, traídas ex profeso del extranjero, a ejercer la prostitución durante un período de tiempo que terminó –hay que añadirlo, siguiendo el relato de los hechos probados- cuando las mujeres lograron escapar de sus explotadores [STS 22/10/2001 (Nº 1905/2001)]; ► La situación fáctica del supuesto que examinamos es idéntica a la que se menciona en la sentencia de esta Sala 1905/2001, de 22 de octubre, y en la que se recoge, para fundamentar el elemento típico de la determinación coactiva al ejercicio de la prostitución, los siguientes hechos: a) que las mujeres víctimas de los hechos enjuiciados, sometidas en su país a serias dificultades económicas, fueron enviadas a España por una persona concertada con los procesados con la promesa de encontrar aquí un trabajo legal, entregándoseles pasaporte, una cierta cantidad de dinero y pasaje de ida y vuelta, lo que les permitía confiar tanto en trabajar libremente aquí como en regresar a su país si les convenía; b) que, a su llegada a España, las mujeres vieron cómo los procesados las despojaban de los pasaportes, del dinero y de los pasajes de vuelta, quedando a partir de ese momento a merced de aquellos que, además, las alojaron en su propia casa sometiendo a una estrecha vigilancia; y c) que, una vez colocadas las mujeres en tan comprometida situación, los procesados las compelieron con amenazas a trabajar para ellos, bien en un hostel, bien en un "pub", ambos controlados por el procesado Félix, donde debían alternar y mantener relaciones sexuales con los clientes, abonando a los que se habían convertido literalmente en sus amos el importe íntegro de lo que obtuviesen en su inmoral comercio, con lo que tenían que satisfacer, según se les dijo, el hospedaje y los demás gastos producidos por su estancia, así como las cantidades que se habían comprometido a pagar a quienes las habían enviado desde América. A nadie puede ocultarse que la traducción jurídica de estos hechos únicamente puede ser la del delito por el que han sido condenados los procesados porque se trata, con toda evidencia, de una sucesión de actos mediante los cuales, empleando la coacción y abusando de una situación de necesidad, en parte preexistente pero sobre todo agravada de forma intencional y premeditada, se determinó a ejercer la prostitución. En el presente caso, en lugar de cuatro fueron nueve las mujeres que fueron traídas de América, el resto coincide plenamente, y como muy bien recalca el Tribunal sentenciador, en el primero de sus fundamentos jurídicos, queda igualmente acreditado que se les abocaba al ejercicio de la prostitución mediante el empleo de intimidación, al sufrir amenazas tanto para que ejercieran la prostitución, como único medio de saldar la deuda, como cuando por las circunstancias que fuese no deseaban día o días concretos ejercerla [STS 19/11/2001 (Nº 2194/2001)]; ► Cualquiera sea el acierto de la Audiencia en la determinación del medio de comisión del delito, lo cierto es los hechos probados se subsumen bajo el tipo penal del art. 188 CP, dado que es evidente el abuso de superioridad con el que se obligaba a las mujeres a ejercer la prostitución para lucro de los autores. En este sentido basta con señalar que se ha tenido por probado que el acusado Ángel Daniel les retiró su pasaporte y las sometió a una estrecha vigilancia de todos sus desplazamientos, limitando de esa manera su capacidad de movimiento y manteniéndolas en un lugar aislado. De esta forma, las mujeres no podían elegir otro lugar u otra ocupación con el fin de saldar las deudas que habían contraído para viajar a España y se encontraban en una verdadera situación de inferioridad, agravada sobre todo por su condición de extranjeras aisladas de la sociedad española [STS 14/2/2003 (Nº 187/2003)]; ► Es posible que dentro de las modalidades comisivas alternativas del art. 188-1º pueda afirmarse que la coactividad no fue muy intensa o no fue directa, pero indirecta y mediatamente las mujeres sí estaban seriamente condicionadas en su autodeterminación, concurriendo el engaño, el aprovechamiento de la situación de superioridad de la recurrente y consiguiente vulnerabilidad de las víctimas. Si el precepto aplicado lo que trata de proteger es la libertad sexual individual, es obvio que las jóvenes no fueron enteramente libres de ejercer la prostitución. La oferta hecha a las mismas en Colombia, francamente interesante para mujeres necesitadas (hechos probados), se tornó, merced al engaño, en una situación de agobiante constreñimiento. Así, la presión ejercida sobre su libertad se materializó mediante: a) Retirada del pasaporte, del billete de vuelta del avión, de los dólares que se les entregaron en préstamo y el resto de la documentación, que quedó secuestrada hasta tanto no se abonase una deuda de 6.000 euros. Ello se produjo tan pronto llegaron a España. b) Su situación de necesidad, vulnerabilidad y desamparo se ponía en evidencia por la dificultad de poder decidir su apartamiento de la prostitución en esas condiciones, tratándose, como se trataba, de personas sin medios económicos, extranjeras, en situación ilegal en España y privadas de documentación. Recuérdese que sus ganancias eran "retenidas" por la acusada. c) Se les trató de convencer de que realizasen servicios sexuales extraordinarios o especiales, no voluntariamente aceptados (hechos probados), y para imponérselos fue preciso el uso de las dotes de persuasión de la acusada Sonia Nancy, que consiguió cedieran a los mismos. La situación en que las jóvenes se hallaban no permitía otras opciones. 3. En conclusión, podemos afirmar que la situación de postración y sometimiento de las mujeres, controlada por la recurrente, permitió que el engaño de que fueron víctimas les colocara en un estado o condiciones difícilmente eludibles. La resultancia fáctica encierra, por tanto, todos y cada uno de los elementos típicos de la figura delictiva por la que se condena, especialmente la realización de las modalidades comisivas integradas por el engaño, abuso de superioridad y necesidad y vulnerabilidad de las víctimas, que desembocaron en el coactivo ejercicio de la prostitución por parte de aquéllas [STS 18/7/2003 (Nº 1045/2003)]. ► Los hechos probados narran un dramático episodio de inmigración con destino a la prostitución, la cual se impone coactivamente (y en el caso enjuiciado, por medios muy violentos) a tres ciudadanas rumanas, ..., y también de algún modo a la menor ... , si bien en este caso la Sala sentenciadora, aplicando el principio "in dubio pro reo", absuelve a los procesados de toda actuación violenta frente a la misma. La determinación coactiva a la prostitución en la Casa de Campo de Madrid, se completa con episodios de auténtica "trata de blancas", a modo de compras sucesivas de tales mujeres a manos de varios intermediarios, agresiones físicas derivadas del normal desarrollo de la función para la que son auténticamente esclavizadas, violaciones reiteradas por parte de uno de sus raptos, amenazas a sus familiares en su país de origen, para el caso de no seguir sus instrucciones o abandonar la dependencia a la que se ven sometidas, etc [STS 3/12/2004 (Nº 1305/2004)]; ► A partir de que Lina se encuentra en nuestro país, es trasladada de club en club, con exigencias de ejercer la prostitución, prevaleciendo de su situación de necesidad, aderezada por la vulnerabilidad de su condición de extranjera irregular, realizando actos de amenazas ("le amenazaba con matarla"), y llegando a "venderla" a otros para que continuara ejerciendo la prostitución [STS 17/3/2005 (Nº 372/2005)]; ► A partir de estas premisas fácticas recogidas en el relato histórico de la sentencia, el tipo del art. 188.1 CP aparece nítido y palmario, porque aún cuando la recluta de ... en Nigeria lo fuera para ejercer la prostitución en España, lo cierto es que una vez en nuestro país la actuación de la ahora recurrente, junto con otros acusados, determinó el ejercicio y el mantenimiento en tal situación de prostitución, aprovechándose de su situación en España (documentación retenida, situación de desarraigo, etc.) y bajo todo tipo de actitudes de amenaza y coactivas hacia ella: le fue exigida una cantidad de 9 millones, se la amenazó de muerte a ella y a su familia, se le dio instrucciones para abonar diariamente tal cuantía con las ganancias que obtuviera de la prostitución, se le tomaron muestras corporales (uñas, pelo del pubis, etc.) bajo la amenaza de practicar ritos de vudú con los mismos si desobedecía, se le indicó el club o clubes en los que habría de ejercer [STS 8/6/2005 (Nº 712/2005)]; ►

El planteamiento coactivo y amenazante que da lugar a la situación de explotación estriba en las condiciones económicas en que tal actividad iba a ser llevada a cabo, en condiciones muy distintas a las inicialmente aceptadas por las mujeres, de suerte que prácticamente se les "confiscaba" todo el dinero obtenido, y la deuda se incrementaba arbitrariamente con "multas" por bajo rendimiento, incluso se obligó -y precisamente por la recurrente- a una de ellas a ejercerla durante los días de menstruación. Asimismo todas ellas contaron las amenazas que indistintamente les hacían los dos condenados y a las que ya nos hemos referido, insistiendo en este momento en la especial aptitud que las expresiones tuvieron para doblegar la voluntad de las mujeres habida cuenta de encontrarse en España, en situación irregular y ser creíble la amenaza de males a sus familiares en Colombia con frases tan expresivas como verídicas de que "...en Colombia se mata por nada...", siendo reacción normal que ante esta situación no denunciaran, además del miedo a que las deportaran [STS 15/9/2005 (Nº 1047/2005)]; ► En efecto, en los hechos probados se narran acciones que integran el delito de determinar a otro el ejercicio de la prostitución, al recogerse minuciosamente que el recurrente se puso en contacto con diversas mujeres que se encontraban fuera del territorio español para que vinieran para trabajar de forma remunerada, y una vez aquí ejercieron la prostitución percibiendo los beneficios el recurrente, y si bien alguna de las mujeres conocían el oficio que iban a ejercer, no lo efectuaron libremente sino que como se dice en el factum "...fueron obligadas al ejercicio de la prostitución por el procesado Gaspar empleando contra ellas, bien directamente, bien a través de terceras personas violencia intimidatoria...". ► Pero en el capítulo de hechos probados relata la Audiencia que María Virtudes regentaba con su compañero sentimental el club ..., en el cual se tenía a determinadas empleadas, que habían sido traídas de Ibero América, ejerciendo la prostitución, desposeídas del pasaporte y del billete de vuelta, sometidas a una deuda que fijaba el club, el cual retenía las retribuciones de las empleadas hasta que no satisficieran el débito, que aumentaba con las multas que les eran impuestas, entre otras personas, por María Virtudes, quien determinaba cuándo el coacusado Bárbara podía pagar a las mujeres por haber saldado el débito; y que en el club las mujeres estaban sometidas por los dueños (uno de ellos, María Virtudes) a amenazas y vigilancias para que no abandonaran el club hasta saldada la deuda y para que no salieran del local, salvo excepcionalmente y bajo la autorización y el control de los vigilantes del club [STS 9/10/2006 (Nº 1047/2006)]; Las jóvenes venían a España sabedoras que iban a dedicarse a la prostitución, pero lo que ignoraban eran las condiciones económicas de tal dedicación, siendo obligadas a pagar una supuesta deuda (de unos 3000 euros) que exigía su permanencia en el club, en tanto en cuanto no la satisficieran, permanencia que se garantizaba con la presión ejercida dada su estancia ilegal en España, el aislamiento derivado de su juventud y desconocimiento del idioma en un país igualmente desconocido". Que, "del mercadeo -compra de las mujeres para su posterior explotación económica en el club hablan por sí solas, (...), las conversaciones mantenidas por los acusados -y reconocidas en el juicio- y con el extranjero que no ha podido ser enjuiciado" (citando al efecto una serie de conversaciones mantenidas al efecto por las aquí recurrentes, tanto sobre la adquisición de estas mujeres como sobre la compulsión para mantenerlas en el ejercicio de la prostitución... Los hechos relatados son ciertamente contundentes. El club regentado por estas acusadas era un lugar dedicado fundamentalmente a la explotación sexual de mujeres jóvenes extranjeras, aprovechándose de su especial vulnerabilidad por razón de su verdadera necesidad ("acuciadas por su situación económica"). ¿Qué otra razón puede haber para que estas mujeres se vendan a unos suministradores de centros dedicados al ejercicio de la prostitución?. ¿Cómo pueden calificarse estas conductas de ejercicio libre de la prostitución?. ¿Cómo puede afirmarse que hay ejercicio libre de la prostitución por parte de unas jóvenes, en situación irregular en España, que tienen que ejercer forzosamente la prostitución hasta que los que regentan el prostíbulo -con el dinero así ganado por las propias mujeres- hayan pagado su precio a la persona que las "suministró" al club? No existe la menor duda de que la conducta de estas procesadas reúne todos los requisitos que definen el delito relativo a la prostitución del art. 188.1 del Código Penal [STS 5/3/2007 (Nº 191/2007)]; ► Los hechos declarados probados narran una conducta perfectamente incardinable en el art. 188.1 CP, y así dicen que: "Una vez en Madrid, F, R y E comunicaron a las jóvenes que comenzarían a trabajar para ellos en la C/ Montera de esta localidad prostituyéndose. Cuando las dos mujeres manifestaron que ellas no querían trabajar de prostitutas, que no habían venido a eso, que habían venido a trabajar en un bar, E, les dijo que de aquí no iba a escapar, que se acostumbraran, que cuando salieran a la calle no vieran más que dinero, que ellos solo querían dinero. R F corroboraron estas palabras, manifestando F una agresividad que las jóvenes no le habían visto hasta ese momento, les dijeron que como no hicieran lo que les decían las matarían a ellas o a sus familias, las rajarían, haciendo exhibición F de la navaja que les dijo que siempre iba con él, que de ahí no se escaparía nadie que estarían vigilando, ellas no sabrían desde donde pero las vigilarían constantemente, que ellas no conocían a nadie aquí, que no sabían hablar ni moverse, pero ellos sabrían lo que comían, lo que bebían, con quien hablaban, con cuántos hombres iban, que si decían algo les quemarían la casa a sus familias, las cortarían la cara, las sacarían el hígado para mandárselo a su familia, advirtiéndoles que la C/ Montera le pertenecía a R con todas las mujeres que en ella trabajaban. Como demostración de que sus advertencias eran ciertas, la noche del día 23 (madrugada del día 24) de diciembre de 2004, el acusado F, mantuvo relaciones sexuales con R en tres ocasiones, dos con intervalo de 15 ó 20 minutos sobre las 12 de la noche y otra a las 6 de la madrugada, como ella manifestó su oposición y resistencia, la empujó, la gritó diciéndole que tenían que obedecer a lo que ellos les decían, que tenía una navaja y la rajaba con ella, que tenía derecho a "catar la mercancía", haciendo caso omiso de la negativa manifestada por la mujer, la penetró vaginalmente en las tres ocasiones. E, a pesar de la negativa de las mujeres, las llevó a comprar la ropa adecuada para trabajar en la calle atrayendo hombres, les enseñó lo que debían decir para atraerlos y lo que tenían que decirles cuando estuvieran con ellos. A los dos o tres días de su llegada las dos mujeres, por orden de C, fueron trasladadas por F desde el domicilio en ... a un Hostal del que, a los pocos días volvió a trasladarlas al Hostal ... donde fueron alojadas en una habitación a nombre de las jóvenes bajo su documento de identidad rumano, lugar desde el que F las llevaba a la C/ Montera para que ejercieran la prostitución, bajo su vigilancia, para lo cual utilizaban otro hostal situado en la C/ Jardines... Mientras R y L se encontraban en la C/ Montera ejerciendo la prostitución, quien se encargaba de su vigilancia era la acusada E cuñada de F y pareja de R, el cual era el encargado de organizar y dar las órdenes al resto de los acusados y último receptor de las sumas recaudadas por las dos jóvenes en el ejercicio de la prostitución" [STS 26/6/2007 (Nº 605/2007)]; ► En los hechos probados se pone de manifiesto el aludido control para obligarlas a ejercer la prostitución, actividad a las que efectivamente se dedicaron contra su voluntad, como consecuencia de las amenazas recibidas por éstos (los ahora recurrentes), habiendo permanecido todo el tiempo sin posibilidad de escapar a ese control, a que las tenían sometidas [STS 15/10/2007 (Nº 823/2007)]; ► Los hechos probados narran que ambas denunciadas, y una vez en la localidad de Vera (Almería), fueron obligadas a residir en una vivienda, en la que habitaban los también procesados, y las conminaron para que trabajaran para todos ellos, ejerciendo la prostitución, con cuyo rendimiento económico se quedarían para beneficio de los mismos. Tal situación no fue inicialmente aceptada, pero mediante amenazas, físicas y verbales, consiguieron su propósito, en los términos

que se relatan en el factum. De modo que Rocío era conducida diariamente al Club, como asimismo MT (si bien ésta, no llegó a mantener relaciones sexuales con los clientes). El resultado económico de la actividad sexual ejercida, le era sustraído a la primera, apropiándose todos de tal dinerario, obteniendo Luis María de los otros procesados una parte de los ingresos obtenidos por Rocío en el ejercicio de la prostitución. Durante el desempeño de tal actividad, algunos procesados vigilaban "exhaustivamente" a Rocío, y ya fuera de su horario en tal cometido, era "conducida de igual forma por los procesados referidos a la vivienda de Vera tras su conclusión, [y] era obligada por éstos a permanecer en la vivienda sometida a estricta vigilancia, que impedía cualquier tipo de libertad de movimientos", y ello en permanente clima de amenazas. Estas denunciadas, no disponían de pasaporte (que les había sido retenido, y se encontraba fuera de su alcance), tampoco disponían de dinero, desconocían el idioma español, carecían de conocimientos sobre el paraje en donde se encontraban, no mantenían relaciones personales, fuera del Club. MT fue objeto de igual trato amenazante, si bien no ejerció la prostitución, y "fue obligada por los reiterados procesados rumanos a permanecer en la citada vivienda, ocuparse en el club "La Morena" en idénticas condiciones intimidatorias y privativas de libertad impuestas a Rocío", estando, al igual que Rocío, "privada de conducirse libremente ante la estricta vigilancia, impeditiva al efecto, a que estaba sometida" [STS 20/12/2007 (Nº 1059/2007)]; La estancia de la testigo Nº en el domicilio de Carmen es el resultado de la temerosa aceptación de sufrir un claro perjuicio en su integridad física y en el de su propia familia: ("...durante el tiempo que la testigo NUM004 permaneció en la vivienda de Carmen, y aunque en varias ocasiones se quedó sola, no se marchó porque tenía miedo, pues, a raíz de lo que hiciera otra chica, amenazaron a las restantes jóvenes con que las iban a matar a ellas y a su familia"). La testigo, nada más llegar a nuestra capital, se ve conducida a un bar de alterne, se le comunica que no le queda otra opción que mantener relaciones sexuales mediante precio y, ante su negativa, se le amenaza con sufrir algún menoscabo en su integridad física, además de recordarle la existencia de una deuda que ha de ser extinguida mediante el trato carnal. La Sala de instancia proclama sin ambages la utilización de un mensaje conminatorio por parte de la recurrente. Esa advertencia integra con toda claridad la intimidación a que alude el art. 188.1 del CP. Pero más allá del carácter intimidatorio de esa admonición, conviene tener presente que el mismo precepto incluye en la acción típica el "...abuso de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima". Se trata de una ciudadana extranjera, a la que se impide el más mínimo grado de integración en el entorno en el que desempeña su actividad y a la que se pretende imponer, por encima de todo, un trato sexual exclusivamente orientado a generar dinero a favor de la recurrente. Hablamos, en fin, de una mujer a la que, con la excepción de la primera noche de forzada estancia en el local de alterne, se le retira el pasaporte, intensificando así la vulnerabilidad de quien sabe que carece del documento imprescindible para moverse con libertad por nuestro territorio [STS 16/1/2008 (Nº 15/2008)]; ► Roberto o alguna o todas las demás acusadas recibían a las mujeres, les explicaban en qué habría de consistir su trabajo y se les retiraba el dinero que antes habían recibido para el viaje, al tiempo que se les hacía saber que la deuda contraída debían saldarla con el ejercicio de la prostitución; siendo el propio procesado quien, si alguna de las mujeres era renuente a la dedicación a la prostitución, la amenazaba con causar daños a sus familiares [STS 8/4/2008 (Nº 152/2008)]; ► Los hechos, desde luego, describen con precisión todos y cada uno de los elementos que definen el delito de determinación coactiva a la prostitución previsto en el art. 188.1 del CP. En éste se sanciona al que "...determine, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella". Y esto es precisamente lo que se imputa al hoy recurrente. En efecto, según puede leerse en el factum -de obligado acatamiento cuando se denuncia por la vía del art. 849.1 de la LECrim un error de subsunción- María Rosario, como otras mujeres, fue traída desde Bulgaria "...con la promesa de trabajo consistente en ejercer como camareras o como bailarinas". Sin embargo, una vez en España, la "...obligaban a ejercer y mantenerse en el ejercicio de la prostitución". Para doblegar la voluntad de aquélla -añade el factum- el recurrente recurría al "...ejercicio relativamente frecuente de agresiones físicas por motivos menores, como no haber conseguido ganar el dinero que entendía que debía haber conseguido, como con el temor de que sus familiares directos en Bulgaria sufrieran consecuencias derivadas de no devolver a los procesados las cantidades que éstos les exigían con la excusa de haber pagado dichas cantidades por ella (...), vigilándola en todo momento para impedir que pudiera tratar de legalizar su situación en España, o acudir a organismos oficiales". La claridad del fragmento transcrito se completa con la afirmación de que el procesado recurrente "...recogía a María Rosario cada noche en el local Coyote, donde aquélla ejercía la prostitución y cobraba a los clientes de ésta, sin dar dinero o ganancia económica alguna a María Rosario. Asimismo agredía a ésta y la amenazaba con causarle daño si no accedía a acostarse con los clientes..." [STS 3/7/2008 (Nº 445/2008)].

Evidentemente, en cualquier caso es necesario que exista prueba de la existencia tanto de la actividad desarrollada como de la concurrencia de cualquiera de los medios comisivos determinantes de la prostitución.

► Es cierto que este tipo penal del derecho vigente es expresión de una política criminal que puede ser objeto de discusión y que puede ser, inclusive, poco adecuada al tratamiento de estos complejos fenómenos sociales. De todos modos no es ésta una cuestión que pueda ser resuelta por el tribunal que aplica la norma, dado que el texto legal es un límite que nos vincula por efecto del principio de legalidad. El hecho probado dice que las denunciadas fueron "captadas en su país de origen" y explica que ello se realizaba mediante un trato, que no se especifica con quiénes se realizaba, en el que se les ofrecía realizar en España trabajos de camarera y que "incluso algunas aceptaron venir a realizar funciones de alterne" en los locales de los procesados. Las testigos recibían el importe de un billete de avión de ida y vuelta y una cantidad de dinero para acreditar su carácter de turistas, que luego debían devolver con el producido de su trabajo. No consta en los hechos probados ni en los Fundamentos Jurídicos que estos billetes de avión o sus pasaportes quedaran al llegar a Madrid, en poder de los acusados. Ello resulta corroborado por las diligencias de entrada y registro reseñadas como hechos probados. Con respecto al desarrollo de la actividad se relata un prolijo sistema contable de la misma y un acuerdo de distribución de los beneficios. La Sala entiende que de tales elementos no es posible deducir la existencia de ninguno de los medios típicos previstos en el art. 188,1 CP. No es posible sostener que mediante un mero control de la actividad a los efectos de la distribución de los beneficios se ejercía una coacción sobre las mujeres para que éstas se mantuvieran en la prostitución. Tampoco es posible afirmar la existencia de engaño, dado que en los hechos probados se establece que en ciertos casos, que no se especifican, las denunciadas aceptaban la posibilidad del ejercicio de la prostitución. Por lo demás, en los casos en los que inicialmente se habría prometido un trabajo de camarera, se ignora cómo las denunciadas tomaban luego la decisión de prostituirse, cuestión esencial, tanto

desde el punto de vista de la coacción como desde la perspectiva del engaño, pues sobre este aspecto los hechos probados nada dicen, sin perjuicio de que la Audiencia no ha especificado si las testigos protegidas que declararon en el juicio oral son las que habían aceptado o no el ejercicio de la prostitución. Por otra parte, y esto sólo a mayor abundamiento, cuando la Audiencia en el Fundamento Jurídico tercero se refiere a los elementos que, a su juicio, corroborarían el engaño o la coacción señala una serie de elementos, ya expuestos como hechos probados, que carecen de toda fuerza demostrativa de los elementos típicos de la coacción y el engaño. En efecto, ni los sesenta dólares hallados en la chaqueta de uno de los acusados, ni las anotaciones en papel respecto de la actividad de las denunciadas encaminadas al control de los beneficios, ni los datos hallados en el disco duro de un ordenador sobre las mismas actividades, ni la fotocopia del pasaporte de una de las denunciadas, son idóneos para demostrar que se coaccionaba a las mismas o que se las había engañado cuando tomaron la decisión de ejercer como prostitutas [STS 2/4/2004 (Nº 416/2004)].

5. Autoría y participación.

5.1. Autoría y coautoría. La Sala Segunda del Tribunal Supremo al resolver los recursos de casación interpuestos en relación con el artículo 188.1 CP se ha preocupado de recordar su doctrina general sobre la delimitación de la coautoría de conformidad con el artículo 28 CP. Tras señalar que *son coautores quienes realizan conjuntamente el hecho delictivo* delimita los diferentes elementos objetivos y subjetivos que la definen:

A) Elemento subjetivo: acuerdo previo, dolo compartido e imputación recíproca. El art. 28 CP vigente nos permite disponer ya de una definición legal de la coautoría que, por otra parte, era de uso común en la jurisprudencia y en la doctrina antes de que el mismo fuese promulgado: son coautores quienes realizan conjuntamente el hecho delictivo. Realización conjunta que debe estar animada por un dolo compartido, siendo éste, en rigor, el significado que debe darse en determinados casos al previo y mutuo acuerdo que ha sido constantemente exigido para afirmar la existencia de la codelinquencia -SSTS 31/5/1985, 13/5/1986 entre otras- por la doctrina de esta Sala [STS 20/12/2004 (Nº 1536/2004)].

Por lo que se refiere al acuerdo previo, elemento o soporte subjetivo de la coautoría, en que se funda el principio de "*imputación recíproca*" de las distintas contribuciones al resultado y en cuya virtud se entiende que todos aceptan implícitamente lo que cada uno vaya a hacer, tanto la doctrina como la jurisprudencia, SSTS 3/7/1986, y 20/11/1981, han estimado suficiente que el acuerdo surja durante la ejecución, coautoría adhesiva, siendo también posible la sucesiva, que se produce cuando alguien suma un comportamiento al ya realizado por otro a fin de lograr la conclusión de un delito cuyos actos ejecutivos ya habían sido parcialmente realizados por este (SSTS 10/2/92, 5/10/93, 2/7/94) y que el acuerdo sea tácito y no producto explícito de una deliberación en que se hayan distribuido los papeles a desempeñar. El acuerdo, en definitiva, especialmente en los delitos en que la ejecución es prácticamente simultánea a la idea criminal, se identifica con la mera coincidencia de voluntades de los partícipes, esto es, con lo que se ha llamado el dolo compartido. Como confirmación de lo expuesto puede recordarse que en las SSTS 21/12/1992 Y 28/11/1997 se afirmó que "cuando varios partícipes dominan en forma conjunta el hecho (dominio funcional del hecho), todos ellos deben responder como coautores... la coautoría no es una suma de autorías individuales, sino una forma de responsabilidad por la totalidad del hecho no puede, pues, ser autor solo el que ejecuta la acción típica, esto es, el que realiza la acción expresada por el hecho rector del tipo sino también todos los que dominan en forma conjunta, dominio funcional del hecho" [SSTS 20/12/2004 (Nº 1536/2004); 22/9/2005 (Nº 1091/2005)]. Es indudable que existiendo acuerdo previo entre dos o más personas para cometer un delito, la participación en la ejecución de los hechos típicos obrando cada uno en cumplimiento del papel que se le hubiera asignado al confeccionar el proyecto delictivo, incluso cumpliendo órdenes y designios ajenos, les convierte a todos en coautores con arreglo a la teoría del dominio funcional del hecho [SSTS 18/7/2003 (Nº 1045/2003); 22/9/2005 (Nº 1091/2005)].

B) Elemento objetivo: teoría del dominio del hecho e imputación recíproca de las distintas contribuciones causales. La realización conjunta no supone que todos y cada uno de los elementos del tipo, sean ejecutados por los coautores, lo que es necesario para que se hable de realización conjunta de un hecho y para que el mismo sea atribuido, como a sus coautores, a quienes intervienen en él, es que todos aporten durante la fase de ejecución un elemento esencial para la realización del propósito común. A la misma consecuencia práctica lleva la utilización del instrumento teórico del *dominio del hecho*, acogido por esta Sala en numerosas y recientes sentencias como las

de 12/2/86, 24/3/86, 15/7/88, 8/2/91 y 4/10/94. Según esta teoría, son coautores los que realizan una parte necesaria en la ejecución del plan global aunque sus respectivas contribuciones no reproduzcan el acto estrictamente típico, siempre que, aún no reproduciéndolo, tengan el dominio funcional del hecho, de suerte que sea este, en un sentido muy preciso y literal, un hecho de todos que a todos pertenezca [SSTS 20/12/2004 (Nº 1536/2004)]; 22/9/2005 (Nº 1091/2005)]. Son coautores los que codominan funcionalmente el hecho que se subsume en la conducta típica [STS 23/9/2000 (Nº 1428/2000)].

Y ese dominio funcional del hecho que ejerce cada uno de los coautores se manifiesta en el papel que le corresponde en la división del trabajo, integrado en la aportación conjunta al hecho. En esa decisión común aparecen conectadas los distintos aportes en que se divide la realización del hecho. Esa división de tareas también se presenta entre autores y cómplices o cooperadores. La jurisprudencia de esta Sala ya no considera que el acuerdo previo sin más sea suficiente para construir la coautoría. Constituye una condición, pero no la única, de la coautoría. Esta surge cuando a la decisión común acompaña una división de papeles o tareas que no importe subordinación de unos respecto de otro o de otros y ese aporte principal exterioriza el dominio funcional de cada uno sobre el hecho que se va a realizar y asume su posición de coautor en todo aquello a lo que se extiende dicho dominio, que por la división del trabajo no requiere la realización personal y material de todas las partes del hecho dentro de esa planificada ejecución conjunta. Lo importante, en definitiva, es que cada individuo aporte una contribución objetiva y causal para la producción del hecho típico querido por todos. Lo único verdaderamente decisivo, en suma, es que la acción de coautor signifique un aporte causal a la realización del hecho propuesto. La doctrina habla en estos supuestos de "imputación recíproca" de las distintas contribuciones causales, en virtud de la cual todos los partícipes responden de la "totalidad" de lo hecho en común. Sin embargo, ello no puede sostenerse cuando uno de los coautores "se excede" por su cuenta del plan acordado, sin que los demás lo consientan; pues, en tal caso, el exceso no puede imputarse a los demás, porque más allá del acuerdo no hay imputación recíproca [STS 23/9/2000 (Nº 1428/2000)].

Las actividades de contacto o recluta, de recogida y traslado, de proposición de estancia u hospedaje, de instrucción sobre los servicios con los clientes, etc., se consideran como de coautoría (STS 26/12/1999) [STS 8/4/2008 (Nº 152/2008)].

Supuestos de autoría directa. ► La actividad desempeñada por la recurrente, tal como aparece relatada en la declaración de hechos probados fue directa y materialmente ejecutiva, por lo que acierta el Tribunal de instancia cuando dice, en el primer fundamento jurídico de la Sentencia, que el delito previsto en el art. 188.1 CP es imputable "conjuntamente" a los dos procesados. Basta para llegar a esta conclusión comprobar que, tras atribuirse en el primer hecho probado a JM la primera fase de las operaciones que habían de conducir a la determinación de las víctimas al ejercicio de la prostitución -contacto con la persona que las reclutaba en Colombia y las enviaba a España, recogida en el Aeropuerto de Palma de Mallorca, primeras instrucciones sobre lo que habían de hacer, etc-, en el tercer apartado del "factum" ya aparecen los dos procesados, unidos en un plural indistinto, como autores de los actos que consumaron la forzada dedicación de las mujeres a la prostitución: "daban comida y habitación a las chicas", "les guardaban sus pasaportes", "recogían las sumas dinerarias recibidas para pasar la frontera", "rompían los pasajes de vuelta", "reclamaban a cada testigo -entiéndase a cada mujer prostituida- entre 1.000.000 y 1.500.000 ptas", tales actividades estuvieron "controladas por los dos procesados que percibían diariamente la totalidad de los ingresos", no dejando de ser significativo que en este tercer hecho probado la única ocasión en que se singulariza la actuación de la recurrente es cuando se dice que era ella la que "explicaba a cada chica en qué consistían sus trabajos y 'servicios' y cómo debían realizarlos con los clientes". Es claro que la asunción de este último papel en el plan trazado por ambos procesados se inscribían de lleno en la ejecución del proceso de prostitución de las mujeres que los procesados se proponían -y lograban- explotar en su beneficio. No puede sostenerse, en consecuencia, que haya sido infringido el art. 28 del CP por haber subsumido en él, en concepto de coautoría, la intervención de la recurrente en los hechos objeto de enjuiciamiento [STS 22/10/2001 [Nº 1905/2001] (RNº 3816/1999)]; ► Dos notas fundamentales afloran en la causa que convierten en esencial e imprescindible la conducta enjuiciada: a) Por un lado, teniendo la dueña del negocio ilícito, ..., dos lugares distantes geográficamente en los que se ejercía la prostitución (Burgos y San Sebastián) es llano entender que aquélla no pudiera estar en ambos a la vez, y dispusiera de una encargada para llevar a cabo todos los actos del negocio (actos nucleares o ejecutivos) en cada una de las dos poblaciones, como así fue, según refieren los hechos probados. b) No es fácil hallar entre el común de las gentes una persona que realice prácticamente todos los actos que comporta este ilícito negocio, a cambio de una modesta retribución, arriesgándose a sufrir una pena efectiva de 12 años de prisión, como va a corresponder a Es más, resultaría peligroso acudir a cualquier persona, invitándola a colaborar por dinero en referido negocio, dado el riesgo evidente de que además de la negativa respondiese con la correspondiente denuncia judicial de los hechos, desbaratando el plan delictivo [STS 18/7/2003 (Nº 1045/2003)]; ► Así deben reputarse los hechos que se atribuye en el factum a AJ, especialmente que sustituía en sus funciones de Jefe, cuando M se ausentaba del Club, teniendo acceso a la caja y la barra de dicho Club, haciendo de camarero, llevando la contabilidad del Club, y encargándose de vigilar a las mujeres que ejercían la prostitución en el Club, que vivían con él... a las que trasladaba al Club, devolviéndolas también al cierre de éste al dicho apartamento, efectuando también

las funciones de portero del Club [STS 29/3/2004 (Nº 438/2004)]; ► Doctrina aplicable al comportamiento del recurrente quien no se limitó a trasladar a las menores en contra de su voluntad desde Castellón a Alicante con finalidad exclusiva de situar a las menores en el ejercicio de la prostitución, sino que ya en esta ciudad y actuando bajo los órdenes de otras personas, coadyuvaron en su mantenimiento en dicho ejercicio con una colaboración activa, llevándolas desde los apartamentos y el chalet donde residían y los distintos lugares en los que ejercían la prostitución, con el consiguiente control de las mismas [STS 20/12/2004 (Nº 1536/2004)]; ► En él repetidamente aparece el común acuerdo de los procesados ..., desde el convencimiento a las jóvenes a viajar hasta España, pasando por la comunicación del modo de pagar su deuda, hasta llegar a la formulación de amenazas y realización de agresiones. Es plenamente compatible el parecer del Tribunal de instancia cuando, en su fundamento de derecho segundo, viene a decir que: ...Como reiteradamente refleja la jurisprudencia en los supuestos de autoría inmediata, como el que ahora nos ocupa, en que concurren más de uno a la ejecución del hecho, se parte de la existencia de un concierto previo o puesta de acuerdo entre ellos para la comisión del delito que les hace igualmente responsables y en el mismo grado, cualquiera que sea la parte o labor que cada uno asuma, ya que todos coadyuvan de modo directo y eficaz al fin propuesto. En el caso que se analiza, desde el inicio de la actividad criminal que se enjuicia aparecen los tres procesados ... actuando conjuntamente. Ello con independencia de que se aprecie un cierto protagonismo de Luisa en su relación con las chicas, protagonismo o autoridad que resulta de todas y cada una de las declaraciones de las víctimas. Es indudable que existiendo acuerdo previo entre las tres personas para cometer los delitos que analizamos, la participación en la ejecución de los hechos típicos obrando cada uno en cumplimiento del papel que se le hubiera asignado al confeccionar el proyecto delictivo, incluso cumpliendo órdenes y designios ajenos, les convierte a todos en coautores con arreglo a la teoría del dominio funcional del hecho. Lo cierto es que dentro de tal reparto de funciones o papeles tanto B como JR ostentan también el dominio del hecho y realizan actos trascendentes como los consistentes, por parte de B en la remisión de partidas de dinero a Rumania con el objeto de pagar los gastos del viaje de las jóvenes a España...//... Así relatan los hechos probados que ...Durante ese periodo de tiempo, aprovechando la situación de precariedad, desamparo y necesidad en que se encontraban las mencionadas chicas, pues desconocían la ciudad, el idioma, carecían de dinero y de la posibilidad de comunicar incluso telefónicamente de forma libre con personas de su confianza, y dado que las jóvenes se negaban a ejercer la prostitución, L, B y J R , con la finalidad de doblegar su voluntad, las amenazaban con causarles daños físicos o matarlas, mandándolas de vuelta a Rumania en ataúd o en bolsas de plástico, o con venderlas a terceros. En el caso de la testigo protegida número..., las referidas amenazas se materializaron en las agresiones que más adelante se expondrán y que, a modo de lección, fueron infligidas por L, B y JR en presencia de la testigo protegida número N... y relatadas por L a las testigos protegidas números... Una semana después, sobre el 25 de marzo de 2002, la testigo protegida número ... accedió a acudir al club mencionado, donde fue conducida por L y conminada a ejercer la prostitución en igual forma que la anterior [STS 22/9/2005 (Nº 1091/2005)]; ► En el presente supuesto, consta cómo el recurrente trajo a España a ambas mujeres y las alojó en su propio domicilio, así como que transcurrida una semana les manifestó que no les había encontrado trabajo y que debían abonarle 2500 euros por el desplazamiento a España, por lo que para que pudieran saldar su deuda las iba a vender a otro hombre, quien se encargaría de que logaran tal dinero mediante el ejercicio de la prostitución. Consta, igualmente, cómo fueron trasladadas por el ahora recurrente al domicilio del otro acusado, yerno de aquél, donde les retiraron sus pasaportes y las obligaron a ejercer la prostitución, teniendo que entregar la totalidad de lo obtenido por su actividad sexual a sus captores, para abonar lo adeudado al recurrente junto con sus gastos de alojamiento y manutención. En el párrafo tercero del cuarto fundamento, determina la Sala de instancia que el comportamiento activo del recurrente ha de contemplarse como autoría en calidad de cooperador necesario, dado que proporcionó las víctimas a su yerno para dedicarlas a la prostitución, haciendo creer a aquéllas en un primer momento que les estaba buscando trabajo cuando su verdadera intención era enriquecerse a través de los beneficios que obtuvieran de explotarlas sexualmente. El Tribunal "a quo" señala que existía una comunidad de intereses entre ambos acusados, que los convierte en coautores de los dos delitos de prostitución, lo que incluso quedó evidenciado testificalmente al describirse cómo se movilizaron ambos de modo conjunto en busca de las mujeres cuando éstas lograron escapar de su lado, hasta localizarlas en el Consulado de su país. En realidad se trata de un supuesto de coautoría, lo que es irrelevante habida cuenta la idéntica penalidad [STS 22/11/2005 (Nº 1465/2005)]; ► Dice la parte recurrente, en apoyo de este motivo, que "se parte de una libre decisión por parte de aquéllas mujeres de ejercer la prostitución, antes de acudir a España. Las discrepancias respecto a condiciones económicas o su desengaño, no puede en modo alguno implicar lesión al bien jurídico de libertad sexual cuando no se describe acto concreto que haga concluir se les obligaba a mantener relaciones con terceros". Ante todo, debemos reiterar aquí cuanto ya hemos dicho respecto de esta misma cuestión, al examinar el posible fundamento del motivo octavo del recurso de las acusadas, hermanas Penélope Mariana , y reiterar, asimismo, lo dicho al estudiar el posible fundamento del cuarto motivo de este recurso. Aquí, es indudable que las jóvenes rumanas y moldavas llevadas al club 340 de las hermanas PM y luego de JM, tuvieron que ejercer obligadamente la prostitución para pagar "su traslado" y a la persona que "las suministraba" a los que regentaban el referido club: las hermanas PM y el acusado JM. Éstos "adquirían las jóvenes", pero luego "el precio" lo pagaban las propias jóvenes con los beneficios que obtenían ejerciendo la prostitución y, hasta que no satisfacían esta "deuda" "debían" estar ejerciéndola... Por consiguiente, las jóvenes se veían en la necesidad de mantenerse en la prostitución legal liquidar tales "deudas". Esta conducta es -sin duda alguna- penalmente típica. No puede apreciarse la infracción legal denunciada por cuanto el aquí recurrente estuvo directamente implicado en estas actividades [STS 5/3/2007 (Nº 191/2007)]; ► En los hechos probados, se lee lo siguiente: "... durante el tiempo en que las jóvenes permanecieron en el local, recibieron amenazas de muerte si no continuaban prostituyéndose en el forma en que se encontraban y no podían salir del Club, si no eran acompañadas por los propietarios o el también procesado L , ..., que además de trabajar en la barra tenía como función acompañar en su vehículo [a] aquéllas de las prostitutas a las que tenían retenidas si tenían necesidad de salir del local, impidiéndoles toda comunicación con el exterior los dueños del club, y cuando éstos no se encontraban en él, se lo impedía el citado L o el también procesado CR, ..., que al igual que el anterior trabajaba en el local" [STS 29/1/2008 (Nº 96/2008)].

5.2. Participación necesaria y complicidad. Existe cooperación necesaria cuando haya aportación de una conducta sin la cual el delito no se hubiera cometido (teoría de la «conditio sine qua non»), cuando se contribuye con algo no fácil de obtener de otro modo (teoría de los "bienes escasos"), o cuando la persona que interviene tiene la posibilidad de impedir la infracción retirando su concurso (teoría del dominio del hecho), y también se ha de tener en cuenta, quizá como más

significativa, la teoría de la relevancia de la colaboración. Cuando se contribuye objetivamente y a sabiendas de la ilicitud y de la antijuridicidad del acto, con una serie de actividades auxiliares, meramente periféricas o de segundo grado, acaecidas temporalmente «antes» o «durante», anteriores o simultáneas, estaremos en presencia de la complicidad delictiva. Por eso, hemos de convenir, como mejor criterio delimitador, en que lo decisivo es, naturalmente, la naturaleza, el carácter y las condiciones de esos actos auxiliares. Porque al fin y al cabo lo determinante para establecer el signo diferenciador, entre la cooperación necesaria y la complicidad, no es ya ese concierto de voluntades, común a los dos grados delictivos, sino la eficacia, la necesidad y la trascendencia que esa actividad aparentemente auxiliar haya tenido en el resultado producido [STS 29/1/2008 (Nº 96/2008)].

► La STS Nº 677/2003, que resume la doctrina de esta Sala ya fijada por la STS Nº 1338/2000, declaró que la participación en el hecho delictivo mediante la cooperación necesaria tiene dos vertientes, cuyo contenido es preciso delimitar al ponerlas en conexión con los restantes sujetos criminalmente responsables: por una parte, con la autoría en sentido estricto (artículo 28.1 CP), pues se dice que es autor aquél que realiza el tipo previsto en la norma como propio; por otra parte, con el cómplice del artículo 29 del Código Penal, conforme al cual son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos. El cooperador, sea necesario o cómplice, participa en el hecho típico realizado por otro. Ahora bien, la coautoría implica la realización conjunta entre todos los codelincuentes del hecho descrito en la norma con independencia del papel asignado a cada uno, porque ninguno ejecuta el hecho completamente. No juega por ello el principio de la accesoriidad de la participación, sino una actitud cooperativa, "conditio sine quo non" de la acción realizada o en la que se realizan "aportaciones necesarias para el resultado" o, más modernamente, que dicha participación implique en el coautor el "dominio del hecho" para integrar la infracción criminal [STS 22/11/2005 (Nº 1465/2005)].

Conforme hemos declarado recientemente [STS 8/10/2007 (Nº 790/2007)], tiene declarado este Tribunal que el cómplice no es ni más ni menos que un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos del ejecutor material, del inductor o del cooperador esencial que contribuye a la producción del fenómeno punitivo mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del propósito que a aquellos anima, y del que participa prestando su colaboración voluntaria para el éxito de la empresa criminal en el que todos están interesados [SSTS 29/1/2008 (Nº 96/2008); 8/4/2008 (Nº 152/2008)].

Se trata, no obstante, como acabamos de exponer, de una participación accidental y de carácter secundario [SSTS 29/1/2008 (Nº 96/2008); 8/4/2008 (Nº 152/2008)]. Se trata, como sucede en este caso, de una participación accidental y no condicionante, de carácter secundario o inferior (STS 10/6/1992) que se distingue de la coautoría en la carencia del dominio funcional del acto, y de la cooperación necesaria en el carácter secundario de la intervención [STS 8/4/2008 (Nº 152/2008)].

El dolo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible. Quiere ello decir, por tanto, que para que exista complicidad han de concurrir dos elementos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnan los caracteres ya expuestos, de mera accesoriidad o periféricos; y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquél. De manera que el cómplice es un auxiliar del autor, que contribuye a la producción del fenómeno delictivo a través del empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del proyecto que a ambos les anima, participando del común propósito mediante su colaboración voluntaria concretada en actos secundarios, no necesarios para el desarrollo del «iter criminis». La diferencia básica en este problema, si se trata de valorar la cooperación de un presunto autor o de un presunto cómplice, estriba en que en la autoría, tal cooperación es necesaria, en tanto que en la complicidad es de importancia menor [SSTS 29/1/2008 (Nº 96/2008); 8/4/2008 (Nº 152/2008)].

Esta Sala ha venido manteniendo (STS 20/4/2007 (Nº 312/2007)), que entre el cómplice y el autor debe existir un pacto expreso o implícito (pactum sceleris) en el que uno de ellos acepta el concurso o intervención del otro en una actividad secundaria, colateral o accesoria, no imprescindible para la consumación del delito [STS 8/4/2008 (Nº 152/2008)].

► **Supuestos de participación necesaria** ► En éstos lo que sí está expresamente descrita es la coordinada conducta de E con otros de los coacusados, a través de la cual pone al servicio de éstos su establecimiento, colaborando y aprovechándose de la prostitución incoercida que ejercían las mujeres húngaras "dependientes" de aquellos. De ésta suerte, queda claro que la contribución al delito de E se centra en prestar la inestimable tarea de facilitar a la "empresa" su establecimiento de hostelería -que le sirve de cobertura- y los locales adecuados para el desarrollo de la actividad prostitutiva, propiciando medios tan

estimulantes como un trabajo con participación en consumiciones, aprovechando una situación de prevalimiento y de abuso sobre unas mujeres que no cuentan con recursos económicos y carecen de asistencia o apoyo social disuasorio [STS 23/9/2000 (Nº 1428/2000)]; ► Además, el Tribunal a quo resumió en el fundamento jurídico tercero, con el mismo valor fáctico, la participación de JF como cooperador necesario del art. 28 b) CP puesto que facilitó a S los contactos necesarios para que pudiera meter a las chicas en el Club Las Vegas por conocer a uno de los dueños, y realizó incluso actos de vigilancia cuyo resultado luego comunicó con diligencia al proxeneta S. Nos referimos a su verificación de cómo C salió el día 25 con un español, y el traslado de tal suceso a S para que éste estuviera al tanto y exigiera más dinero a C. Alojó JF al proxeneta en España, facilitando con ello que éste pudiera continuar en su ilícita actividad en nuestro país. Y además, JF se implicó en la aclaración de la circunstancia del dinero recibido por C el día 25 de junio, contemplando lo ocurrido en su casa, y acudiendo con Sebastián los días 27 y 28 de junio al club a reclamar la documentación de C ... siendo él particularmente el que destruyó ipso facto la ficha personal de C, llegando a decir que C no iría ya por el Club y que su deuda la cubriría S [STS 18/7/2005 (Nº 981/2005)]. ► La participación de J F como cooperador necesario del art. 28 b) CP puesto que facilitó a S los contactos necesarios para que pudiera meter a las chicas en el Club por conocer a uno de los dueños, y realizó incluso actos de vigilancia cuyo resultado luego comunicó con diligencia al proxeneta S. Alojó J F al proxeneta en España, facilitando con ello que éste pudiera continuar en su ilícita actividad en nuestro país. Y además, J F se implicó en la aclaración de la circunstancia del dinero recibido por C, contemplando lo ocurrido en su casa, y acudiendo con S los días al club a reclamar la documentación de C ... siendo él particularmente el que destruyó ipso facto la ficha personal de C, llegando a decir que C no iría ya por el Club y que su deuda la cubriría S [STS 18/7/2005 (Nº 981/2005)]; ► Proyectada esta doctrina jurisprudencial sobre el caso que nos ocupa, los hechos declarados probados de los que debemos partir en nuestro análisis, destacan que las cuatro acusadas recurrentes, además de sus funciones como camareras, cocineras o recepcionistas del Club donde prestaban servicio, por encargo del otro condenado también recurrente, enviaban dinero a Paraguay para facilitar la llegada de chicas de aquella nacionalidad a España, y para ello los procesados, sin distinción, a través de personas residentes en aquella nación captaban a jóvenes en situación de penuria económica y les ofrecían venir a España, facilitándoles una bolsa de viaje para lograr la entrada en España como turistas. Las mujeres eran explotadas tanto por el recurrente como por las otras acusadas mediante el procedimiento que se describe. Roberto o alguna o todas las demás acusadas recibían a las mujeres, les explicaban en qué habría de consistir su trabajo y se les retiraba el dinero que antes habían recibido para el viaje, al tiempo que se les hacía saber que la deuda contraída debían saldarla con el ejercicio de la prostitución; siendo el propio procesado quien, si alguna de las mujeres era renuente a la dedicación a la prostitución, la amenazaba con causar daños a sus familiares. En todo momento estaban las mujeres bajo el control de los acusados. Y aunque, ciertamente, la sentencia no individualiza conductas respecto de cada uno de los acusados y de las mujeres víctimas, no lo es menos que el relato evidencia una actuación conjunta, un acuerdo entre todos los acusados que les convierte en autores del delito. Todos ellos, de una manera u otra, cooperan a la ejecución del hecho, con mayor implicación si se quiere del propio Roberto como organizador de la trama. Tuvieron las cuatro recurrentes una actividad directa e inmediata y no de mera colaboración accesoria en la captación de las mujeres para su explotación, y su control. Todas ellas, conocedoras de la situación de vulnerabilidad e inferioridad en que se encontraban las mujeres, participaban en el mantenimiento de la situación de explotación, comportando el elemento personal necesario para lograr que las jóvenes permanecieran en la casa y que ejercieran la prostitución. La Sala de instancia precisa en su fundamento jurídico segundo, apartado 2 que "...emplearon incluso actos de violencia física, en el caso de Valentina , hasta engaño y ulterior intimidación y amenazas, como es el caso de Roberto y las demás acusadas, quienes controlaban también el ejercicio de la prostitución, cobrando los precios de su ejercicio directo hasta el cobro de la deuda, aprovechando las necesidades económicas de las víctimas y su estancia en un entorno desconocido lejano y fuera de su país, donde no tenían a nadie de su confianza que pudiera ayudarles". Resulta, pues, patente la activa, principal y relevante participación de las coacusadas, que queda muy lejos de la simple actuación accesoria y secundaria propia de la complicidad [STS 8/4/2008 (Nº 152/2008)]. ► **Supuestos de complicidad** La sentencia recurrida atribuye a ..., que vivía en el domicilio de G... y trabajaba en el negocio de ésta, de que en su cuenta corriente se efectuaron más de ciento cuarenta ingresos en sólo seis meses por importe de más de 75.000 euros por las personas a quienes se explotaba sexualmente... La actividad de la coacusada que se describe en el "factum" constituye, sin duda, una colaboración efectiva al proyecto criminal, pero en ningún caso puede calificarse esa participación de imprescindible o insustituible para la consumación del delito, y a esta conclusión se llega desde cualquiera de las teorías que la doctrina ha creado en relación con la cuestión de la distinción entre cooperación necesaria y complicidad, ya sea la de la "conditio sine qua non", la de los bienes escasos o la del dominio del hecho, pues la conducta de la coacusada no supera el nivel de la accesoriedad, que es la nota característica de la actividad del cómplice, ya que, según el relato fáctico, su participación contributiva en el delito en ningún caso puede reputarse de insustituible para la ejecución del mismo [STS 8/6/2005 (Nº 712/2005)]. Como es de ver, aquí es algo más que secundaria tal participación, pues se ejecutan actos de incomunicación con el exterior del Club, que encajan, cuanto menos, en la complicidad delictiva [STS 29/1/2008 (Nº 96/2008)].

6. Detención ilegal y prostitución coactiva.

1. Diferencias entre la coacción como medio para la comisión del delito del artículo 188.1 CP y la detención ilegal del artículo 163 CP.

A) Coacción del artículo 188.1 CP. El delito de coacciones se comete cuando el sujeto, sin estar legítimamente autorizado, impide a otro, con violencia, hacer lo que la ley no prohíbe o le compele a hacer lo que no quiere, sea justo o injusto [STS 16/5/2006 (Nº 594/2006)]. Mediante la determinación coactiva [de la prostitución] se doblega simplemente la voluntad de la víctima para obligarla mediante "vis compulsiva" a la realización de ciertos actos contra su libre albedrío, sin que ello suponga una privación total de movimientos [SSTS 17/9/2001 (Nº 1588/2001); 6/7/2004 (Nº 896/2004); 20/12/2004 (Nº 1536/2004); 31/10/2005 (Nº 1257/2005); 5/12/2005 (Nº 1425/2005)].

► El delito de determinación coactiva al ejercicio de la prostitución, o en su caso la figura del artículo 188.2 en la redacción vigente al tiempo de los hechos, implica una cierta restricción de la libertad ambulatoria, al menos mientras se está desempeñando efectivamente esa dedicación [STS 16/5/2006 (Nº 594/2006)]. ► Por ello, como señala la STS 23/9/2000, el delito del artículo 188.1 CP es también un delito contra la libertad, como el delito de coacciones, solo que, además ataca a otro bien de suficiente importancia como para cualificar lo ilícito de una manera especial. Esta cualificación no consiente que, en cuanto delito contra la libertad, el del artículo 188.1 CP requiera mayores exigencias que el delito de coacciones [SSTS 29/11/2004 (Nº 1367/2004); 5/12/2005 (Nº 1425/2005)]. ► La jurisprudencia -véanse las STS 30/1/2003 y 18/11/2004- mantiene que la necesidad de respetar la prohibición del bis in idem lleva a que la determinación coactiva al mantenimiento de la prostitución -art. 188.1 CP- absorba las manifestaciones menores de restricción deambulatoria insitas en el comportamiento previsto en aquel tipo, pero que esa absorción no ha de tener lugar cuando las manifestaciones de la restricción deambulatoria excedan del campo propio de lo funcionalmente adecuado para el mantenimiento en la prostitución [SSTS 9/10/2006 (Nº 1047/2006); 15/10/2007 (Nº 823/2007)].

B) Detención ilegal: bien jurídico tutelado. Mediante la comisión de un delito de detención ilegal no se doblega, sino que se impone o se obliga imperativamente, sin posibilidad alguna de defensa, la voluntad de la víctima, la cual queda impedida de libertad ambulatoria, porque se la detiene o se la encierra con privación total de movimientos [SSTS 17/9/ 2001 (Nº 1588/2001); 19/11/2001 (Nº 2194/2001); 6/7/2004 (Nº 896/2004); 20/12/2004 (Nº 1536/2004); 31/10/2005 (Nº 1257/2005); 5/12/2005 (Nº 1425/2005)]. La detención ilegal exige algo más que suponga la desaparición de esa clase de libertad mediante conductas que puedan ser comprendidas en el significado de los términos "encerrar", que implica la imposibilidad de salir, y "detener", que viene a significar la imposibilidad de movimiento libre para abandonar un lugar y desplazarse a otro [STS 16/5/2006 (Nº 594/2006)].

► Los hechos nucleares del tipo son "encerrar" y "detener". en ambos casos se priva al sujeto pasivo de la posibilidad de trasladarse de lugar según su voluntad. En ambos casos se limita ostensiblemente el derecho a la deambulación, en tanto se impide de alguna manera el libre albedrío en la proyección exterior y física de la persona humana. Si encerrar supone la privación de la libre deambulación porque se tiene a la persona dentro de los límites especiales del largo, ancho y alto, detener, en cambio, implica también esa limitación funcional aunque de distinta forma ya que, sin necesidad de encerrar materialmente, se obliga a la inmovilidad, no necesariamente con violencia o intimidación (STS 28/11/94) [SSTS 20/12/2004 (Nº 1536/2004); 5/12/2005 (Nº 1425/2005)].

C) Conducta típica del artículo 163 CP. La conducta típica del delito de detención ilegal consiste en encerrar o detener a otro privándole de su libertad, por lo que exige bien su encierro o internamiento en un lugar del que la víctima no le es posible salir por sí misma, o bien una detención o inmovilización más o menos duradera [SSTS 1/10/2004 (Nº 1092/2004); 20/12/2004 (Nº 1536/2004); 31/10/2005 (Nº 1257/2005); 15/10/2007 (Nº 823/2007)]. El elemento objetivo del tipo consistente en la privación de la libertad deambulatoria de la persona, y que esa privación de libertad sea ilegal [STS 20/12/2004 (Nº 1536/2004)].

► Es más, la detención ilegal puede cometerse aunque la privación de libertad deambulatoria no fuese absolutamente estricta o que los medios para ejecutarla no sean de violencia física bastando la mecánica meramente intimidatoria [SSTS 20/12/2004 (Nº 1536/2004); 5/12/2005 (Nº 1425/2005)] ► El delito de detención ilegal se proyecta desde tres perspectivas. El sujeto activo que dolosamente limita la deambulación de otro; el sujeto pasivo que anímicamente se ve constreñido -físicamente impedido- en orden de su voluntad, y por último, el tiempo como factor determinante de esa privación de libertad, aunque sea evidente que la consumación se origina desde que la detención se produce [SSTS 20/12/2004 (Nº 1536/2004); 5/12/2005 (Nº 1425/2005)] ► El tipo objetivo del delito de detención ilegal requiere una conducta ejecutada por un particular mediante la cual se encierre o detenga a otro privándole de su libertad ... El delito de detención ilegal, es de carácter más específico, y de mayor gravedad lo que se traduce en una mayor pena, y se comete cuando el sujeto encierra o detiene a otro privándole de su libertad, refiriéndose por lo tanto a la libertad deambulatoria, es decir, a la capacidad del sujeto de decidir libremente su permanencia o alejamiento en relación con un determinado lugar. En otras palabras, se comete cuando, fuera de los casos permitidos, se obliga a una persona a permanecer en un determinado lugar en contra de su voluntad o sin ella, encerrándola en él, o impidiéndole de cualquier otra forma abandonarlo o trasladarse a otro [STS 16/5/2006 (Nº 594/2006)].

D) Naturaleza del delito del artículo 163 CP. Es precisamente la concreción del ataque en este aspecto de la libertad del individuo, el referido a la libre determinación de su ubicación espacial, lo que ha permitido a la jurisprudencia afirmar que el delito de coacciones es el género mientras que la detención ilegal es la especie (STS Nº 610/2001, de 10 de abril) [STS 16/5/2006 (Nº 594/2006)]. El delito de detención ilegal es de consumación instantánea pero permanente en el tiempo del que depende la penalidad no su infracción punitiva [STS 20/12/2004 (Nº 1536/2004); 31/10/2005 (Nº 1257/2005); 5/12/2005 (Nº 1425/2005)]. Su perfección se alcanza en el instante mismo en que la detención se produce (SSTS 307/2000, 574/2000, 14/2001, 610/2001) [STS 20/12/2004 (Nº 1536/2004); 5/12/2005 (Nº 1425/2005)].

E) Tipo subjetivo del delito del artículo 163 CP. El elemento subjetivo del tipo de detención ilegal, el dolo penal, consiste en que la detención se realice de forma arbitraria injustificada, siendo un delito eminentemente intencional en el que no cabe la comisión por imprudencia [SSTS 19/11/2001 (Nº 2194/2001); 20/12/2004 (Nº 1536/2004); 5/12/2005 (Nº 1425/2005)].

6.2. Concurrencia de la detención ilegal y artículo 188.1 CP.

A) Consunción de la restricción de libertad en el delito del artículo 188.1 CP: prohibición del principio del “non bis in idem”. Como sucede en otros tipos delictivos (por ejemplo el robo con intimidación o la propia violación) la dinámica comisiva del delito de determinación coactiva de una persona al mantenimiento en la prostitución, conlleva necesariamente una cierta restricción deambulatoria, pues en la medida en que la víctima se ve forzada a dedicarse a algo que no desea, también lo está, aún instantánea o transitoriamente, a no abandonar el lugar donde dicha actividad se realiza. En consecuencia, la necesidad de respetar la prohibición del "bis in idem" así como la aplicación del principio de especialidad, nos lleva a estimar que el delito de determinación coactiva al mantenimiento en la prostitución conforme las manifestaciones menores de restricción deambulatoria insitas en el comportamiento sancionado en el tipo. De otro modo la comisión de la conducta tipificada en el art. 188 determinaría necesariamente la condena adicional, prácticamente en todo caso, por el delito de detención ilegal... [SSTS 1/10/2004 (Nº 1092/2004); 20/12/2004 (Nº 1536/2004); 31/10/2005 (Nº 1257/2005); 5/12/2005 (Nº 1425/2005)].

Solamente se debe apreciar un delito de detención ilegal autónomo, no incluido en el anterior por aplicación del principio de especialidad, cuando “se alcanza una situación de encierro o privación física de libertad de las víctimas del referido delito, es decir, de internamiento forzado en un lugar del que las víctimas no pueden salir por sí mismas, como consecuencia del desbordamiento de los factores fácticos que califican el delito del art. 188. Es decir, cuando se va más allá de la mera restricción deambulatoria ínsita a la coacción psíquica ejercitada para el mantenimiento en la actividad de prostitución” [SSTS 16/5/2006 (Nº 594/2006); 15/10/2007 (Nº 823/2007)]. Como señala la STS 17/9/2001 (Nº 1588/2001), mediante la determinación coactiva se doblega simplemente la voluntad de la víctima para obligarla mediante «vis compulsiva» a la realización de ciertos actos contra su libre albedrío, sin que ello suponga una privación total de movimientos; mediante la comisión de un delito de detención ilegal no se doblega, sino que se impone o se obliga imperativamente, sin posibilidad alguna de defensa, la voluntad de la víctima, la cual queda impedida de libertad ambulatoria, porque se la detiene o se la encierra con privación total de movimientos [STS 15/10/2007 (Nº 823/2007)].

Supuestos de inexistencia de detención ilegal ► En el relato fáctico solo se indica que las menores estuvieron viviendo en distintos apartamentos y al final en un chalet... y desde estos lugares las desplazaban en vehículos a los diferentes lugares en los que ejercían la prostitución, y que las menores no podían escapar por temor a posibles represalias, así como que estuvieron en esta situación hasta el 24/3/2001 en que M fue rescatada en el club Nancy, donde estaba siendo explotada y R cuando se encontraba en la vía pública [STS 20/12/2004 (Nº 1536/2004)]; ► En el hecho solamente se dice que el recurrente ejerció control y vigilancia sobre la mujer, obligándola al ejercicio de la prostitución. Ejercer control y vigilancia no supone necesariamente privar de libertad ambulatoria, pues es perfectamente posible tal labor sin que la persona vigilada y controlada pierda su libertad de decidir el lugar al que se va a desplazar de modo efectivo. Por lo tanto, no es posible, dado el hecho que se ha declarado probado, establecer que el recurrente ejecutó hechos que puedan ser calificados como constitutivos de un delito de detención ilegal [STS 16/5/2006 (Nº 594/2006)]; ► Lo único que describe el factum es una situación de control para el ejercicio de la prostitución, no propiamente ni un encierro ni una privación de la libertad deambulatoria, que no satisface las exigencias del tipo penal descrito en el art. 163 del Código penal, pues, como ya hemos dicho, toda determinación coactiva para el ejercicio de la prostitución conlleva necesariamente cierta limitación de movimientos, tratándose de manifestaciones menores de la restricción ambulatoria directamente relacionadas con el comportamiento de la prostitución, que debe ser absorbida por el delito de prostitución -SSTS 11/7/2001 (Nº 1397/2001) y 30/1/2003 (Nº 2205/2002) [STS 15/10/2007 (Nº 823/2007)].

B) Necesidad de un examen individualizado y circunstancial de cada caso. Si bien en general ha de estimarse que en el campo de la prostitución coactiva existen manifestaciones menores de la restricción ambulatoria directamente relacionadas con el comportamiento de la prostitución, que debe ser absorbida por el delito de prostitución [SSTS 11/7/2001 (Nº 1397/2001); 11/7/2002 (Nº 2205/2002) y 30/1/2003 (Nº 2205/2002)], es lo cierto que en el examen individualizado, caso a caso, que es la esencia de toda actividad de enjuiciamiento, pueden encontrarse supuestos en los que sea apreciable un mayor grado de restricción ambulatoria cualitativamente más intensa que supera y

exceda al derivado de la prostitución coactiva. En tal caso ha de estarse por la existencia de un delito de detención ilegal, autónomo. En relación al delito de prostitución, tal autonomía puede existir en casos en los que las personas que explotan la prostitución ajena tienen un control permanente sobre su víctima, compatible con una mínima capacidad ambulatoria que no es libertad ambulatoria strictu sensu por referirse a personas extranjeras que se encuentran en la situación que se ha relatado. En estos casos existe un plus de control sobre la mujer -que suele ser la víctima-, que excede y con mucho el necesario para su actividad como prostituta [SSTS 25/11/2005 (Nº 1461/2005); 20/3/2006 (Nº 338/2006); 20/12/2007 (Nº 1059/2007)]. Para establecer la diferencia entre uno y otro delito, que en su aplicación a hechos concretos en algunas ocasiones no estará exenta de dificultades, es preciso valorar especialmente si la conducta del sujeto activo ha incidido en la libertad ambulatoria de la víctima de un modo mínimamente relevante, a cuyo efecto es preciso tener en cuenta el factor tiempo, que ha de tener una mínima significación, aun cuando el delito se consuma desde el momento en que se encierra o detiene a otro (SSTS 12/5/2000 (Nº 801/1999); 19/6/2000 (Nº 1069/2000); 8/10/2000 (Nº 1432/2000); 9/3/2001 (Nº 351/2001) y 10/4/2001 (Nº 610/2001), entre otras). En este sentido deberá apreciarse la comisión de un delito de detención ilegal atendiendo a dos aspectos. En primer lugar, cuando se haya producido una conducta, consistente en encerrar o detener, que elimine la capacidad del individuo para hacer efectiva su decisión acerca del lugar donde desea permanecer o a donde desea dirigirse. En segundo lugar, que tal privación de libertad se haya extendido durante un período temporal mínimamente relevante, lo que excluye las privaciones de libertad instantáneas y fugaces, o bien aquellas otras que han de considerarse absorbidas por la comisión simultánea de otro delito, como ocurre en los robos violentos, o en las agresiones sexuales o en los delitos de determinación coactiva al ejercicio de la prostitución [STS 16/5/2006 (Nº 594/2006)].

C) Sanción acumulada de delitos: delitos independientes. La condena por separado de esos dos delitos no conculca de modo alguno el principio "ne bis in idem" cuando se alcanza una situación de encierro o privación física de libertad que desborda los elementos fácticos del artículo 188, es decir, cuando se va más allá de la simple "restricción" deambulatoria que conlleva las coacciones psíquicas ejercidas para el mantenimiento de la persona en el ejercicio de la prostitución [STS 6/7/2004 (Nº 896/2004)]. El delito relativo a la prostitución, en especial el art. 188 CP, puede concurrir con el delito de detención ilegal, porque la actuación coactiva o violenta del citado art. 188 no exige inexcusablemente la prohibición o impedimento de la libertad ambulatoria, ni la exigencia de un confinamiento espacial (incluso en la denominada "prostitución acuartelada" no se requieren tales requisitos exigidos para la detención legal), por lo que ambas infracciones son totalmente independientes, los comportamientos fácticos son distintos y los bienes jurídicos protegidos diferentes, pues el primer delito tiende en la libertad sexual, dada la subsunción sistemática y características descriptivas y normativas, si bien la nota de determinación coactiva se hace coincidir con la detención ilegal en la libertad deambulatoria, pero con una intensidad antijurídica propia cuando coincida con dicho tipo delictivo, que supone la vulneración de los elementos del tipo de detención ilegal en caso de un agravado desbordamiento de tales factores fácticos, si se produce el encierro perdurable en el tiempo de las víctimas en lugar cerrado y vigilado, bajo la continua vigilancia de sus secuestradores, con tal plus de antijuricidad que tales hechos no tienen porqué quedar consumidos y absorbidos por el delito descrito en el art. 188 CP [SSTS 20/12/2004 (Nº 1536/2004); 31/10/2005 (Nº 1257/2005); 5/12/2005 (Nº 1425/2005)]. La consunción por el delito de prostitución coactiva o forzada no se produce, y la detención ilegal debe sancionarse acumuladamente, cuando se alcanza una situación de encierro o privación física de libertad de las víctimas del referido delito, es decir, de internamiento forzado en un lugar del que las víctimas no pueden salir por sí mismas, como consecuencia del desbordamiento de los factores fácticos que califican el delito del art. 188. Es decir, cuando se va más allá de la mera restricción deambulatoria ínsita a la coacción psíquica ejercitada para el mantenimiento en la actividad de prostitución [SSTS 6/7/2004 (Nº 896/2004); 1/10/2004 (Nº 1092/2004); 20/12/2004 (Nº 1536/2004); 31/10/2005 (Nº 1257/2005); 5/12/2005 (Nº 1425/2005); 15/10/2007 (Nº 823/2007)].

Supuestos de acumulación de delitos ► En términos parecidos se pronuncia la sentencia de esta Sala 26/11/1999 (Nº 1663/1999), en la que se construye y conforma el delito de detención ilegal al haber sido retenidas las víctimas, al impedirles ir libremente a donde hubieran querido, hasta que pagaran el viaje y otros gastos, amenazándolas, reteniéndoles los pasaportes y billetes de regreso, y permaneciendo vigiladas por empleados del local donde se les conminaba a ejercer la prostitución [STS 19/11/2001 (Nº 2194/2001)]; ► Así se expresa que el acusado, una vez que había recogido a las mujeres en el aeropuerto las trasladaba al Club que regentaba en donde procedía a retirarles los pasaportes, la cantidad que en dólares portaban, el billete de vuelta, indicándoles que deberían ejercer la prostitución y que hasta tanto no abonasen la cantidad que les exigía por el

viaje, hospedaje y la manutención no les sería devuelto el pasaporte y que no podrían salir libremente del local hasta que no se pagase dicha deuda, igualmente se recoge que cuando efectuaban alguna salida eran acompañadas y vigiladas y que en una ocasión, y como consecuencia de haberse fugado dos mujeres del establecimiento, reunió a todas las demás y en tono amenazante les dijo que no podían salir y que si se escapaban las buscaría e incluso las mataría. Estos hechos que se declaran probados evidencian, sin duda, la privación de la libertad de movimientos que sufrían tales mujeres en contra de su voluntad, al impedirles que pudieran salir del local y que se pudieran trasladar libremente de un lugar a otro. La especial y provocada situación en la que se encontraban las mujeres, sin dinero, sin pasaporte, en un país extraño, amenazadas y conscientes de que su situación administrativa era irregular, lo que les impedía solicitar el auxilio de las autoridades, les convertía en rehenes de su explotador, situación que se subsume en el delito de detención ilegal correctamente apreciado por el Tribunal sentenciador [STS 19/11/2001 (Nº 2194/2001)]; ► Es lo que sucede en el caso que nos ocupa en el que prácticamente son encerradas en el Club de alterne sin posibilidad alguna de salir de él, bajo un control férreo y creando en las víctimas una situación de verdadero terror. Y esta situación se alarga varios meses hasta que logran escaparse en contra, naturalmente, de la voluntad de los que las tenían retenidas, entre ellos el ahora recurrente [STS 6/7/2004 (Nº 896/2004)] ► La conducta que se ha declarado probada, en cuanto consiste en la retirada del pasaporte y demás documentos personales y en encerrar a las testigos en una vivienda impidiéndoles salir al estar la puerta cerrada con llave y vigilada por los acusados, al menos hasta el momento en que son obligadas a ejercer la prostitución, excede claramente la privación de libertad consustancial a la imposición del ejercicio de tal actividad, por lo que debe ser valorada independientemente de ella, tal como ha hecho el Tribunal de instancia al considerarla constitutiva de dos delitos de detención ilegal [STS 1/10/2004 (Nº 1092/2004)]; ► Requisitos que concurren en la conducta de los acusados, cuando se llevaron engañadas en su coche a las dos menores desde Castellón a Alicante en contra de su voluntad, e impidiendo a una de ellas bajar del coche cuando se dio cuenta y quiso hacerlo [STS 20/12/2004 (Nº 1536/2004)]; ► Esta doctrina jurisprudencial se refiere a casos de perjudicados que permanecían siempre en un piso sin poder salir del mismo (STS 17/9/2001), imposibilidad de salir libremente del local hasta que se pagase la deuda, con retirada por parte de su explotador del pasaporte y dinero en casos de extranjeros en situación administrativa irregular (STS 19/11/2001), impedimento de abandonar el domicilio, saliendo solo para ejercer la prostitución en la casa de Campo, donde era llevada y controlada por otras personas, que la retiraban el dinero después de cada servicio (STS 19/12/2003) [STS 20/12/2004 (Nº 1536/2004); 31/10/2005 (Nº 1257/2005); 5/12/2005 (Nº 1425/2005)]; ► No es la primera ocasión que esta Sala declara compatible la situación de detención ilegal con una aparente, sólo aparente y limitada capacidad de salir de casa, ir al supermercado o coger el autobús. Estos actos que aisladamente considerados podrían ser sugerentes de una situación de libertad ambulatoria, no lo son cuando se trata de personas -generalmente mujeres- sin documentación, sin conocimiento del idioma del país en el que se encuentran, procedentes de países muy diferentes que arrastran unos miedos y creencias propias de esas culturas más atrasadas, que viven en un entorno de temor, cuando no de terror, que les convierten en verdaderos seres despersonalizados, a merced de quienes se comportan como sus verdaderos "amos", dedicándolas a la prostitución [SSTS 25/11/2005 (Nº 1461/2005); 20/3/2006 (Nº 338/2006); 20/12/2007 (Nº 1059/2007)]; ► Supuestos semejantes al que es objeto del presente recurso en el que las mujeres tenían prohibida la salida del local, sin que dispusiera de llave de acceso al exterior, permaneciendo la puerta cerrada con llave, fuera del horario de apertura al público y estando las habitaciones donde pernoctaban las mujeres residentes enrejadas. Situación de encierro que se manifestó de forma evidente en el modo en que las ... intentaron escapar, accediendo de manera clandestina al despacho del acusado y haciéndose con sus pasaportes y una llave de la puerta que daba acceso al exterior, llave que utilizaron cuando tras llamar al acusado viniera para que les permitiera salir, éste se negó. No puede, pues, consumirse esta situación en el delito de prostitución coactiva por las particulares especialidades fácticas del acontecimiento enjuiciado [STS 5/12/2005 (Nº 1425/2005)]; ► Ambas víctimas convivían en un piso con otras mujeres que igualmente se dedicaban a la prostitución, aunque de forma voluntaria, según se lee en el "factum", y para trasladarse al club y volver de él, eran conducidas por Amparo en taxi, que ésta llamaba por teléfono. Eran vigiladas continuamente por ... o personas de su confianza, incluso cuando estaban en el club. Tampoco les dejaban comunicarse telefónicamente con nadie, ni disponían obviamente de teléfono móvil ni siquiera de dinero, pues inmediatamente que lo recibían, Amparo se lo reclamaba para entregárselo a JM. "En este periodo -dice el "factum"- L no salía de la vivienda sino para ir al Club, no podía desplazarse sin compañía y tampoco tenía llave del piso ni la dejaban sola". Únicamente pudo escapar con la ayuda de F, cuando se disponía a abandonar en taxi el club, con la excusa de volver a por unas llaves de un armario de ropa que había olvidado, regresando en efecto hacia el club, pero en lugar de entrar en él, se subió al vehículo de F, que la esperaba frente al local, formulando seguidamente denuncia a la Guardia Civil, siendo entonces liberada J, que se encontraba en sus mismas condiciones. Esta situación de privación de libertad es mucho más estricta y severa que otros casos enjuiciados por esta Sala Casacional, y a pesar de ello, se ha estimado la concurrencia autónomamente de un delito de detención ilegal. En tal sentido se puede citar la STS 17/9/2001 (Nº 1588/2001), "... acreditada la retirada de los pasaportes, el desconocimiento del idioma, carecer de dinero, no tenían persona conocida en nuestro país y el ambiente de temor provocado por los acusados, que enmarca toda su actuación, impidiéndoles cualquier movimiento libre... se ha de convenir que no era racionalmente posible, dado su estado que escaparan a dicha situación... que las víctimas no eran libres de movimiento..." y ello a pesar de que las mujeres acudían al supermercado para abastecerse, y en el mismo sentido se puede citar la STS 19/11/2001 (Nº 2194/2001) [STS 20/3/2006 (Nº 338/2006)]; ► En el caso, los hechos probados de la sentencia impugnada se dice que la recurrente, junto con el coacusado LB, eran los jefes de la organización y controlaban los movimientos y la recaudación de todas las chicas; que organizaban su captación y posterior viaje a España; que al llegar a España se les retiraba el pasaporte, se las recluía en un piso que no podían abandonar si no iban acompañadas de alguien del grupo; que se les impedía hablar por teléfono con sus familiares si no era en presencia de algún miembro del grupo; y, concretamente, que convivían en un piso sito en el edificio V de la localidad de J con al menos tres chicas, a las que obligaban a prostituirse y les impedían salir del piso si no iban acompañadas de alguien del grupo... Se describe en el relato fáctico una situación en la que las mujeres citadas, todas ellas bajo la dirección de ambos recurrentes, y en el caso de las tres primeras, además bajo su directa actuación, eran recluidas en distintas viviendas donde se las obligaba a permanecer durante todo el tiempo que no dedicaban a ejercer la prostitución en los Clubes donde los acusados las obligaban a acudir, impidiéndoles salir al exterior e incluso comunicarse libremente con sus familiares, retirándoles su documentación, amenazándolas e incluso golpeándolas si no seguían sus indicaciones. Sin duda una parte de esta situación queda incluida en la determinación coactiva al ejercicio de la prostitución, que como hemos dicho implica una cierta restricción de la libertad deambulatoria. Pero otra parte de los hechos, la consistente en impedirles de una u otra forma abandonar libremente las viviendas en las que las obligaban a permanecer, supone una privación temporal de ese

aspecto fundamental de su libertad, pues es evidente que si mediante varias formas de coacción se las encerraba en dichas viviendas de las que no las dejaban salir, se les venía a impedir de una forma suficientemente relevante el ejercicio de su libertad de movimientos. En ese sentido, y respecto de ambos recurrentes, es de apreciar la comisión de siete delitos de detención ilegal, uno por cada una de las mujeres privadas de libertad, tres de ellos por autoría directa y los otros cuatro por autoría mediata, excluyendo como hemos dicho el caso de Gina, respecto de la que no se contiene en los hechos probados un relato fáctico suficientemente concluyente en el sentido expuesto. También se declara probado que la reclusión de las mujeres mencionadas en las viviendas, con sus movimientos controlados por alguien de la organización, se prolongó más de quince días, lo que justifica la aplicación del subtipo agravado del apartado 3 del artículo 163 del Código Penal. Sin embargo, como alegan los recurrentes, es cierto que en la fundamentación jurídica se acepta que las mujeres a las que hemos hechos referencia salían de los referidos domicilios e iban en taxi solas a los clubes. La Audiencia entiende que dadas las amenazas sufridas la situación de detención no se interrumpía. Sin embargo, no puede dejar de reconocerse que la situación que impedía el ejercicio de la libertad deambulatoria sufría una variación relevante en esos momentos, pues las mujeres, aún a costa de superar su miedo, podían acudir a terceros en busca de ayuda, como efectivamente hizo alguna de ellas cuando denunció los hechos a la Policía. Hemos de concluir, pues, que en esos momentos se producía una interrupción de la situación de privación de libertad, que, aunque luego se reanudara, impide aplicar el subtipo agravado. Por lo tanto, el motivo se estimará parcialmente, en el sentido de dejar sin efecto la condena por uno de los delitos de detención ilegal y de no aplicar a los otros siete el subtipo agravado del apartado 3 del artículo 163 del Código Penal, siendo sancionados conforme al tipo básico [STS 16/5/2006 (Nº 594/2006)]; ► Sin embargo no se trata de que las mujeres estuvieran en todos los casos físicamente encerradas, sino de que su libertad deambulatoria, quedaba extremadamente cercenada por los medios de control, mecánicos o intimidatorios, a que estaban sometidas; según consta en las declaraciones que copia la sentencia. Y el quinto reproche radica en que la sentencia ha omitido que las mujeres disponían de teléfonos móviles, casi todas, y, las que no poseían unos, hablaban libremente con los de sus compañeras. Tal circunstancia es declarada por algunas de las afectadas; mas, de un lado, ello no anulaba la eficacia de las trabas a la libertad deambulatoria, y, de otro, en las declaraciones aparece que el control intimidatorio abarcaba las llamadas telefónicas. Nos hallamos ante la detención ilegal del art.163.1 (y 3 si dura más de quince días), pues, aunque no haya existido un encierro absoluto, directa y estrictamente físico, sí se ha privado a personas de los medios para ejercer la facultad de alejarse de un determinado espacio, lo que implica privación de la libertad deambulatoria. Las mujeres, traídas desde Iberoamérica a España, con fraudulenta inmigración, eran ubicadas en los clubes o en viviendas vinculadas a aquéllos, para llevar a cabo la actividad de prostitución, eran desprovistas de los pasaportes y de los billetes de vuelta hasta que pagaran la deuda que los gestores del establecimiento les fijaban; el débito era aumentado por las multas que se les imponían por infracción de reglas internas, como el salir de aquellas sedes salvo para contadas actividades y con autorización y control de los gestores y encargados; la deuda determinaba que las mujeres carecieran de dinero, siendo retenidas por los gestores las retribuciones que percibían de los clientes; se vigilaba con cámaras de vídeo a las mujeres, las cuales eran amenazadas con sufrir males, en ellas (como cortes de piernas) o en sus familiares situados en los países de origen, si intentaban, antes de que quedara saldada la aludida deuda, abandonar el establecimiento [STS 9/10/2006 (Nº 1047/2006)]; ► Aparece el ataque a otro bien jurídico distinto, cual es el de la libertad ambulatoria, y al respecto hay que recordar el escenario descrito en los hechos probados por lo que se refiere al caso de autos. a) Que la castigo había venido a España por mediación de ... desde Nigeria, b) que le golpeaba sino entregaba el dinero, c) que ejercía la prostitución en el polígono ... donde la dejaba y recogía diariamente, d) que vivía en el piso con los recurrentes "...y bajo su vigilancia una vez terminada la jornada....", e) que así vivió un año, el primer año de la estancia. Ciertamente que después la dejaban tomar el tren o el autobús, e incluso reconoce que se escapó pero volvió por miedo al "vudú" que le habían hecho. Es claro que en esta situación hay que concluir con la existencia del delito de detención ilegal, en el primer año de manera absolutamente física, de encierro en los términos del art. 163 del Código Penal, posteriormente pudo existir un cierto relajamiento -podía coger el autobús, incluso se escapó- pero la vivencia de vivir sin libertad de movimientos persistió y prueba de ello es que volvió por miedo al "vudú" que le hicieron, situación equivalente a la detención a que también se refiere el artículo citado. Puede parecer una explicación exótica, pero no se puede dudar de la realidad de ese sentimiento que tuvo la víctima, severamente condicionada por elementos culturales de su país de origen, por unas costumbres que si bien ajenas y más primitivas en relación a nuestro entorno occidental, es precisamente, desde aquellas, desde las que debe ser analizada la privación de libertad que sufrió, máxime cuando, como en el presente caso, estas creencias son utilizadas abusivamente por los autores para procurarse la dominación sobre la víctima. Se trata de nuevas formas de dominación que la nueva realidad multicultural de España ofrece y a las que el sistema judicial debe atender y valorar. La propia jurisprudencia de esta Sala no ha sido extraña a la verificación de una situación de detención autónoma en el marco de una prostitución coactiva, en relación a mujeres extranjeras, de otras culturas sin conocimientos para desenvolverse entre nosotros y sin dinero. En tal sentido se puede citar la STS 1588/2001 de 17 de Septiembre en su FJ sexto, "...acreditada la retirada de los pasaportes, el desconocimiento del idioma, carecer de dinero, no tenían persona conocida en nuestro país y el ambiente de temor provocado por los acusados, que enmarca toda su actuación, impidiéndoles cualquier movimiento libre...se ha de convenir que no era racionalmente posible, dado su estado que escaparan a dicha situación.... que las víctimas no eran libres de movimiento...." y ello a pesar de que las mujeres acudían al supermercado para abastecerse, y en el mismo sentido se puede citar la STS 2194/2001 de 19 de Noviembre [SSTS 20/12/2007 (Nº 1059/2007)]; ► Los hechos probados narran que ambas denunciadas, y una vez en la localidad de Vera (Almería), fueron obligadas a residir en una vivienda, en la que habitaban los también procesados, y las conminaron para que trabajaran para todos ellos, ejerciendo la prostitución, con cuyo rendimiento económico se quedarían para beneficio de los mismos. Tal situación no fue inicialmente aceptada, pero mediante amenazas, físicas y verbales, consiguieron su propósito, en los términos que se relatan en el factum. De modo que R era conducida diariamente al Club, como asimismo MT (si bien ésta, no llegó a mantener relaciones sexuales con los clientes). El resultado económico de la actividad sexual ejercida, le era sustraído a la primera, apropiándose todos de tal dinerario, obteniendo Luis María de los otros procesados una parte de los ingresos obtenidos por R en el ejercicio de la prostitución. Durante el desempeño de tal actividad, algunos procesados vigilaban "exhaustivamente" a Rocío, y ya fuera de su horario en tal cometido, era "conducida de igual forma por los procesados referidos a la vivienda de Vera tras su conclusión, [y] era obligada por éstos a permanecer en la vivienda sometida a estricta vigilancia, que impedía cualquier tipo de libertad de movimientos", y ello en permanente clima de amenazas. Estas denunciadas, no disponían de pasaporte (que les había sido retenido, y se encontraba fuera de su alcance), tampoco disponían de dinero, desconocían el idioma español, carecían de conocimientos sobre el paraje en donde se encontraban, no mantenían relaciones

personales, fuera del Club. MT fue objeto de igual trato amenazante, si bien no ejerció la prostitución, y "fue obligada por los reiterados procesados rumanos a permanecer en la citada vivienda, ocuparse en el club "La Morena" en idénticas condiciones intimidatorias y privativas de libertad impuestas a R", estando, al igual que R, "privada de conducirse libremente ante la estricta vigilancia, impeditiva al efecto, a que estaba sometida". Esta situación de privación de libertad es mucho más estricta y severa que otros casos enjuiciados por esta Sala Casacional, y a pesar de ello, en esos otros precedentes, se ha estimado la concurrencia autónoma de un delito de detención ilegal en concurso con otro de determinación coactiva a la prostitución [STS 20/12/2007 (Nº 1059/2007)].

D) Concurso medial de delitos y concurso real de delitos: valoración circunstancial, caso a caso. El concurso medial parece encontrar su fundamento en la existencia de una unidad de pensamiento y de voluntad que el Legislador asimila al caso de unidad de acción, si bien evidentemente no basta tal relación de medio a fin en el propósito del sujeto activo, pues la Ley escoge que sea necesaria, esto es, que no obedezca a una mera conveniencia o mayor facilidad para cometer el delito, sino que haya una conexión instrumental de carácter objetivo, situada más allá del mero pensamiento o deseo del autor de los hechos para entrar en el ámbito de lo imprescindible según la forma en que realmente ocurrieron. Es decir, como precisa la STS 1180/93, la dificultad está en determinar en cada caso si concurre o no la mencionada necesidad; concluyendo que para la existencia de un concurso medial no basta el propósito de una relación de medio a fin existente simplemente en el ánimo del sujeto, sino que entre los diversos medios constitutivos de diferentes delitos ha de haber una conexión de necesidad de carácter objetivo a deducir en cada supuesto de los distintos elementos convenientes en el caso, de modo tal que pueda decirse que uno de ellos fue imprescindible para la comisión del otro.

► Por su parte la STS 19/9/1996 señala al respecto que "el concurso medial que se contempla parte de que las diversas acciones no solo aparezcan concatenadas por un propósito delictivo penal, sino que resulta inexcusable que se hallen ligadas por elementos lógicos, temporales y especiales o, cual expresa el Texto legal, que uno de los delitos sea medio necesario para cometer el otro, conexidad de medio a fin que dota la unidad de la plural iniciativa delictuosa -SSTS 25/5/1990, 15/4/1992 y 7/7/1992-. El "medio necesario" a que alude el precepto no ha de entenderse bajo un prisma de subjetividad, en un plano puramente psíquico, sino en un sentido objetivo, o sea, real y concreto con referencia a la particular situación fáctica necesaria se ofrecerá una de las acciones cuando aparezca, en apreciación racional de los hechos, como vehículo o instrumento caracterizado e idóneo para la comisión con existo de la segunda infracción. Para que proceda la estimación del concurso ideal - expone la STS 9/2/1990 no basta la preordenación psíquica, o sea que la necesidad no ha de ser contemplada en el aspecto subjetivo o atendiendo al proceso psicológico o intencional del agente para llegar a conseguir el fin o resultado que se habría propuesto, sino en el aspecto objetivo o real, de manera que al aplicar el juicio hipotético resulte que el segundo delito no se hubiera producido de no haber realizado previamente el o los que le hubiesen precedido, pues el precepto atiende a la unidad del hecho en el aspecto ontológico del ser y su causalidad efectiva y no en el orden teleológico individual [STS 20/12/2004 (Nº 1536/2004)]. **Hay concurso medial.** ► Contemplado el supuesto desde los datos del hecho probado, el traslado forzoso a la localidad de Alicante de las dos menores para que ejercieran la prostitución solo pudo realizarse a través de la detención ilegal que proclama el factum. cierto es que conceptualmente puede darse delito relativo a la prostitución, sin detención ilegal, pero en este supuesto y requiriéndose inexcusablemente la *remotio locis* para producir el traslado al lugar donde va a ejecutarse la segunda infracción, la preordenación de medio a fin excusa mayor comentario. Por ello, no es preciso situarse en una perspectiva puramente subjetiva, o desde la teleología del agente, sino desde la mera relación entre ambas infracciones en la pura conexión de su realización, y hay que dar razón a la Sala "a quo" en el sentido que de no haber detenido ilegalmente los acusados alas menores, reteniéndolas contra su voluntad en el vehículo y trasladándolas de igual modo a Alicante, donde se encontraban los clubes de alterne, no hubieran conseguido el fin de que las menores se prostituyeran en dichos locales, ni dicho delito se hubiera cometido (STS 326/98 de 2.3) [STS 20/12/2004 (Nº 1536/2004)].

E) Cabe la autoría mediata del delito de detención ilegal. De otro lado, nada se opone a apreciar en esta clase de delitos la ejecución por autoría mediata, conforme al artículo 28, párrafo primero, del Código Penal, cuando el autor, aun cuando no ejecute los hechos personalmente, da las precisas instrucciones a quienes forman parte de la organización y ocupan un lugar inferior a él en jerarquía dentro de la misma, de modo que se ven compelidos a cumplirlas debido a la misma existencia de la organización [STS 16/5/2006 (Nº 594/2006)].

7. Prostitución coactiva y artículo 318 bis CP.

7.1. Sujetos pasivos del tráfico de personas para la explotación sexual (artículo 318 bis Nº 2 CP): atipicidad en relación con los ciudadanos de la Unión Europea.

El subtipo agravado del Nº 2 del artículo 318 bis CP no puede ser cometido respecto de ciudadanos de la Unión Europea. Pleno no jurisdiccional de la Sala II del día 29 de mayo de 2007. La acción enjuiciada carece de tipicidad penal en virtud del Tratado de Adhesión de Rumania y Bulgaria a la Unión Europea, ratificados por España en el Instrumento de 29 de Diciembre de 2006, que entró en

vigor el 1 de Enero de 2007, no teniendo relevancia penal el Acuerdo del Consejo de Ministros de demorar dos años el principio de libre circulación de personas de las nacionalidades de dichos países, al amparo del Anexo II del Tratado de Adhesión al disponer que no obstante esa vigencia "....hasta el final del periodo de dos años a partir de la fecha de adhesión, los Estados miembros actuales aplicaran las medidas que resulten de los acuerdos bilaterales para regular el acceso de nacionales rumanos a sus mercados de trabajo....". En este contexto, el Acuerdo del Consejo de Ministros citado no tiene la potencia de enervar y neutralizar el principio de libre circulación de personas, que es claramente prioritario. Siendo sólo una medida delimitativa, no derogatoria del derecho de libre circulación, y de duración temporal, debe declararse la desaparición de la tipicidad penal, no obstante esa moratoria cuya infracción sólo tiene o puede tener incidencia en el ámbito administrativo vía art. 54 LO 4/2004 y para el caso del mercado de trabajo [STS 3/10/2007 (Nº 803/2007)].

► El Tratado de Adhesión de Rumania y Bulgaria a la Unión Europea, ratificado por España por Instrumento de 29 de diciembre de 2006, entró en vigor el pasado 1 de enero de 2007. En el mismo se declara la vinculación del "acervo comunitario", lo que incluye el denominado "acervo de Schengen" desde el momento de la adhesión. En el particular que interesa a la presente resolución se destaca en el Anexo II del Tratado, con relación a Convenios, Tratados, Directivas que integran el derecho a la libre circulación y los derechos fundamentales de los ciudadanos de la Unión, y el Anexo VII del Tratado de adhesión, al disponer que no obstante esa vigencia "hasta el final del periodo de dos años a partir de la fecha de adhesión, los Estados miembros actuales aplicaran medidas nacionales o medidas que resulten de acuerdos bilaterales para regular el acceso de los nacionales rumanos a sus mercados de trabajo", medidas que serán revisadas por el Consejo, sobre la base de un informe de la Comisión. Esta cláusula de salvaguarda a la libre circulación de trabajadores podrán ser activadas en el plazo de dos años, aplicable a otros tres y, sucesivamente, otros dos, cada vez con mayores limitaciones. Estas determinaciones de los Tratados de Adhesión se complementan con una "Declaración conjunta de los Estados miembros actuales" por la que se comprometen a "procurar brindar a los nacionales rumanos un mayor acceso al mercado laboral con arreglo a su derecho nacional, a fin de acelerar la aproximación al acervo. Por consiguiente, las oportunidades de empleo de los nacionales rumanos en la Unión Europea deberían mejorar sustancialmente cuando se produzca la adhesión de Rumania. Además, los Estados miembros de la UE harán el mejor uso del régimen propuesto para avanzar con la mayor rapidez posible hacia la plena aplicación del acervo en el ámbito de la libre circulación de los trabajadores". El Gobierno español, en la reunión del Consejo de Ministros de 22 de diciembre de 2006, a propuesta de los Ministros de Asuntos Exteriores y de Cooperación, de Trabajo y Asuntos Sociales y de Interior, acordó la adopción de medidas limitativas a la libre circulación de trabajadores rumanos, que se concretan en la actuación de la cláusula de salvaguarda a la que el Tratado se refiere en su Anexo VII, durante un plazo dos años que "se aplicará de forma flexible, para que, si la evolución del mercado de trabajo español lo permite, pueda reducirse la duración máxima". Al tiempo, se compromete a "avanzar con la mayor rapidez posible hacia la plena aplicación de la práctica comunitaria sobre libre circulación de trabajadores", pretendiendo un periodo de transición mas corto, que sitúa en un año, a cuyo efecto realizará una evaluación de la situación al final del primer año de vigencia de la cláusula de salvaguarda actuada. De cuanto llevamos señalado interesa destacar: el derecho a la libre circulación de los ciudadanos es una de las libertades fundamentales que ampara la legislación comunitaria, e incluye el derecho a vivir y trabajar en cualquiera de los Estados miembros de la Unión. La libertad de desplazamiento en el territorio de la Unión tiene una doble dimensión, de los ciudadanos y de los trabajadores por lo que se integra como un derecho fundamental de la ciudadanía y un elemento esencial en la configuración del mercado interior de la Unión. Como derecho de los ciudadanos la libre circulación rige desde la adhesión. Sin embargo, sólo en lo referente al acceso de los trabajadores por cuenta ajena al mercado de trabajo puede acordarse la cláusula de salvaguarda en los términos antes señalados, cláusula que ha actuado el Gobierno español por un plazo máximo de dos años, si bien con posibilidad de ser revisado en el primer año de vigencia y que sólo afectara a trabajadores por cuenta ajena, quienes requerirán un permiso de trabajo durante ese plazo. Con estos antecedentes abordamos la tipicidad del delito 318 bis y su aplicación a ciudadanos originarios de los países integrados en la Unión Europea en enero de 2007. En nuestra jurisprudencia hemos reiterado que el bien jurídico protegido, en el artículo 318 bis, por todas STS 1087/2006, de 10 de noviembre, STS Nº 1465/2005, de 22 de noviembre, "no lo constituye sin más los flujos migratorios, atrayendo al Derecho interno las previsiones normativas europeas sobre tales extremos, sino que ha de irse más allá en tal interpretación -que supondría elevar a la categoría de ilícito penal la simple infracción de normas administrativas-, sino especialmente dirigido al cuidado y respeto de los derechos de los extranjeros y de su dignidad en tanto seres humanos, evitando a través de tal delito de peligro abstracto que sean tratados como objetos, clandestina y lucrativamente, con clara lesión de su integridad moral. En definitiva, el bien jurídico reconocido debe ser interpretado más allá de todo ello, para ofrecer protección al emigrante en situación de búsqueda de una integración social con total ejercicio de las libertades públicas, por lo que resulta indiferente la finalidad de ocupación laboral-cuya expresa protección se logra al amparo del artículo 313.1 del CP - y explica así el grave incremento punitivo del artículo 318 bis frente al 313.1 del CP". En sentido similar, las SSTs Nº 569/2006, de 19 de mayo, la STS 569/2006, de 19 de mayo y la STS 153/2007, de 28 de febrero, "Confluyen en este tipo dos clases de interés complementarios: por un lado el interés del Estado de controlar los flujos migratorios evitando que éstos sean aprovechados por grupos de criminalidad organizada y por otro evitar situaciones de explotación que atentan a los derechos y seguridad de las personas". La jurisprudencia de la Sala afirma, por lo tanto, la tipicidad del art. 318 bis sobre el hecho del incumplimiento de la normativa de extranjería y sobre el hecho de la necesidad de que se produzca una agresión de los derechos de los ciudadanos, que han de ser perturbados. Esta doble exigencia típica no concurre con relación a los ciudadanos, ya de la Unión, de los países recién integrados. El Tratado de adhesión de Rumania y Bulgaria consagra la libre circulación de personas sin que la cláusula de salvaguarda les afecte, pues este sólo se refiere a trabajadores por cuenta ajena, no a ciudadanos. Por lo tanto, la entrada es libre y no está sometida a condición o requisito administrativo para los ciudadanos. En lo relativo a la exigencia de una agresión a los derechos de los ciudadanos se exige una afectación negativa relevante, actual o probable, de los derechos del ciudadano extranjero. Así se decía en la STS Nº 1465/2005, "La conducta del artículo 318 bis no sólo concurre por la presencia de una inmigración con incumplimiento de la normativa vigente en materia administrativa sobre entrada, permanencia

y salida de extranjeros del territorio nacional, sino que existe cuando a ello se añade una situación de especial vulnerabilidad en el sujeto pasivo - como acontece con frecuencia en los coloquialmente llamados «inmigrantes sin papeles», circunstancia que los sitúa en condiciones óptimas para los fines perseguidos por el sujeto activo,...". Con relación a los ciudadanos de Bulgaria y de Rumania, que ya son ciudadanos de la Unión Europea, por lo tanto dotados de los derechos derivados de la ciudadanía, con los mecanismos de protección que se proclaman en los Tratados de la Unión, no es posible elevar a la categoría de delito, y además severamente castigado, conductas de inobservancia de una específica cláusula de salvaguarda ejercitada por España de carácter temporal y sometida a una Declaración de urgencia en la aproximación al acervo comunitario y al Tratado de Schengen, pues las condiciones que afectan a los derechos de los ciudadanos de la Unión Europea aparecen protegidas y salvaguardadas por la normativa de la Unión no afectada por la cláusula de salvaguarda que, se recuerda, sólo afecta a las condiciones de contratación laboral durante un periodo determinado. En estos supuestos, los intereses del Estado, respecto a la salvaguarda de los flujos migratorios, aparecen suficientemente protegidos por la legislación de extranjería y su protección aparece dispuesta por esa legislación como una infracción administrativa (artículo 54 de la LO 4/2000), de manera que, como dijimos en la STS 1087/2006, de 10 de noviembre "el interés del Estado en el control de los flujos migratorios, ya protegido mediante la acción administrativa, solo encuentra protección penal si los derechos de los ciudadanos extranjeros se ven seriamente y negativamente afectados por la conducta, sea de modo actual y efectivo o al menos ante un riesgo de concreción altamente probable", circunstancias que en el supuesto de ciudadanos pertenecientes a la Unión Europea no es posible predicar dado el ámbito de protección equiparable al de los nacionales. La posible afectación a la libertad del ciudadano extranjero, como en el caso de la determinación coactiva a la prostitución, haría de aplicación el art. 188 del CP, sin que, en este caso exista diferenciación según el sujeto pasivo sea nacional rumano, ciudadano de la Unión o extracomunitario. Pero en lo que afecta al delito de inmigración clandestina, en los términos en que ha sido abordado por la jurisprudencia de la Sala, la situación del nacional, rumano o búlgaro, no es distinta de cualquier ciudadano de la Unión, por la protección a la persona en el ámbito territorial de la Unión que resulta del Anexo II del Tratado de la Unión y no hay riesgo potencial de los derechos personales y a la libertad derivado del ciudadano de la Unión, supuesto que sí puede concurrir con relación a ciudadanos no comunitarios. En conclusión, en el supuesto de ciudadanos búlgaros o rumanos, tras la adhesión de estos países a la Unión Europea, no es procedente la subsunción en el delito de inmigración clandestina del art. 318 bis, por el que han sido condenados los recurrentes. En primer lugar por razones de tipicidad, dada la proclamación de la libre circulación de personas. También por razones de seguridad jurídica, pues la tipicidad no puede depender de un Acuerdo de Consejo de Ministros, actuando o dejando sin efecto una cláusula de salvaguarda en los términos que resultan del Anexo VII del Tratado de adhesión y de la Declaración conjunta. Además, por falta de lesividad al bien jurídico protegido por el tipo penal. En los términos que hemos expuesto, el bien jurídico no es sólo la política sobre flujos migratorios, sino que es precisa una afectación, real o potencial, de los derechos del ciudadano, lo que no es posible afirmar, en términos generales, cuando el mecanismo de protección y los derechos que les corresponden son los propios de los ciudadanos de la Unión Europea [SSTS 29/5/2007 (Nº 484/2007); 3/12/2007 (Nº 1008/2007)]. En parecidos términos: [STS 26/6/2007 (Nº 605/2007); 2/7/2007 (Nº 635/2007); 15/10/2007 (Nº 823/2007); 16/1/2008 (Nº 15/2008); 5/2/2008 (Nº 76/2008); 26/2/2008 (Nº 127/2008); 3/7/2008 (Nº 445/2008)].

7.2. Concurso entre el delito del artículo 318 bis y el delito del artículo 188.1 CP.

A) No existe relación de consunción. La efectiva explotación sexual cometida no absorbe por progresión delictiva el tipo penal del artículo 318 bis 2, dando lugar a un concurso entre el delito abstracto cuestionado y el castigo penal de cada concreto acto de explotación sexual, por el que ha sido condenado al amparo del artículo 188.1 del CP [SSTS 22/11/2005 (Nº 1465/2005); 2/11/2006 (Nº 1080/2006); 10/5/2007 (Nº 380/2007); 29/5/2007 (Nº 484/2007); 8/4/2008 (Nº 152/2008)].

a) Protegen diferentes bienes jurídicos. No es posible considerar que los delitos relativos a la prostitución y contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, están en relación de consunción, pues el bien jurídico es claramente diferente, ya que en los segundos están constituidos por el interés estatal en los flujos migratorios y la tutela de la política en esta materia; mientras que en el delito de explotación sexual, el bien jurídico protegido es la libertad sexual de las víctimas y la dignidad de las personas en tal ejercicio coactivo [STS 5/6/2006 (Nº 651/2006)].

► De acuerdo con los antecedentes normativos habremos de distinguir como bienes jurídicos protegidos en el tráfico ilícito de emigrantes: a) los derechos que el ciudadano extranjero podría llegar a disfrutar en caso de que su entrada o tránsito por Europa se hubiere realizado en condiciones de legalidad. b) los derechos individuales que se ponen en peligro por los riesgos inherentes al proceso de entrada, tránsito o establecimiento ilegal: vida, libertad, seguridad, etc. c) el interés estatal en reforzar la efectividad de las prohibiciones de entrada a efectos del control de los flujos migratorios por su influencia en el mercado de trabajo y en su estructuración social. Por su parte, en la "trata de personas" lo que se protege no son ya intereses estatales, sino un conjunto de derechos que el ordenamiento jurídico reconoce a los extranjeros como colectivo específico de ciudadanos, amparándoles frente a los abusos de terceros propiciados por la situación de ilegalidad, lo que supone la instrumentalización del sujeto en aras del beneficio económico que puede proporcionar, resultando en última instancia fundamentalmente atacada la dignidad humana. Frente a tales bienes jurídicos protegidos es patente que el art. 188-1º CP trata de salvaguardar otros diferentes, pues lo que se castiga en él es el constreñimiento o coacción para el ejercicio de la prostitución con propósitos lucrativos, doblegando la voluntad de la víctima. Es un delito contra la libertad sexual, como se desprende de la rúbrica en que se halla ubicado (T. VIII: Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales) [STS 10/5/2007 (Nº 380/2007)].

El bien jurídico protegido en este último precepto es de titularidad individual, a diferencia del contemplado en el art. 318 bis, que se cobija bajo un sujeto pasivo plural [STS 5/6/2006 (Nº 651/2006)].

► Así, en el primero de los citados el sujeto pasivo del delito pueden ser varias personas, esto es, se configura un sujeto pasivo plural, aunque también se comete tal delito cuando la conducta ilícita se refiere a una sola persona. El delito del art. 188-1º CP, a su vez, se comete contra un sujeto pasivo individual, de tal suerte que por cada una de las personas a las que se obliga a ejercer la prostitución debe computarse la comisión de un delito, como ha tenido ocasión de declarar esta Sala (véase, por todas, S. 1045 de 18-07-2003) [STS 10/5/2007 (Nº 380/2007)].

b) El artículo 318 bis Nº 2 no exige que se haya producido una efectiva explotación sexual: uno es delito de peligro y el otro de resultado. Es evidente que la agravación del art. 318 bis Nº 2 no abarca todo el desvalor de la conducta, pues no exige que se produzca una situación concreta y efectiva de prostitución dominada por el sujeto activo del delito, como así ocurre en el art. 188.1 del Código penal; basta la finalidad de una potencial explotación sexual para que estemos ante del subtipo agravado del art. 318 bis Nº 2 (de modo que la migración ilegal considerada como tráfico ilícito o con tintes de clandestinidad, cuando su finalidad es la de ocasionar potencialmente una situación de explotación sexual por parte de otro, integra el delito referido) [STS 5/6/2006 (Nº 651/2006)]. Ante la disparidad de bienes jurídicos protegidos, vista la diferente estructura de los tipos penales, es obvio que la conducta enjuiciada no es susceptible de ser comprendida por un precepto u otro exclusivamente (art. 318-bis-1º o 188-1º CP) ante la imposibilidad de abarcar la total significación antijurídica del hecho cada uno de ellos. Partiendo de la individualidad o desconexión de tales acciones hemos de concluir que la inmigración (acción) con el fin de explotación sexual (ánimo) ya supone la consumación del delito del art. 318 -bis (delito antecedente), mientras que el mantenimiento coactivo de la prostitución implica la aparición de otro delito posterior distinto (188.1º CP) [STS 10/5/2007 (Nº 380/2007)].

En suma, la colaboración pactada con terceros no identificados para la recepción en España de las víctimas, es acción previa y diferenciable del sometimiento de las mismas a esa situación de prostitución forzada. Y porque este último, es un delito de resultado y aquél de peligro [SSTS 5/6/2006 (Nº 651/2006); 10/5/2007 (Nº 380/2007)].

► Efectivamente, la conducta típica del artículo 318 bis se consuma con la ejecución de las actividades de promoción, favorecimiento o facilitación de la inmigración clandestina o del tráfico ilegal, con la agravante del apartado segundo cuando la finalidad de esas actividades fuera la explotación sexual. Es cierto que normalmente tal finalidad vendrá demostrada por la ejecución posterior de actos concretos de explotación, pero para la consumación es bastante la ejecución de aquellas conductas con la referida finalidad, sin necesidad de ningún acto posterior, de forma que no es preciso que tal explotación sexual llegue a tener lugar, y ni siquiera que las víctimas hayan sido compelidas (o determinadas) de alguna forma a prestarse a ella. Sin embargo, la conducta típica contenida en el artículo 188.1º requiere algo más, consistente en la ejecución de actos que determinen a una persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, actos ejecutados empleando violencia, intimidación o engaño o abusando de situaciones de superioridad, necesidad o especial vulnerabilidad de la víctima. Se trata, pues, de una conducta necesariamente posterior e independiente de la relativa a la promoción de la inmigración clandestina o del tráfico ilegal de personas aun cuando se realice con la finalidad de explotación sexual [SSTS 2/11/2006 (Nº 1080/2006); 10/5/2007 (Nº 380/2007); 29/5/2007 (Nº 484/2007)].

c) La explotación sexual no significa necesariamente prostitución. Como podría ser la participación en espectáculos de contenido erótico, o la elaboración de material pornográfico, que son finalidades que darían vida a la expresada agravación específica, siendo así que, sin embargo, no podrían subsumirse bajo la tipicidad del art. 188.1 del Código penal [STS 5/6/2006 (Nº 651/2006)].

B) Concurso real de delitos: Plenos no jurisdiccionales de la Sala Segunda de 24 de abril de 2007 y de 26/2/2008. Pero si, además [de la inmigración clandestina con fines de explotación sexual], se llega a una situación de prostitución explotada por el sujeto activo del delito, bajo los parámetros que determina el art. 188.1 (empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima), será necesario duplicar el reproche penal por esta última vía, bajo la óptica jurídica de un concurso real [STS 5/6/2006 (Nº 651/2006)].

No hay, en consecuencia, un concurso medial entre ambos, pues la clave se encuentra en la necesidad de la acción, que es el presupuesto del concurso medial (el delito medio ha de ser

necesario para el fin propuesto, como es el delito fin), y esa necesidad no puede medirse en términos concretos sino abstractos (objetivos y no meramente subjetivos). De modo que el art. 318 bis Nº 2, como antes hemos justificado, no implica necesariamente el sometimiento a una situación de real coacción a la determinación de la prostitución de la víctima. Siendo ello así, no es posible la construcción de tal arquitectura concursal, y pueden converger ambos tipos penales de forma real [STS 5/6/2006 (Nº 651/2006); 8/4/2008 (Nº 152/2008)].

► Consecuentes con lo expuesto cada uno de los delitos deberá castigarse separadamente y el primero de ellos (contra los derechos de los ciudadanos extranjeros) con sus específicas cualificaciones del Nº 2 (subtipo agravado) y del Nº 3º, que limita el recorrido de la pena a la mitad superior. Sobre este punto ya han recaído sentencias de esta Sala de las que son exponente las SSTs 22/11/2005 (Nº 1465/2005) y 2/11/2006 (Nº 1080/2006), amén de haber sido confirmada la compatibilidad entre el art. 318 bis 1º, 2º y 3º y el art. 188-1º del Código Penal en un reciente Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 24 de abril de 2007... Todavía se podría suscitar algún problema en la línea de ensamblar ambos delitos, cuando es el mismo autor quien incurre en ellos, dentro del concurso real a que nos referimos, en orden a la determinación de si nos hallamos ante un concurso real puro o ante un concurso medial o instrumental, modalidad del real que se somete a las sanciones propias del concurso ideal (art. 77 CP). Para apreciar la existencia de concurso medial no basta el propósito de una relación de medio a fin existente simplemente en el ánimo del sujeto, sino que entre los diversos hechos constitutivos de diferentes delitos ha de haber una conexión de necesidad de carácter objetivo, a deducir en cada supuesto de los distintos elementos concurrentes en el caso, de modo tal que pueda decirse que uno de ellos fue imprescindible para la comisión del otro. Aunque pudiera existir una relación de medio a fin en el propósito del sujeto, no existirá concurso medial si falta el nexo objetivo de necesidad entre los delitos apreciados. Desde este punto de vista, no cabe estimar una relación objetiva entre ambos delitos, aunque pueda existir en el ánimo del sujeto activo una preordenación psíquica de un delito respecto de otro. Y es que no se puede sostener que para mantener a una persona en el ejercicio de la prostitución contra su voluntad, sea preciso objetivamente un previo favorecimiento de su entrada ilegal en el territorio nacional, al que puede haber accedido por sus propios medios (con el carácter de turista, por razón de estudios, etc.). En cualquier caso la cuestión no se plantea de forma específica, lo que hace que se mantenga entre ambos delitos una relación de concurso real puro [SSTS 10/5/2007 (Nº 380/2007); 8/4/2008 (Nº 152/2008)]. La jurisprudencia más reciente de esta Sala reafirma esta doctrina y acoge la reciente reunión del **Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 24 de abril de 2007**, [STS 380/2007 de 10 de mayo de 2007]: "a) la conducta típica del art. 318 bis del CP se consuma con la ejecución de actividades de promoción, favorecimiento o facilitación de la inmigración clandestina o del tráfico ilegal, con la agravante del apartado segundo cuando la finalidad de esas actividades fuera la explotación sexual. Para la consumación es bastante la ejecución de aquellas conductas con la referida finalidad, sin necesidad de un acto posterior, esto es, no es preciso que la explotación sexual llegue a tener lugar y ni siquiera que las víctimas hayan sido compelidas de alguna forma a prestarse a ello; b) por su parte la conducta típica contenida en el art. 188.1 CP, requiere la ejecución de actos que determinen a una persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella. Se trata, pues, de una conducta necesariamente posterior e independiente de la relativa a la promoción de la inmigración clandestina o del tráfico ilegal de personas, aún cuando ésta se realice con la finalidad de explotación sexual. Ante la disparidad de bienes jurídicos protegidos, vista la diferente estructura de los tipos penales, es obvio que la conducta enjuiciada no es susceptible de ser comprendida por un precepto u otro exclusivamente (art. 318-bis-1º o 188-1º CP) ante la imposibilidad de abarcar la total significación antijurídica del hecho cada uno de ellos. Partiendo de la individualidad o desconexión de tales acciones hemos de concluir que la inmigración (acción) con el fin de explotación sexual (ánimo) ya supone la consumación del delito del art. 318 -bis (delito antecedente), mientras que el mantenimiento coactivo de la prostitución implica la aparición de otro delito posterior distinto (188-1º CP). Consecuentes con lo expuesto cada uno de los delitos deberá castigarse separadamente y el primero de ellos (contra los derechos de los ciudadanos extranjeros) con sus específicas cualificaciones del Nº 2 (subtipo agravado) y del Nº 3º, que limita el recorrido de la pena a la mitad superior. Sobre este punto ya han recaído sentencias de esta Sala de las que son exponente las nº 1465 de 22 de noviembre de 2005 y la nº 1080 de 2 de noviembre de 2006 , amén de haber sido confirmada la compatibilidad entre el art. 318 bis 1º, 2º y 3º y el art. 188-1º del Código Penal en un reciente Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 24 de abril de 2007 ". La concurrencia de ambos delitos se regirá, por lo tanto, por las normas del concurso de delitos del art. 73 del Código penal [SSTS 29/5/2007 (Nº 484/2007); 8/4/2008 (Nº 152/2008)].

El Pleno de esta Sala en su reunión de 26/2/2008 -como complemento a su decisio omnibus de 22/4/2007- vino a acordar que, en un caso como el que nos ocupa, en el que se atribuye a los mismos sujetos agentes las dos figuras delictivas, habrá un concurso real, si bien, habiéndose de evitar efectuar una doble consideración de "la intención de explotación sexual". Y ello porque en el art. 318 bis 2 CP está presente tal intención a realizar en un futuro, y en el art. 188.1 viene a materializarse de forma efectiva la misma intención. Por ello la solución ha de consistir, no en aplicar el art. 188.1 CP junto con el art. 318 bis 2 del mismo texto penal, sino en aplicar el art. 188.1 CP junto con la figura básica, no agravada, del art. 318 bis 1, en la que se prescinde de tomar en consideración cualquier intención referente a una explotación sexual futura [STS 8/4/2008 (Nº 152/2008)].

► Así, el texto aprobado por el Pleno literalmente fue el siguiente: "La relación entre los arts. 188.1 y 318 bis del CP, en los supuestos de tráfico ilegal o inmigración clandestina a la que sigue, ya en nuestro territorio, la determinación coactiva al ejercicio de la prostitución, es la propia del concurso real de delitos. Tales conductas serán calificadas con arreglo a los arts. 188.1 y 318 bis 1º, descartando la aplicación del art. 318 bis 2º, al tratarse de un supuesto de realización progresiva del tipo". Consecuentemente, tal como postula el Ministerio Fiscal, existirá un concurso real entre las dos figuras delictivas de referencia, que se resolverá conforme a la regla del art. 73 CP, si bien aplicando, por un lado, las penas previstas para los cuatro delitos

art. 188.1 CP, y por otro la contemplada en el nº 1 del art. 318 bis CP, de la forma que se precisará en segunda sentencia [STS 8/4/2008 (Nº 152/2008)].

C) Imposibilidad de apreciar la agravante de ánimo de lucro en relación con el subtipo agravado del artículo 318 bis Nº 2 CP pues es inherente a la explotación sexual. El recurrente no ha planteado en realidad esta confrontación, sino que se refiere concretamente a la agravación prevista en el apartado 3 del artículo 318 bis, que entiende coincidente con las previsiones del artículo 188.1º. En principio no se aprecia la vulneración denunciada, pues las agravaciones previstas están referidas en cada artículo a la conducta típica que en cada caso se describe. En el artículo 318 bis a las acciones de promoción, favorecimiento o facilitación del tráfico ilegal o de la inmigración clandestina, y en el artículo 188.1º a los actos de determinación a la prostitución. Sin embargo, la cuestión es diferente en lo que se refiere al ánimo de lucro. La prostitución ha sido definida como la prestación de servicios de índole sexual con tendencia a la reiteración o a la habitualidad y mediante un precio generalmente consistente en una cantidad de dinero. Sin duda, el Código se refiere a la prostitución cuando considera como agravante la finalidad de explotación sexual. En cualquier caso, una finalidad de explotación es inherente al ánimo de lucro del explotador. Por lo tanto, la existencia del ánimo de lucro es inherente a la finalidad de explotación sexual, generalmente a través de actividades de prostitución, de manera que quien explota o pretende explotar la prostitución de otros no lo hace de forma desvinculada de las ganancias económicas que el ejercicio de ese comercio supone. Es por ello que, cuando la promoción, favorecimiento o facilitación de la inmigración clandestina o del tráfico ilegal sean realizadas con la finalidad de explotar sexualmente a las víctimas, la agravación por la existencia de ánimo de lucro en la primera conducta no debe ser aplicada [SSTS 2/11/2006 (Nº 1080/2006); 29/5/2007 (Nº 484/2007)].

8. Prostitución coactiva y artículo 312 CP. La STS 14/4/2009 (Nº 425/2009).

8.1. Protegen diferentes bienes jurídicos. No cabe una relación de consunción entre el artículo 188.1 CP y artículo 312 CP.

► El recurrente no cuestiona que las condiciones impuestas a la víctima han sido leoninas, lo que, por otro lado, resulta claramente del "factum", traduciéndose en una remuneración final de entre veinte y cuarenta euros semanales, sino que la conducta delictiva que se sanciona en el art. 188 del Código penal, como determinación coactiva al ejercicio de la prostitución, ya comprendería la imposición de tales condiciones de explotación. Con respecto a la relación entre ambos delitos, el recurrente quiere hacer valer un concurso de normas, bien bajo la vía del principio "non bis in ídem", bien bajo el principio de especialidad, que se disciplina en el art. 8.1ª, o de consunción, del art. 8.3ª del Código penal. Tampoco en este aspecto puede prosperar su reproche casacional. El tipo delictivo por el que ha sido condenado, el art. 188 del Código penal, se integra dentro de los delitos contra la libertad sexual, y concretamente en el capítulo V (de los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores); y aunque el tipo penal comprendido en el art. 188.2, ha pasado al art. 318 bis, como consecuencia de la LO 11/2003, el bien jurídico protegido sigue siendo diferente, al incorporarse como delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, expresamente conectado con el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas extranjeras en situación irregular... Se cumplen, pues, sobradamente los tipos penales que han sido aplicados, y no existe consunción alguna, ya que, además de incidir en la libertad sexual de la víctima, se ha producido una relación laboral de explotación, como claramente queda de manifiesto en el relato histórico de la sentencia recurrida. La cuestión podría tener trascendencia con el número 2 del art. 188 del Código penal, en cuanto se refiere el tipo a explotación sexual, pero en el apartado primero la mención legal es exclusivamente el ejercicio coactivo de la prostitución. Ahora bien, el bien jurídico protegido en el art. 312.2 del Código penal, está constituido por un conjunto de intereses concretos referidos a la indemnidad de la propia relación laboral, mediante la sanción de aquellas conductas de explotación que atenten contra los derechos laborales de los trabajadores, incluyendo a todos aquellos que presten servicios remunerados por cuenta ajena, concepto en el que deben incluirse las mujeres que ejercen la prostitución por cuenta y encargo de otro. Así lo tiene dicho esta Sala en diversas Sentencias (véase, por todas, la nº 995 de 30 de junio de 2000, citada por la 1045/2003, de 18 de julio). El bien jurídico del delito de determinación coactiva a la prostitución atenta sobre la libertad sexual de la persona que se ve compelida este ejercicio en contra de su voluntad, mediante actos de vis física o vis moral, y particularmente mediante el aprovechamiento de una situación de necesidad o vulnerabilidad. Es probable que ambas conductas vayan ordinariamente aparejadas, pero nada impide que se puedan deslindar fácticamente ambas situaciones. La relación concursal ha de construirse, pues, como de delitos y no de normas, y dentro de la primera, como de concurso real, pues las acciones son distintas y no están en función de instrumentalidad [STS 17/3/2005 (Nº 372/2005)]. ► El art. 188.1 del Código penal, en la redacción actual, vigente en la comisión de los hechos, como delito de determinación coactiva a la prostitución, incrimina al "que determine, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella", y también al "que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma". Prescindimos de los demás subtipos agravados, debiendo señalarse que este tipo delictivo fue introducido por LO 11/2003 de 29 septiembre, con entrada en vigor el día 1 de octubre de 2003. Es un delito comprendido dentro del Título VIII (De los delitos contra la libertad sexual), dentro del Capítulo V (Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores). El bien jurídico protegido es, pues, la libertad sexual de la víctima, así como la dignidad de la persona que se ve sujeta a una situación de prostitución. La única cláusula concursal (real) que el precepto prevé, es la contenida en el apartado 5, a cuyo tenor: "las penas

señaladas se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las agresiones o abusos sexuales cometidos sobre la persona prostituida”. Por su parte, el art. 312.2 del Código penal, en idéntica redacción, y como delito contra los derechos de los trabajadores, relativo a súbditos extranjeros, incrimina a “quienes recluten personas o las determinen a abandonar su puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas, y quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual”. Esta norma penal aparece redactada por disposición final 1ª de la LO 4/2000 de 11 enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Se encuentra incluida en el Título XV (De los delitos contra los derechos de los trabajadores). Aunque la sentencia recurrida no es muy explícita, es de suponer que aplica el segundo inciso de tal precepto, cuando incrimina en la penalidad que establece a quienes “empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual”. Y buena prueba es que el “factum” se cierra con la mención de que “todas las aludidas [ciudadanas rusas, víctimas] prestaban sus servicios atendiendo en general a los clientes en el referido local sin contrato de trabajo, altas en seguridad social o derecho de carácter laboral alguno”. Lo que es objeto de estos autos es si la determinación coactiva de la prostitución de las víctimas (bien mediante violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima), que en el caso enjuiciado es palpable y evidente, entra en concurso con el delito de emplear a ciudadanas extranjeras sin permiso de trabajo, en condiciones de explotación laboral (o sea, en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual), también patente, que desborde, como es natural, el derecho administrativo sancionador en esta materia. Las tesis concurrentes son con el concurso delictivo o con el concurso aparente de normas, que se resolvería por los dictados del art. 8º del Código penal, y dentro de él, a la regla tercera, que enuncia el principio de consunción, de modo que el precepto más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél. Es difícil pronunciarse por esta absorción por complejidad del tipo relativo a la determinación coactiva a la prostitución, dados los diversos bienes jurídicos protegidos, y sobre todo, debiendo interpretar los delitos contra los derechos de los trabajadores no exclusivamente en clave de relación laboral clasificable como tal, so pena de que, bajo esa interpretación, el delito no pueda cometerse cuando la relación laboral no es convencionalmente diseñada como tal (así, una muy conocida sentencia de esta Sala, encontró delito laboral al empleo de un tercero –ciudadano extranjero- bajo los parámetros de un “contrato de esclavitud”). Y multitud de sentencias, también de esta Sala, han considerado que un delito contra los derechos de los trabajadores puede consistir en actividades relacionadas con la prostitución, aunque ésta no esté formalmente regulada como actividad laboral lícita, pues en caso contrario, se favorecería al infractor, sin ningún fundamento, careciendo de sentido que quien contrata y explota (laboral y penalmente) a un tercero en una actividad reglada socialmente pueda ser imputado en un delito de los comprendidos dentro del título XV del Libro II del Código penal, y no pueda ser imputado quien, bajo el pretexto de explotar, en las mismas condiciones, a otro, por el hecho de que la conducta determinante de la relación laboral que sea la contratada (en sus variadas formas de arrendamiento de servicios), no haya sido jurídicamente regulada, o incluso no lo pueda ser, en atención a sus contornos fácticos (atentatorios contra la dignidad, el honor, etc.) [STS 5/6/2006 (Nº 651/2006)].

8.2. Concurso real de delitos: Pleno de la Sala Segunda del día 30 de mayo de 2006.

► El Pleno celebrado el pasado día 30 de mayo de 2006, consideró que dados los bienes jurídicos tutelados en cada caso, no era posible el concurso aparente de normas, sino que nos encontraríamos ante un concurso delictivo, que por otro lado, ha sido resuelto por la jurisprudencia de esta Sala como de concurso real de delitos. Así, en la STS 372/2005, de 17 de marzo, ya se declaró que “es probable que ambas conductas vaya ordinariamente aparejadas, pero nada impide que se puedan deslindar fácticamente ambas situaciones: la relación concursal ha de construirse, pues, como de delitos y no de normas, y dentro de la primera, como de concurso real, pues las acciones son distintas y no están en función de instrumentalidad”. Además de este argumento, debemos tener en consideración otro, relativo a la estructura del tipo. En efecto, el delito de explotación sexual (determinación coactiva a la prostitución ajena) es de contenido activo (se consuma mediante actos positivos), mientras que el tipo relativo a la explotación laboral es de estructura omisiva (no reconocer los derechos de los trabajadores en las condiciones que dispone la norma extrapenal). Siendo ello así, es claro que entre un tipo activo y otro omisivo no puede construirse un concurso ideal pluriofensivo (una misma acción es constitutiva de dos o más delitos), sino real. Por las razones indicadas, el Pleno ideal acordó que “cuando los hechos enjuiciados constituyan un delito del art. 188.1 CP y un delito del art. 312.2, segundo inciso, se producirá, ordinariamente, un concurso real de delitos”. Finalmente, el principio de proporcionalidad no se ha conculcado en la estricta aplicación del C. penal, sin perjuicio de las vías que puedan interesar los recurrentes en ejecución de Sentencia [STS 5/6/2006 (Nº 651/2006)].

► En el mismo aspecto desestimatorio se ha de estudiar la relación concursal entre el delito de explotación sexual (art. 188.1) y el delito de explotación laboral (art. 312.2, en su inciso segundo), aún siendo éste un tema muy sugestivo, por lo que ha sido sometido al conocimiento del Pleno no Jurisdiccional de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, para la unificación de criterios [STS 5/6/2006 [Nº 651/2006] (RNº 703/2005) (Julián Artemio Sánchez Melgar)].

8.3. Sentencia del Tribunal Supremo de 14/4/2009 (nº 425/2009). Realiza una interpretación marcadamente restrictiva de los supuestos de comprendidos en el artículo 312 CP al considerar que *las multas por llegar tarde, por alzar la voz, en el mundo de la hostelería están normalmente sancionadas y las otras condiciones, a las que ya hemos hecho referencia, resultan normales.*

► **A) Los hechos.** En los clubes anteriormente mencionados, bajo el control y la supervisión de Maite y Borja en los denominados M N y S, y de Cristóbal en el denominado S, 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 devuelta la parte correspondiente al club, así como el coste del alojamiento y manutención a las mujeres a las que se prestaba tales servicios en los clubes. A principios del año 2006 Maite y Borja, con el conocimiento y consentimiento de Cristóbal, introdujeron como turistas en nuestro país a mujeres brasileñas para que ejercieran la prostitución y el alterne en sus locales. En el caso de Amanda, 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 Amanda 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 Primitivo, los acusados contactaron en Brasil con una persona identificada únicamente por el nombre de Florencia que fue quien la convenció para que viniera a España a ejercer la prostitución en los locales de los acusados. Las condiciones en que Primitivo aceptó prestar tales servicios fueron que debía devolver a los acusados la cantidad del coste del transporte aéreo asumido por los acusados, denominado "billete", y que tal devolución se haría descontándose estos de lo pagado cada día por los clientes del local a cambio de las relaciones sexuales que aquella mantuviera y de las copas a que fuera invitada. Una vez que las chicas aceptaban Maite y Borja adquirían 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 Amanda, 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 Amanda, que llegó a España el 1 de febrero de 2006, y Primitivo, que llegó a España el 12 de febrero de 2006 pero también, en alguna ocasión, al denominado Sherathon, lo que sucedió con Salome 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 Maite y Borja se apropiaban de la totalidad de lo obtenido por las mujeres por los servicios que prestaban, aunque en el caso de Primitivo 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 Maite y Borja 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: Elisenda, NIE NUM000, que entró procedente de Brasil el 9 de febrero de 2006 en vuelo Manaus-Vigo; Juliana con pasaporte de Brasil NUM001, que entró procedente de Brasil el 13 de abril de 2006 en vuelo Manaus-Vigo; Macarena, con pasaporte de Brasil NUM002, que entró procedente de Brasil el 16 de marzo de 2006 en vuelo Manaus-Vigo; Ruth, con pasaporte de Brasil NUM003, que entró procedente de Brasil el 17 de marzo de 2006 en vuelo Manaus-Vigo; Ana María, con pasaporte de Brasil NUM004, que entró procedente de Brasil el 19 de marzo de 2006 en vuelo Manaus-Vigo; Celestina, con pasaporte de Brasil NUM005, que entró procedente de Brasil el 11 de abril de 2006 en vuelo San Luis Vigo; Inés, con pasaporte de Brasil NUM006, que entró procedente de Brasil el 18 de febrero de 2006. También adquirieron el billete de avión usado para entrar en España por Mariela, 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 Rosana, con pasaporte de Brasil NUM007, 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 Lorena, con pasaporte de Brasil NUM008, 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 Brígida, con pasaporte de Brasil NUM009, que 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. ► **B) Fundamentación jurídica:** la Sala no admite la existencia de condiciones de trabajo que no estén homologadas a cualquier otra que puedan imponerse en el ámbito de una relación laboral homologable. Las multas por llegar tarde, por alzar la voz, en el mundo de la hostelería están normalmente sancionadas y las otras condiciones, a las que ya hemos hecho referencia, resultan normales. ► 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, 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. ► 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. ► 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. ► 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. ► Por ello, la Sala, manteniendo un exquisito equilibrio, declara que, mientras se trate de prostitución por cuenta propia no hay inconveniente para que se inscriba la asociación y no puede presumirse que la finalidad sea la explotación de la prostitución sino de la hostelería, sin perjuicio que, si en el curso de su actividad futura se detectara la explotación de la prostitución ajena, se puedan adoptar las medidas que legalmente correspondan. La citada sentencia de la Sala de lo Social de este Tribunal Supremo, inadmitiendo un Recurso para unificación de doctrina, cita a otras resoluciones de 3 de Marzo de 1981, 25 de Febrero de 1984, 19 de Mayo de 1985 y 4 de Febrero de 1988, además de otra más reciente, de 17 de Noviembre de 2004, recordando que la Sala ha admitido que la actividad de alterne puede realizarse por cuenta ajena y de forma retribuida y dependiente. Admite que existe dificultad para determinar si la relación entre las partes tiene o no carácter laboral por la concurrencia o no de las notas tipificadoras de esta clase de relación. No discute que la relación contractual que regulaba los servicios de agrado a los clientes, remunerada con el 50% de las consumiciones, con un horario determinado, tiene naturaleza laboral y no puede ser calificada como arrendamientos de servicios. Se trata de un verdadero contrato de trabajo, tal como se describe en el *artículo 1.º del Estatuto de los Trabajadores*. ► La cuestión de la prostitución voluntaria en condiciones que no supongan coacción, engaño, violencia o sometimiento, bien por cuenta propia o dependiendo de un tercero que establece unas condiciones de trabajo que no conculquen los derechos de los trabajadores no puede solventarse con enfoques morales o concepciones ético-sociológicas, ya que afectan a aspectos de la voluntad que no pueden ser coartados por el derecho sin mayores matizaciones. En el ámbito de la Unión Europea, el Pleno del Tribunal de Justicia, en su sentencia de 20 de Noviembre de 2001, además, de resolver el valor jurídico de los acuerdos de asociación antes del ingreso efectivo de las naciones, en este caso Chequia y Polonia, contempla los efectos sobre la libertad de establecimiento de sociedades y nacionales del Estado en tránsito para la integración. Las reclamantes, ciudadanas checas y polacas, se habían establecido en 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. ► El Tribunal se cuestiona si el *artículo 43 de la CE* (anteriormente *artículo 52 del Tratado CE*) considera actividad por cuenta propia la ejercida por una prostituta como una actividad económica más, teniendo en cuenta que la prostitución está prohibida en la mayoría de los países asociados y entraña problemas difíciles de controlar en relación con la libertad de acción e independencia de las prostitutas. El caso solucionado por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo no es exactamente igual que el presente, ya que allí se daba, sin lugar a dudas, el establecimiento por cuenta propia y, en el presente caso, existe una relación que, en determinadas condiciones, nuestra jurisdicción laboral ha considerado como actividad laboral. ► 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). ► 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 permiten su aplicación. ► 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.

9. Lucrarse de la explotación sexual ajena.

9.1. Atipicidad de la tercería locativa. La modalidad de prostitución prevista en el antiguo art. 452 bis d) 1 CP. 1973 ha desaparecido en el nuevo texto. El vigente Código no prevé la responsabilidad penal del dueño del local en el que se ejerza la prostitución -y obviamente participe de sus beneficios- supuesto que doctrina y jurisprudencia denomina tercería locativa, ya que, como señala la STS 4/11/1996 (Nº 846/96), cuando se trata de prostitución de personas mayores de edad solo permanece tipificada la conducta de quien determine coactivamente, mediante engaño o abusando de una situación de necesidad o superioridad a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o mantenerse en ella [STS 29/11/2004 (Nº 1367/2004)].

Es cierto que la realidad criminológica que constantemente nos pone ante el fenómeno de la explotación de la prostitución ajena, ha obligado a todos los Estados civilizados, incluso mediante Convenios Internacionales, puesto que el fenómeno traspasa fácilmente las fronteras de cada país, a salir al paso y reprimir penalmente una actividad en la que el afán de lucro llega a convertir en mercancía a la persona con absoluto desconocimiento de su dignidad, quebrantando, si es preciso su libertad con especial incidencia en la dimensión sexual de la misma. Esta libertad se tutela frente a determinadas actividades relacionadas con la prostitución, con mayor o menor intensidad según sea mayor o menor de edad o incapaz la persona en riesgo de prostituirse o ya prostituida. Si se trata de una persona mayor de edad, art. 188, el delito solo surge cuando "se

determine, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad... a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella..." [STS 29/11/2004 (Nº 1367/2004); 20/12/2004 [Nº 1536/2004] (RNº 1214/2003)], ello supone que el mero hecho de regentar un local donde se ejerza la prostitución, conducta que era punible con el CP anterior, aún cuando gozaba de un amplio margen de tolerancia hasta el punto de que, como es notorio, estas actividades se anunciaban profusamente en los medios publicitarios y su persecución selectiva constituía una fuente de inseguridad jurídica, arbitrariedad e incluso corrupción, siendo doctrinalmente atacado el mantenimiento de unos tipos delictivos que se estimaban no respondían a la realidad social, como la propia aceptación de dicha publicidad venía a demostrar [STS 3/3/1997 (Nº 426/97)], es en el CP vigente atípica. En consecuencia la modalidad de prostitución prevista en el antiguo art. 452 bis d) 1 CP. 1973 ha desaparecido en el nuevo texto. El vigente Código no prevé la responsabilidad penal del dueño del local en el que se ejerza la prostitución -y obviamente participe de sus beneficios- supuesto que doctrina y jurisprudencia denomina tercería locativa, ya que, como señala la STS 4/11/1996 (Nº 846/96), cuando se trata de prostitución de personas mayores de edad solo permanece tipificada la conducta de quien determine coactivamente, mediante engaño o abusando de una situación de necesidad o superioridad a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o mantenerse en ella [SSTS 11/11/1996 (Nº 672/1996), 22/1/1997 (Nº 21/1997), 24/1/1997 (Nº 78/1997), 24/5/1997 (Nº 734/97), 5/2/1998 (Nº 143/98)]. En el caso actual - que se trata de persona mayor de edad...- en relación a CM, arrendatario y titular del negocio, hubiera sido preciso acreditar y plasmarlo así en el relato fáctico, no que conocía que en el local se ejerciera la prostitución, ni siquiera que él como dueño participaba en los beneficios que tal actividad generaba, sino alguna actividad de la que deducir de forma racional que el mismo personalmente obligó o coaccionó de alguna manera a J a ejercer la prostitución, o al menos, su conocimiento de que los otros acusados, encargados de la gestión del negocio, si lo hacían, estando al tanto de la forma en que se llevó a cabo la contratación de J. Estos extremos no se recogen en la narración fáctica y no han quedado probados, al ser solo meras conjeturas o sospechas. J manifestó no conocer a CM ni haberle visto en el local y los demás testigos, e incluso los otros dos acusados, corroboran la versión exculpatoria del recurrente de su ausencia del establecimiento en el periodo, marzo 2000, en que Julieta estuvo trabajando, motivada por una enfermedad de su madre. En definitiva no siendo delito el mero hecho de cooperar o proteger la prostitución de una persona mayor de 18 años, aunque exista aprovechamiento económico como aquí pudo ocurrir. Ahora se exige cuatro vicios de consentimiento que recoge el art. 188.1 CP: violencia o intimidación, engaño, abuso de superioridad o abuso de una situación de necesidad, como en el caso presente no consta que en relación a CM se produjera ninguna de tales cuatro situaciones, su comportamiento se encuentra despenalizado [STS 29/11/2004 (Nº 1367/2004)].

9.2. Comisión del delito del artículo 188.1 CP por los dueños o regentes de locales donde se ejerce la prostitución a título de coautores o de partícipes necesarios. El inciso final del artículo 188.1 CP [STS 3/7/2008 (Nº 445/2008)]. Procederá su persecución penal cuando faciliten el local en beneficio de los explotadores o teniendo conocimiento de que las mujeres estaban siendo forzadas al ejercicio de la prostitución.

► Respecto del acusado E nos encontramos ante el miembro de la organización que presta el inestimable servicio a la empresa de poner un establecimiento de bar -que es su cobertura- y locales adecuados para el desarrollo de la actividad prostitutiva facilitando medios tan estimulantes como un trabajo con participación en consumiciones, y aprovecha una situación de prevalimiento y de abuso frente a mujeres que no cuentan con recursos económicos y carecen de asistencia o apoyo social disuasorio y, como se refiere la STS de 6/6/1990 (sic) utilizar en ese tráfico en el que la mujer es objeto y víctima palabras tan grandes como libertad y libre consentimiento para justificar la impunidad del tercero, amén de una acerada ironía es un intento dudosamente progresivo respecto de valores tan sensibles socialmente como la dignidad y la liberación de la mujer. Pero además, en el presente caso el acusado era plenamente consciente de que las víctimas no estaban en sus locales libre y voluntariamente, sino por el contrario obligadas por los miembros de la organización criminal [STS 23/9/2000 (Nº 1428/2000)]; ► El mismo reconoce en cualidad de arrendatario del Club, es decir dueño del negocio y que era él quien, telefónicamente, daba órdenes a Blas sobre el funcionamiento del establecimiento, siendo él quien se lucraba de la actividad ilícita, por lo que adolece de absoluta falta de credibilidad sus manifestaciones de desconocimiento de dicha actividad, por lo que no ofrece duda alguna su participación como autor de los hechos recogidos en el factum de la presente resolución "...", esto es que la Sala "a quo", llega a la conclusión de que este recurrente por el mero hecho de ser el dueño del negocio y dar órdenes al encargado sobre su funcionamiento, era copartícipe y conocedor de la presunta actividad delictiva llevada a cabo por los otros dos acusados y participaba en los beneficios que reportaba dicha actividad ilícita, lo que supone que se ha basado la condena en meras conjeturas y no en hechos probados y ciertos, vinculados que está el juzgador a la actividad probatoria del juicio oral, lo que es contrario al principio de presunción de inocencia, procede su análisis conjunto [STS 29/11/2004 (Nº 1367/2004)]; ► Es cierto, pues, como dice el recurrente, que en el hecho probado no se especifica si el acusado podía saber que el traslado de las mujeres a España era con la finalidad de su explotación sexual en alguna de las formas previstas en el artículo 188.2, pues incluso en el hecho probado se declara que algunas de las mujeres sabían que venían a España a dedicarse a la prostitución y que durante un tiempo sus ganancias se entregarían para el pago del viaje y de los gastos de estancia, posibilidad que no concuerda con las referidas formas de explotación sexual, y que no se precisa si se relacionaba con la actividad del acusado en cuanto al traslado de las mujeres desde Rumania a España. Por otra parte, el control y la recogida de la recaudación no implican tampoco una participación en la determinación coactiva al ejercicio de la prostitución, ni supone necesariamente que aportara al acusado el conocimiento de que se explotaría a las mujeres en ese tráfico en las formas previstas en el artículo 188 con carácter previo a su colaboración en el traslado. Finalmente, la colaboración con M no conduce necesariamente a afirmar que lo hiciera en los aspectos delictivos de su conducta, lo cual no es posible presumir en contra del reo, pues ha de tenerse en cuenta que en esa fecha, hasta la entrada en vigor el 1 de octubre de 2003 de la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 11/2003, la explotación lucrativa de la prostitución de una persona mediante el consentimiento de la misma, no era delictivo [STS 16/5/2006 (Nº 594/2006)]; ► El art. 188.1 CP viene a castigar al que determine empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella. Y, también, a quien se lucre explotando la prostitución de otra persona, aún con el consentimiento de la misma. Los hechos probados -a los que necesariamente hay que atender teniendo en cuenta el

motivo esgrimido- declararon como tal que: "la acusada tras adquirir la vivienda... fijó allí su domicilio... dedicándose a dar masajes de tipo erótico; igualmente alquilaba habitaciones a mujeres y travestís, a los que cobraba una cantidad no precisada exactamente, cada vez que se ocupaban con algún cliente en el ejercicio del comercio sexual que allí se llevaba a cabo voluntariamente por dichas personas". Y los mismos más adelante precisan que: "Las personas que llevaban a cabo los servicios sexuales, en el piso, del inmueble .., y mediante precio, lo hacían voluntariamente, si bien... pagan un importe no precisado por cada ocupación que hacían de la habitación para tal menester, a E". Por lo que se refiere al primer inciso del tipo cuya aplicación se reclama, de la resultancia fáctica transcrita de ningún modo resulta que la acusada ejerciera ningún género de coacción sobre las mujeres y travestís que utilizaban la vivienda para su comercio sexual. Y, en cuanto al segundo inciso tipificador del proxenetismo, el relato fáctico tan sólo refleja la percepción de un alquiler por la ocupación de la habitación utilizada. Tampoco aparece el pretendido "aprovechamiento abusivo, excluyente y exclusivo, con privación de la libertad para decidir la forma de prestar sus servicios y de administrar y disponer de los ingresos generados con la actividad". Si el libro ocupado en el domicilio de referencia por la Policía, sin autorización judicial, pudo reflejar algún dato sobre la percepción por la acusada de algún porcentaje, más o menos elevado, de los ingresos percibidos por los ejercientes de la prostitución, ello, como proclama la Sala de instancia en su fundamento jurídico tercero in fine, constituye una prueba ilícita que, por desconocer las prescripciones del art. 18 CE, y de acuerdo con las previsiones del art. 11 LOPJ, vicia todo lo actuado y lleva a la absolución de la acusada [STS 17/9/2008 (Nº 556/2008)].

Doctrina de la STS 3/7/2008 (Nº 445/2008).

Primero. El acusado recurrente ha sido condenado con fundamento en el delito previsto en el inciso final del art. 188.1 del CP - "en la misma pena incurrirá el que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma"- , precepto introducido por la LO 11/2003, 29 de septiembre. La determinación del ámbito típico de esta figura resulta obligada ante la necesidad de impedir una interpretación que avale la quiebra del principio de proporcionalidad. No facilita esta tarea un criterio legislativo que asocia la misma pena a los actos violentos e intimidatorios, frente a aquellos otros que sólo emplean el engaño. Esa idea de errónea equiparación se hace todavía más visible cuando se identifican aquellas conductas violentas o intimidatorias con la acción de lucrarse o vivir a costa de la prostitución ajena (sic) [STS 3/7/2008 (Nº 445/2008); 22/4/2009 (Nº 450/2009)]. **Segundo.** No toda ganancia proveniente de la prostitución, por sí sola, convierte a quien la percibe en autor de un delito castigado con penas de dos a cuatro años de prisión [STS 3/7/2008 (Nº 445/2008); 22/4/2009 (Nº 450/2009)]. **Tercero.** Requisitos que deben concurrir: ■ ► a) Que los rendimientos económicos se deriven de la explotación sexual de una persona que se halle mantenida en ese ejercicio mediante el empleo de violencia, intimidación, engaño o como víctima del abuso de superioridad o de su situación de necesidad o vulnerabilidad. Así se desprende de una elemental consideración de carácter sistemático [STS 3/7/2008 (Nº 445/2008); 22/4/2009 (Nº 450/2009)]. ► Ese inciso cierra un precepto en el que se castiga, no toda forma de prostitución, sino aquella que degrada la libertad y la dignidad de la persona prostituida, en atención a las circunstancias que precisa el art. 188.1 del CP. Esta idea es también coherente con el criterio de política criminal que late en el compromiso de los países de la Unión Europea, expresado en la Acción Común 97/154/JAI, de 24 de febrero de 1997, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños (Diario Oficial L 63 de 04.03.1997) y, sobre todo, en la Decisión marco 2002/629/JAI, de 19 de julio de 2002 (Diario Oficial L 203 de 01/08/2002), que ha sustituido a la citada Acción Común, en lo que afecta a la trata de personas. En la primera de ellas, los Estados se comprometen a revisar la legislación nacional con el fin de incluir, entre otras, la siguiente conducta: "...explotación sexual de una persona que no sea un niño, con fines lucrativos en la que: se recurra a la coacción, en particular mediante violencia o amenazas, se recurra al engaño, o haya abuso de autoridad u otras formas de presión, de modo tal que la persona carezca de una opción real y aceptable que no sea la de someterse a la presión o abuso de que es objeto". En la Decisión marco (art. 1 .d), los Estados asumen el compromiso de garantizar la punibilidad, entre otros casos, de aquellos supuestos en los que "...se concedan o se reciban pagos o beneficios para conseguir el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona, con el fin de explotar el trabajo o los servicios de dicha persona (...) o con el fin de explotar la prostitución ajena o ejercer otras formas de explotación sexual, incluida la pornografía" [STS 3/7/2008 (Nº 445/2008); 22/4/2009 (Nº 450/2009)]. ■ ► b) Quien obtiene el rendimiento económico a costa de la explotación sexual ajena ha de ser conocedor de las circunstancias que determinan a la persona prostituida a mantenerse en el ejercicio de la prostitución. En aquellos otros casos -estadísticamente más frecuentes- en los que la persona que se lucre explotando abusivamente la prostitución sea la misma que ha determinado coactivamente al sujeto pasivo a mantenerse en el tráfico sexual, el primer inciso del art. 188.1 excluiría la aplicación del inciso final, por imponerle así una elemental regla de consunción (art. 8.3 del CP) [STS 3/7/2008 (Nº 445/2008); 22/4/2009 (Nº 450/2009)]. ■ ► c) La ganancia económica puede ser fija, variable o a comisión, pero es preciso, en cualquier caso, que se trate de un beneficio económico directo. Sólo la explotación lucrativa que está íntimamente ligada a la fuente de la prostitución ajena queda abarcada en el tipo [STS 3/7/2008 (Nº 445/2008); 22/4/2009 (Nº 450/2009)]. ► Es cierto que la LO. 11/2003 de 29/9 tipifica ahora en el inciso final del art. 188.1 CP los comportamientos consistentes en lucrarse mediante la explotación de la prostitución ajena, aunque fuera con el consentimiento de la víctima. Es decir, puesto que está demostrado que en muchas ocasiones son unos sujetos lo que fuerzan a la prostitución y otros distintos los que la explotan, lo que el nuevo precepto pretende es equiparar las conductas de ambos grupos de personas, dada la trascendencia que para la prostitución forzada tiene sin duda, la conducta de quienes se dedican a explotar dicha actividad [STS 29/11/2004 (Nº 1367/2004)]. ■ ► d) La percepción de esa ganancia ha de ser el fruto de algo más que un acto aislado o episódico. No basta con un mero gesto de liberalidad. Esa **reiteración** es exigible, tanto en la persona que ejerce la prostitución como en aquella otra que se lucre con su ejercicio [STS 3/7/2008 (Nº 445/2008); 22/4/2009 (Nº 450/2009)]. ► En el presente caso, la conducta imputada al recurrente, Marcelino, colma las exigencias del tipo. La acción, tal y como describe el factum, consistía en el cobro de hasta un 75% del importe de los servicios prestados, entre otras, por MR. La prostitución de ésta y su carácter coactivo queda también reflejado en el juicio histórico. La prolongación en el tiempo de esa degradación de la libertad sexual de la víctima se refleja en la fijación temporal de los hechos en un espacio comprendido entre el 18 de febrero de 2004 -fecha de entrada de MR en España- y la primera quincena de junio. Además, el conocimiento por parte de M de las circunstancias que determinaban al ejercicio de la prostitución de aquélla, aparece minuciosamente descrito en el último de los párrafos que integran el relato de hechos probados, cuya transcripción ya se ha realizado supra [STS 3/7/2008 (Nº 445/2008)]. ► En el presente caso, en la conducta del acusado Ovidio se cumplen tales exigencias, como se describe en el

relato fáctico, ya que como encargado del Club se enriquecía del ejercicio de la prostitución por parte de las mujeres que trabajaban en el local que regentaba, a lo que se une el requisito típico, en relación a la joven víctima de los hechos, de que se vio forzada, de modo coactivo, al ejercicio de esa prostitución, y que de ello era consciente, no sólo por el lógico control que como encargado ejercía sobre el local, sino que incluso tuvo que intervenir, al no encontrarse la víctima en condiciones para mantener relaciones sexuales, para que fuera trasladada a un Hostal de Sevilla, del que tuvo que volver, a los pocos días para continuar ejerciendo la prostitución, hasta que los clientes desistieron de mantener ese tipo de relaciones al apercebirse de su situación, lo que determinó en definitiva su traslado, tras pasar por el mismo Hostal, a un Hospital. [STS 22/4/2009 (Nº 450/2009)]. ► e) Debe quedar fehacientemente acreditada la identificación de las personas explotadas [STS 6/3/2007 (Nº 195/2007)]. El precepto añade un párrafo en el que se rescata la antigua figura de la tercería locativa. Castiga además, la conducta del que "se lucre explotando la prostitución de otra persona aún con el consentimiento de la misma". La figura así aislada se debe concretar con el párrafo básico de la conducta y del mismo modo que la explotación violenta exige que se identifique la persona o personas sobre las que se ejerce la coacción, intimidación o engaño, en los casos de explotación lucrativa también habrá que fijar una mínima identificación de las personas explotadas, aun con su consentimiento. Estos datos no aparecen claramente definidos en el relato de hechos. No se conoce las personas y no se sabe si efectivamente alguna persona identificada o identificable prestaban sus servicios sexuales de forma habitual y con lucro también convenido con los acusados. La inicial acusación por contratar y explotar a jóvenes mujeres movidas por la precaria situación económica en su país de origen, ha quedado sin contenido por lo que el relato es impreciso y sin los elementos objetivos necesarios para fundamentar la calificación jurídica que exige un sujeto pasivo, por lo menos identificado o que pueda ser identificados por otros datos. Los hechos carecen de la taxatividad y rigor exigidos para fundamentar una condena penal [STS 6/3/2007 (Nº 195/2007)].

10. Subtipos agravados.

10.1. Organización [Art. 318 bis Nº 5 CP]. La existencia de una asociación u organización para delinquir supone algo más que el mero concierto de varias personas para la realización de una determinada infracción criminal. Es preciso que el acuerdo lleve a la formación de una estructura, siquiera sea elemental, en que haya una dirección y una jerarquía que planifique y conjunta las diversas actividades de los miembros del grupo [STS 6/10/2003 (Nº 1306/2003)].

► No aparece descrita, en la declaración de hechos probados de la Sentencia recurrida, una estructura parecida porque no es suficiente para afirmar, sin lugar a dudas, su existencia que dos personas propongan a una tercera trasladarse a otro país para dedicarse a la prostitución, le paguen el viaje y faciliten su conexión, en el punto de destino, con la persona que se propone explotar aquella inmoral actividad. Ello debe ser definido como una acción criminal concertada en que los codelincuentes asumen distintos papeles -captación, envío y recepción del inmigrante ilegal- pero no forzosamente una asociación u organización dedicada al tráfico ilegal de personas. Aunque el tipo agravado contenido en el apartado 5 del art. 318 bis CP se integra con la pertenencia a una organización o asociación "incluso de carácter transitorio", no debe perderse de vista que no es fácil declarar compatible, en la práctica, la transitoriedad de una actividad con la dedicación a la misma, por lo que conviene no ser demasiado flexible en la exigencia de los elementos que pueden conformar una organización o asociación dedicada a la comisión de ciertos delitos a fin de no incluir en dicha categoría, como forma transitoria de la misma, cualquier supuesto de codelinquencia compleja. En cierto modo, el Tribunal de instancia ha procedido con el rigor aconsejable cuando para razonar la inapreciación, en los hechos probados, del delito de asociación ilícita previsto en el art. 515.6º CP -que fue también objeto de acusación- dice así: "pese a la vehemente sospecha de la existencia de una infraestructura organizada en la que se hace necesaria la colaboración de personas que desempeñen distintas funciones (...) no puede sostenerse con base a la prueba realizada la existencia de tal organización estable con participación de los acusados". A lo que puede añadirse que de la declaración probada se desprende -qué duda cabe- una transitoria colaboración entre varias personas, pero reveladora tan sólo de la mínima organización necesaria para llevar a cabo de forma conjunta, hecha abstracción de las sospechas a que hace referencia el Tribunal, una ocasional operación de tráfico de personas que se desplazan entre puntos geográficamente muy distantes. Lo expuesto nos lleva a la conclusión, en respuesta a una de las denuncias de infracción de ley formuladas en este motivo, de que no fue indebida la aplicación a los hechos probados del apartado 1 del art. 318 bis CP pero sí lo fue la aplicación del apartado 5 de la misma norma [STS 6/10/2003 (Nº 1306/2003)].

Aunque puede llegarse a su constatación a través del propio relato histórico de las conductas enjuiciadas en las que deberá fijarse los hechos concretos en que han participado cada uno de los miembros de la organización.

► Y, además, porque la existencia de una organización, dedicada a la ejecución de tales actividades delictivas, se desprende del propio relato de las conductas enjuiciadas, en las que concurre la utilización de medios, inmuebles y, en general, una jerarquía entre sus intervinientes, con asignación de diferentes funciones, que evidencian que no nos hallamos ante unos hechos aislados sino ante verdadera "asociación" delictiva [STS 30/12/2005 (Nº 1595/2005)]. ► En el hecho probado de la sentencia de instancia se contiene una descripción inicial de la existencia de un grupo organizado dedicado a la explotación sexual de mujeres que venían de Rumania a las que obligaban a ejercer la prostitución en condiciones que se describen que pueden considerarse como, al menos, restrictivas de su libertad, y se dice que a ese grupo pertenecía el recurrente. Pero, aunque una descripción de este tipo puede ser útil para una mejor comprensión de los hechos ocurridos, no excusa la necesidad de precisar cuáles son los hechos concretos en los que ha participado cada uno de los acusados y, en su caso, a qué personas han afectado directamente, si es que el tipo acusado lo requiere. Esta precisión es exigible no solo para permitir una correcta calificación jurídica de la conducta desarrollada por cada partícipe, sino además porque solo así es posible una defensa eficaz respecto de los hechos imputados [STS 16/5/2006 (Nº 594/2006)].

10.2. Funcionarios públicos [Artículo 188.2 CP]. El subtipo del N° 2 del artículo 188 CP establece un supuesto de delito especial impropio que exige que el sujeto activo (agente de la autoridad) realice las conductas descritas en el tipo básico (art. 188.1 CP). En el caso de realizar meros actos de participación accesoria, los actos de complicidad estimados en el recurrente lo serán respecto al supuesto típico del número primero del art. 188 CP.

Dada la redacción del N° 2 del art. 188 CP (equivalente al n° 3 del texto anterior a la reforma introducida por la LO 11/03, de 29 de septiembre), que aplica las penas del número anterior en su mitad superior, y además la pena de inhabilitación absoluta de 6 a 12 años, a los que realicen las conductas descritas en él, prevaleciendo de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, salvo que se realice una interpretación extensiva vedada al Derecho Penal, no puede entenderse que el cómplice (mero cooperante a la ejecución del hecho), que sea agente de la autoridad, haya realizado las conductas de determinación coactiva descritas en el número primero del mismo artículo. Por otra parte, si el supuesto del número 1º vendría a ser constitutivo de un delito común, y el previsto en el N° 2º de un delito especial impropio, en cuanto que el delito común estaría cualificado por la cualidad personal (autoridad o agente de la autoridad o funcionario público) del sujeto agente, y si, en rigor, conforme a la doctrina dominante, autor es quien realiza el aporte causal, llevando a cabo actos nucleares y ejecutivos del tipo, siendo meramente partícipe el que realiza otro tipo de aportación menos importante, rigiendo el principio de accesoriedad, los actos de complicidad estimados en el recurrente lo serán respecto al supuesto típico del número primero del art. 188, puesto que la punibilidad del partícipe depende jurídicamente del hecho del autor principal, o mejor dicho, la ilicitud de la participación presupone la ilicitud del hecho en que se participa [SSTS 29/3/2004 (N° 438/2004); 20/12/2004 (N° 1536/2004)]

10.3. Menores. Diferencias entre el favorecimiento de la prostitución de un menor o incapaz (artículo 187 CP) y prostitución coactiva de un menor de edad o incapaz (artículo 188.3 CP).

Pero si se trata de una persona menor de edad o incapaz -art. 187- es suficiente para la acción sea delictiva que se induzca, promueva, favorezca o facilite su prostitución, sin duda porque la Ley parte del supuesto de que el consentimiento prestado por el menor o incapaz a los meros requerimientos o facilidades de quienes pretenden su prostitución no puede ser considerado válido ni justificar jurídicamente la conducta de aquellos. El atentado a su libertad sexual existe aunque no se le coacciones ni engañe, aunque no se abuse de su situación de necesidad y aunque el sujeto activo no se prevalga de su superioridad. Basa que se induzca, promueva, favorezca o facilite su prostitución, con independencia de que constituya un delito más grave, art. 188-4, si se emplean los medios comisivos de violencia, intimidación o engaño o abusivos que se detallan en el art. 188.1 CP, como es el caso que se plantea ante la Sala [STS 20/12/2004 (N° 1536/2004)].

En la mayoría de las ocasiones los problemas que plantea este supuesto agravado son los referidos a la prueba de la minoría de edad o al error sobre la edad en el autor del delito.

► Desde luego, la realización de una prueba de Rayos X sobre la muñeca de una persona para examinar su estructura ósea a los efectos de determinar su edad en nada puede afectar al derecho fundamental a su intimidad personal del art. 18.1 ni al relativo a la integridad física del art. 15 ambos de la CE (STC 37/1989, de 15 de febrero, y 35/1996, de 11 de marzo). Por otro lado, el art. 4 de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, citado aquí como infringido, no tiene el contenido que nos dice el recurrente. Tal artículo reconoce ciertamente, como no podía ser de otro modo, el derecho del menor a su intimidad personal y familiar, pero no dice que debe actuar el Ministerio Fiscal para suplir el consentimiento de la menor en estos casos, menor que ya tenía entonces al menos 15 años, ni menos aún que para el mencionado examen radiológico fuera necesaria autorización judicial. Tal art. 4 sólo se refiere al Ministerio Fiscal cuando dice que le corresponde en todo caso a tal ministerio público el ejercicio de las acciones de las que pudieran ser titulares los representantes legales del menor, para lo cual podría actuar de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, física o jurídica. No dice que haya de prestar consentimiento el Ministerio Fiscal ni que tenga que autorizar algún juzgado para que pueda realizarse un tan superficial examen radiológico [STS 19/10/2005 (N° 1777/2005)]; ► Al tema se refiere el fundamento de derecho 6º de la sentencia recurrida, donde se razona de modo adecuado al respecto, para rechazar el pretendido **error** y afirmar que sobre tal elemento de la edad hubo, si no dolo directo que la Audiencia Provincial excluye expresamente por falta de prueba, sí desde luego dolo eventual, en cuanto que, tratándose de una persona de indudable aspecto juvenil, los acusados, como encargados de dirigir su negocio y sabedores de que la prostitución es actividad que no puede favorecerse por terceras personas respecto de menores de edad, se atrevieron a que esta joven ejerciera tal oficio sin cerciorarse de su mayoría de edad. Nos remitimos a lo que al respecto nos dice el mencionado fundamento de derecho 6º. Si hubo dolo eventual respecto de este elemento del delito, no cabe hablar del citado error de tipo [STS 19/10/2005 (N° 1777/2005)].

11. Individualización de la pena [Regla 6ª artículo 66.1 CP].

A) Motivación de la pena impuesta. El Legislador permite al Juez recorrer toda la banda punitiva, pero argumentando en base a dichas consideraciones subjetivas y objetivas, cual debe ser el reproche concreto que la Ley concede al supuesto enjuiciado. Se trata pues, de un ejercicio de discrecionalidad reglada que debe su fundamentadamente explicado en la propia resolución judicial y controlable en casación, por la vía de la pura infracción de Ley (art. 849 LECrim). Por ello, con apoyo en la nueva normativa las SSTS 21/9/1998 (N° 1026/1998) y 29/9/1998 (N° 1085/98), han puesto de relieve que las sentencias penales condenatorias han de contener una fundamentación -por escueta que sea- acerca de la gravedad de los hechos o de la personalidad del acusado, que sirva de

fundamento a la decisión adoptada en la individualización de la pena por lo que la falta de la menor mención de tales datos, cabe determinar la casación y anulación de la sentencia recurrida, a fin de que por la Sala de instancia, integrada por los mismos Magistrados, se dicte otra nueva resolución en la que se salve el defecto de razonamiento y se motiven y expliciten suficientemente las razones de la decisión impugnada [STS 29/11/2004 (Nº 1367/2004)]. Como ha declarado insistentemente esta Sala en numerosas resoluciones (entre las más recientes STS Nº 547/04) la motivación exige que la resolución contenga una fundamentación suficiente para que en ella se reconozca la aplicación razonable del derecho a un supuesto específico, permitiendo a un observador imparcial conocer las razones que sirven de soporte a la decisión adoptada, quedando así de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad. Por otra parte, la motivación ha de ser la suficiente, siendo las peculiares circunstancias del caso así como la propia naturaleza de la resolución, las que han de servir para juzgar sobre la suficiencia o no de la fundamentación, teniendo presente que la motivación no es un requisito formal sino un imperativo de la racionalidad de la decisión no siendo necesario explicitar lo obvio. Lo anterior no sólo es aplicable a las resoluciones judiciales en su conjunto (artículo 120.3 CE) sino también a las decisiones concretas integradas en la misma, como es la individualización de la pena [STS 8/6/2005 (Nº 712/2005)].

Motivación implícita y principio a un proceso sin dilaciones indebidas. ► Ciertamente, el Tribunal de instancia debió, porque así lo dispone expresamente el art. 66-1º del CP [hoy sería la regla 6ª tras la reforma de la Ley Orgánica 1/2003], razonar la individualización de la pena impuesta teniendo en cuenta la falta de concurrencia de circunstancias atenuantes ni agravantes. Mas el rigor de dicha exigencia se atenúa e, incluso se puede satisfacer en este trance, cuando la propia argumentación y razonamientos sobre la evaluación probatoria y la calificación de la conducta, constituyen -por su pormenorizada y detallada exposición- una auténtica justificación implícita de las sanciones impuestas [STS 23/9/2000 (Nº 1428/2000)]; ► También debemos señalar que en línea de principio la ausencia de motivación suficiente debe dar lugar, por cuanto se trata de un quebrantamiento de forma por incongruencia omisiva a la devolución de la sentencia al Tribunal de instancia para la subsanación de la falta (artículo 901 bis a) LECrim). Sin embargo, también la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha admitido la posibilidad de subsanar la falta u omisión de motivación, resolviendo directamente la cuestión, cuando se trata de la individualización de la pena, preservando de esa forma el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, siempre y cuando las circunstancias a tener en cuenta estén expresas en la propia resolución de que se trate. En todo caso, y en el ámbito de las facultades de subsanación respecto a las deficiencias de motivación en la individualización de la pena anteriormente mencionadas ... [STS 8/6/2005 (Nº 712/2005)].

B) Gravedad del hecho [artículo 66.1 Regla 6ª CP]: La gravedad del hecho a que se refiere este precepto no es la gravedad del delito, toda vez que esta "gravedad" habrá sido ya contemplada por el Legislador para fijar la banda cuantitativa penal que atribuye a tal delito. Se refiere la Ley a aquellas circunstancias fácticas que el Legislador ha de valorar para determinar la pena y que sean concomitantes del supuesto concreto que está juzgando, estos elementos serán de todo orden, marcando el concreto reproche penal que se estima adecuado imponer [STS 29/11/2004 (Nº 1367/2004)].

► Esta Sala estima que la gravedad del hecho cometido por el acusado es de la suficiente entidad como para hacerse acreedor a la pena de tres años impuesta; gravedad que, asimismo, se refleja en la propia narración del suceso y en la innegable antijuridicidad de la actuación del acusado, ya que, como acertadamente señala el Fiscal al impugnar el motivo, las circunstancias que se resaltan en el fundamento quinto que conducen a acentuar la gravedad del hecho (llegada a España sin documentación de las mujeres, prolongación en el tiempo de la situación vivida, existencia de amenazas de muerte, su reforzamiento mediante prácticas de vudú, las importantes cantidades encontradas en las cuentas que se vieron obligadas a pagar) son plenamente predicables respecto de este acusado y del delito de extorsión al menos las relativas a la gravedad de las amenazas, que lo fueron de muerte para la víctima y para sus familiares, el reforzamiento de las mismas mediante prácticas de vudú, y finalmente la duración muy prolongada en el tiempo de la situación de la víctima bajo tales amenazas. Consideramos, por consiguiente que la pena se ajusta a los criterios de proporcionalidad y equidad y, por consiguiente, el motivo debe ser desestimado [STS 8/6/2005 (Nº 712/2005)]; ► Contestamos simplemente diciendo que nos parecen adecuadas las razones aducidas en el fundamento de derecho 7º de la sentencia recurrida para justificar la cuantía de las penas impuestas, concretamente el propósito de obtener un enriquecimiento personal, que no constituye elemento del tipo, y el hecho de haberse cometido sobre una persona especialmente vulnerable por tratarse de una extranjera y además indocumentada. Nos dice tal fundamento de derecho que asimismo en beneficio de los acusados se tuvo en cuenta el dato de que no actuaron con dolo directo sino eventual, por lo que se considera razonable mantener la pena dentro de su mitad inferior, pero no en el mínimo legalmente permitido, optando por la mencionada duración de dos años. Nos parece razonable tal cálculo sobre la fijación de la pena de prisión en el que se han tenido en cuenta los datos relativos a la menor o mayor gravedad del hecho, segundo de los dos criterios recogidos en la citada regla 1ª del art. 66 (ahora regla 6ª) [STS 19/10/2005 (Nº 1777/2005)].

C) Circunstancias personales del delincuente: son aquellos rasgos de su personalidad delictiva que configuran igualmente esos elementos diferenciales para efectuar tal individualización penológica. Así ni uno ni otro caso, se trata de circunstancias modificativas de la responsabilidad

criminal, ya que, en este caso, su integración penológica se produce no como consecuencia de esta regla 1ª del art. 66 [hoy Regla 6ª], sino de las restantes reglas [STS 29/11/2004 (Nº 1367/2004)].

► Es suficiente considerar a tal efecto como el Juzgador de Instancia, en el Fundamento de Derecho Segundo define, resaltando su gran dureza y falta de piedad, el comportamiento de los condenados, así como la creación de un clima de terror, absolutamente desproporcionado y brutal, impuesto por el acusado a sus indefensas víctimas para la consecución de los fines delictivos buscados. Ello justifica elocuentemente la imposición de las respectivas penas en sus tramos más elevados. Y si bien en estas condiciones puede censurarse al Tribunal Provincial por no haber razonado explícitamente la individualización de la pena, en modo alguno cabe hacerlo por haberla impuesto en una magnitud inadecuada. El razonamiento que acabamos de hacer en el seno del análisis de una denuncia de infracción sustantiva para subsanar la omisión del Juzgador "a quo", resulta suficiente para, en aras a la efectividad del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y, obviando una innecesaria devolución de la Sentencia recurrida, desestimar sin más este apartado del Recurso [STS 23/9/2000 (Nº 1428/2000)]; ► En el caso que se analiza el Fundamento de Derecho Séptimo de la sentencia recurrida, se razona porqué se impone la pena en su mitad inferior, si bien en su máxima extensión, teniendo en cuenta las especiales circunstancias del hecho, el iter comisivo así como las especiales circunstancias económicas de los acusados quienes se dedican a la explotación de un negocio de prostitución abusando de la situación de desamparo de la víctima y coartando su libertad sexual lo que, por un lado, presupone considerables ingresos y, por otra, implica una motivación especialmente abyecta [STS 29/11/2004 (Nº 1367/2004)]; En cuanto al otro criterio de tal regla 1ª, las circunstancias personales de los delinquentes, ni la edad aducida en los respectivos escritos de recurso -64 y 50 años respectivamente-, ni la carencia de antecedentes penales, a nuestro juicio, como elementos a tener en cuenta para determinar la cuantía de las penas. Por eso, ciertamente, nada nos dice la sentencia recurrida al respecto. Afirma el recurrente que debió tenerse en cuenta la circunstancia de que sólo llevara dos semanas María Luisa ejerciendo la prostitución en el club de los dos acusados, como si ello debiera haber servido para rebajar la cuantía de las penas. Estimamos que de haberse tenido en cuenta este dato, tendría que haber sido en sentido opuesto al aquí pretendido, pues tal permanencia de dos semanas implica una habitualidad, es decir, una infracción continuada en el tiempo y con visos de un propósito de haber seguido en época posterior, particularmente si tenemos en cuenta las circunstancias ya indicadas: se trataba de una joven extranjera e indocumentada [STS 19/10/2005 (Nº 1777/2005)]; ► La segunda de las censuras articuladas dentro de este planteamiento conjunto de los motivos 7º y 8º, hace referencia a la individualización de las penas. Los recurrentes atacan la inconsistencia de los criterios utilizados por la Audiencia en la cuantificación de las penas, que la sentencia contiene en el fundamento jurídico sexto en el que señalan tres esenciales razones: a) la existencia de un grupo de personas que califica de verdadera organización con potencialidad suficiente para cometer los delitos enjuiciados. b) adjetivación del comportamiento de los acusados como "mafioso", en cuanto se dedican a la explotación sexual ajena, equivalente a la esclavitud del siglo XXI. c) no mostraron arrepentimiento alguno ni colaboraron con la administración de justicia. La gravedad de las penas previstas en nuestro texto punitivo obliga a analizar someramente, en funciones de control, la facultad del tribunal de instancia en la individualización practicada, en orden a la comprobación de la racionalidad de los criterios utilizados, especialmente si se ha tomado en consideración los referentes de la gravedad del hecho y circunstancias personales del autor a los que hace mención el art. 66 CP (arbitrio normado) 8. Respecto al carácter de organización, es patente que no se imputa tal cualificación ni tampoco se desprende de los hechos probados. La consorciabilidad en esta clase de delitos es lo usual, dadas las características de la dinámica comisiva y sobre todo teniendo en cuenta que la pretensión lógica del delincuente es prolongar en el tiempo la situación antijurídica de explotación de las ofendidas. Por tanto el criterio es inconsistente. Tampoco tiene predicamento o relevancia alguna calificar la conducta con un adjetivo, si el daño que ocasiona al bien jurídico protegido es el que ha tenido en cuenta el legislador para reaccionar punitivamente del modo riguroso en que lo ha hecho. En cualquier caso reprochar el grave daño causado por el delito al bien jurídico protegido, no añade ningún complemento desvalorativo a la conducta que se enjuicia. Por último, el no mostrar arrepentimiento o colaboración en la justicia, es la norma en un imputado en el ejercicio de su derecho de defensa. La colaboración o arrepentimiento determina en su caso una atenuación legal común o analógica, pero su ausencia no debe reputarse un demérito o una actitud negativa ponderable a efectos de intensificar la pena, sin perjuicio de que en espacialísimos supuestos pueda ser atendible el argumento, que no es el caso. Por todo ello el motivo debe estimarse parcialmente, procediendo a una adecuada proporcionalización de las penas, francamente graves, que se imponen en la sentencia. Los argumentos que acabamos de exponer tampoco determinan la imposición de las penas mínimas legales, respetando en este punto la valoración general del tribunal de origen acerca del merecimiento de pena de las conductas que castiga [STS 10/5/2007 (Nº 380/2007)].

12. Clausura establecimiento y responsabilidad civil. Es una medida facultativa que no se puede imponer a través de un recurso de aclaración y en la que hay que saber distinguir entre cierre del local y cierre del negocio. En relación a la responsabilidad civil se ha preocupado de recordar la necesidad de respetar el principio acusatorio y la congruencia de la sentencia, señalando alguna reglas sobre su cuantificación.

► Mediante el auto de 13 de julio de 2001 la Audiencia acordó "aclarar y completar" la sentencia recurrida. Es indudable que la introducción en el fallo de una nueva consecuencia jurídica, que no responde a ninguno de los fundamentos jurídicos contenidos en la sentencia, comporta una variación de la misma interdicha en el art. 267 LOPJ. El Ministerio Fiscal considera que en este caso no se ha producido indefensión, dado que en su momento la Defensa pudo argumentar contradictoriamente sobre la pretensión que el Ministerio Público había ejercido en sus conclusiones provisionales. Sin embargo, es evidente que si este fuera el criterio interpretativo adecuado, no se entendería que el art. 851, 3º LECrim haya previsto un quebrantamiento de forma como el de la incongruencia omisiva, pues éste presupone en todo caso que la cuestión haya sido objeto de acusación y defensa. En otras palabras, el ejercicio de la defensa no excluye la incongruencia omisiva, que, por encima de sus aspectos formales, tiene desde 1978 una dimensión constitucional [STS 14/2/2003 (Nº 187/2003)] ► Ciertamente es que se trata de una medida facultativa que en cada caso el tribunal puede acordar o no. Pero si nos parece adecuada en estos casos de prostitución en relación al menos con una joven menor de edad. Responde a las finalidades exigidas en el apartado 3 del art.

129: hay que prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos tan perjudiciales que esta clase de infracciones penales pueden producir en personas menores de edad. Claro que es poco probable que la aquí afectada, la joven ML, volviera por el establecimiento que ha de cerrarse; pero quienes son capaces de meter en su negocio de prostitución a una menor, también lo son de repetir su comportamiento con otras personas de la misma o semejante edad. Cuando puede más en las motivaciones de estos delincuentes su deseo de lucro que el respeto que merecen los menores de edad, lo único que cabe esperar es la reiteración de tal conducta. Por ello, hemos de estimar acorde con la ley la adopción de esta medida de clausura temporal durante cinco años con relación al club donde el delito se cometió [STS 19/10/2005 (Nº 1777/2005)]. ■ ► Se alega así, en primer lugar, que la sentencia impone la clausura del local donde fue encontrada Ariadna y que no se ha procedido, conforme prescribe el art. 129.1 CP, a la audiencia del propietario del local Sr. M, distinto del acusado que sólo es el titular de la actividad que en él se desarrolla. El art. 129.1 a) prevé la clausura de la empresa, sus locales o establecimientos con carácter temporal o definitivo, y que la clausura temporal no excederá de cinco años, previa audiencia del Ministerio Fiscal, de los titulares o de sus representantes legales. La sentencia de instancia en su fundamento jurídico cuarto, señala que: "estima este Tribunal adecuado y proporcional a la entidad del delito cometido imponer al reo Sr. S la clausura temporal (por dos años) de su establecimiento (...), conforme a lo solicitado por el Ministerio Fiscal según faculta al Tribunal del art. 194 del CP, medida ejemplarizante que se estima indispensable para asegurar que en el futuro, tanto el acusado como otras personas dedicadas a este tipo de negocios, presten un especial cuidado y empuñen todo el celo exigible en evitar la prostitución de personas menores de edad". De todo ello se deriva que, dentro de las previsiones legales, lo que se ha clausurado es el "establecimiento" constituido por el "Club ...", dedicado a la actividad de prostitución. No el local, cualquiera que sea su propietario, sino "la empresa o establecimiento", cuyo titular, en el propio escrito de recurso dice ser el mismo recurrente. De modo que, según ello, nada hay que objetar a la decisión de los jueces a quibus. Además, como apunta el Ministerio Fiscal, en los autos abundan las afirmaciones del inculpado reconociendo ser el "propietario de los locales".... B) En segundo lugar, se aduce que la falta de clausura de los otros dos locales ..., donde ejerció la prostitución ..., es contradictorio y discriminatorio con la condena del Sr. S. Sin embargo, el tenor del invocado art. 194, prescribe con toda lógica que podrá decretarse "en la sentencia condenatoria" la clausura de referencia. Ello supone que se haya seguido un procedimiento contra determinadas personas y recaído fallo condenatorio contra las mismas relacionadas con los establecimientos o locales; lo cual sólo ha acontecido en el Procedimiento Abreviado, del que las presentes actuaciones traen causa, contra el hoy recurrente, respecto del que se ha acordado la medida de modo irreprochable, aún cuando en la narración fáctica se haya hecho referencia, como antecedente, a la previa estancia de la menor en otros clubes ajenos al acusado y al procedimiento [STS 30/1/2007 (Nº 76/2007)] ■ ► En el sexto y último motivo del recurso, que en buena metodología procesal debe ser examinado y resuelto en primer lugar, se denuncia, al amparo del art. 5.4 LOPJ, una infracción del principio acusatorio, con la consecuente indefensión de la recurrente, que se ha producido al ser condenada en la Sentencia recurrida al pago de una indemnización no solicitada en el escrito de conclusiones definitivas del Ministerio Fiscal. Esta impugnación debe ser estimada aunque no exactamente por la razón alegada en el motivo. El principio de congruencia, establecido con carácter general en el art. 359 LEC, es una norma reguladora del contenido de las sentencias que debe reputarse esencial toda vez que su infracción -estimando, por ejemplo, una pretensión no deducida oportunamente o concediendo a una parte más de lo que solicitó- es susceptible de generar indefensión en tanto nadie suele defenderse frente a pedimentos que le perjudican no expresamente formulados. En el rollo de Sala tramitado en la instancia figura el escrito de conclusiones provisionales del Ministerio Fiscal -elevadas a definitivas en el acto del juicio oral- en el que literalmente se dice: "El procesado deberá indemnizar", etc. Como quiera que en la causa había dos procesados, Jesús Manuel y la que ahora recurre, el sentido gramatical de aquella expresión autorizaba a considerar excluida la segunda de la petición indemnizatoria de la Acusación pública, de suerte que su condena, mancomunada y solidariamente, con su correo, ha venido a imponerle una obligación "ex delicto" sin que, frente a dicha condena civil, tuviese previamente la procesada ocasión de defenderse. El sexto motivo del recurso debe, por tanto, ser estimado, dictándose segunda Sentencia, tras la que resuelva este recurso en su totalidad, en la que nos pronunciaremos de acuerdo con lo que decimos en este fundamento jurídico [STS 22/10/2001 (Nº 1905/2001)] ■ ► Resta por hacer referencia a la denuncia relativa a la cuantía reconocida a las víctimas de los delitos por los que han sido condenados los acusados, por "la ausencia de una mínima motivación en la determinación de la indemnización impuesta de 18.000 €", por daños morales. La parte recurrente reconoce que los daños morales "no pueden calcularse objetivamente". Por consiguiente, parece indudable que no es muy razonable exigir al Tribunal sentenciador que explicité las bases que le han llevado a dicho cálculo. En materia del daño moral, reconocida su concurrencia, no existe más limitación para su concreta determinación que la petición de las partes acusadoras [por exigencias del principio de congruencia, dada la indudable naturaleza civil de esta materia (v. art. 218 LEC)], y la derivada del ponderado arbitrio del Tribunal sentenciador, en el contexto usual de este tipo de responsabilidad civil "ex delicto". Y, a este respecto, es preciso reconocer que a las víctimas de los hechos imputados a la recurrente y al otro acusado se les ha causado un grave daño moral. Se les ha inducido a dejar su país, donde han dejado a sus hijos, para llegar al nuestro, con el señuelo de unas importantes ganancias, pero con los graves inconvenientes de una residencia irregular en España, junto con el lógico desconocimiento de nuestra lengua y costumbres, y, en principio, sin otra relación aquí que con las personas que les han animado a venir a España en tales circunstancias. Si, además, una vez aquí, aparte de un rígido horario con imposición de multas caso de no cumplirlo, se han encontrado con unas deudas que deben amortizar mediante el ejercicio de la prostitución, y luego han de entregar a los promotores, unas determinadas cantidades por alojamiento y manutención, amén de un importante porcentaje de sus ganancias (un cincuenta por ciento), incluso después de haber extinguido la deuda inicial contraída [en el hecho probado se dice que "los acusados se quedaban prácticamente con todas las ganancias de la Sra. ... , que debía entregarles, diariamente, todo el producto obtenido en el ejercicio de la prostitución (entre 100 y 300 euros al día) dejándole para su uso personal solamente diez euros], se comprende fácilmente el sufrimiento moral que tal situación ha producido a estas jóvenes mujeres. Por todo lo dicho, como quiera que la cantidad reconocida por este concepto no excede de la solicitada por las acusaciones y, por otra parte, no puede considerarse absolutamente desproporcionada en relación con las que suelen reconocer los Tribunales en este tipo de situaciones, procede desestimar, en este aspecto, el motivo de casación formulado por la parte recurrente [STS 7/5/2007 (Nº 405/2007)].

III. EXPLOTACIÓN LABORAL: DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS (ART. 312.2. CP) Y TRAFICO ILEGAL O INMIGRACIÓN CLANDESTINA.

Año 2000. STS 30/6/2000 (Nº 995/2000) (Delito del artículo 499 bis CP 1973). **Año 2001:** STS 19/9/2001 (Nº 1598/2001). **Año 2002:** SSTS 16/7/2002 (Nº 1330/2002); 11/12/2002 (Nº 1638/2002). **Año 2003:** SSTS 14/2/2003 (Nº 187/2003); 26/2/2003 (Nº 180/2003); 30/5/2003 (Nº 837/2003); 18/7/2003 (Nº 1045/2003); 11/9/2003 (Nº 1145/2003). **Año 2004:** SSTS 8/3/2004 (Nº 293/2004); 29/3/2004 (Nº 438/2004); 13/10/2004 (Nº 1152/2004); 25/11/2004 (Nº 1349/2004). **Año 2005:** SSTS 20/1/2005 (Nº 1381/2004); 24/2/2005 (Nº 221/2005); 24/2/2005 (Nº 1056/2005); 10/3/2005 (Nº 321/2005); 10/3/2005 (Nº 1381/2005); 17/3/2005 (Nº 349/2005); 17/3/2005 (Nº 372/2005); 8/6/2005 (Nº 712/2005); 12/12/2005 (Nº 1471/2005); 29/12/2005 (Nº 1573/2005). **Año 2006:** SSTS 17/5/2006 (Nº 540/2006); 5/6/2006 (Nº 651/2006); 14/7/2006 (Nº 814/2006); 9/10/2006 (Nº 1047/2006); 16/10/2006 (Nº 989/2006); 28/11/2006 (Nº 1292/2006); 27/12/2006 (Nº 1294/2006). **Año 2007:** SSTS 14/6/2007 (Nº 520/2007); 21/9/2007 (Nº 744/2007); 26/11/2007 (Nº 985/2007). **Año 2009** STS 13/2/2009 (Nº 182/2009).

1. Delito del artículo 312.2 CP.

1.1. Introducción. El Título XV, del Libro II, del Código Penal que lleva por rúbrica *De los delitos contra los derechos de los trabajadores*, nace con vocación de configurar sistemáticamente un verdadero Derecho penal del Trabajo que superara la deficiente y fragmentaria regulación que sobre la materia ofrecía el Texto Refundido de 1973 y sus sucesivas reformas sobre la materia [Ley de Reforma de 19 de junio de 1976 (art. 496), Ley de Reforma Urgente y Parcial de 1983 (arts 177 bis y 348 bis)].

Aparentemente orientado a la **protección de la clase trabajadora**, es lo cierto que difícilmente puede afirmarse que haya logrado su propósito de forma eficiente. Por el contrario, puede afirmarse de que muchas de las dudas interpretativas y conflictos exegéticos que se planteaban en relación con los viejos preceptos, continúan vigentes en su versión actualizada, significadamente en lo que concierne a las conductas tipificadas en el viejo artículo 499 bis TR 1973 cuando la acción típica tiene como sujeto pasivo los ciudadanos extranjeros sin permiso de trabajo (artículo 312.2 CP).

La rúbrica del Título XV del Libro II (*Delitos contra los derechos de los trabajadores*) no se corresponde ni con los bienes jurídicos que protegen los artículo 311 y siguientes del Código Penal ni con los sujetos pasivos de las conductas tipificadas. Como tendremos ocasión de analizar en la exposición que se sigue, hubiera sido más adecuado denominarlo "*Delitos de explotación laboral*", primero porque no se persigue cualquier infracción del ordenamiento jurídico laboral, sino las manifestaciones más intolerables; en segundo lugar, porque las relaciones de trabajo contempladas no son solo las regularizadas o normalizadas según la legislación nacional del trabajo al comprender incluso aquellas que tienen una causa ilícita; y, tercero, por que se protege al trabajador stricto sensu sino solo a los trabajadores por cuenta ajena y a aquellos que pretenden acceder a esa condición.

1.2. Naturaleza jurídica y bien jurídico protegido.

A) Delito de explotación. La jurisprudencia dictada tras la entrada en vigor del Código Penal de 1995 ha ratificado la idea de que las conductas tipificadas en el artículo 312.2 CP son manifestaciones de los delitos denominados de **explotación** o de **explotación del hombre por el hombre** tal como reiteradamente se había pronunciado en relación con el antiguo artículo 499 bis TR 1973.

La jurisprudencia, que se ha ocupado del tema con relación al Texto Refundido de 1973, en SSTS del 13/6/1975, 24/2/1976, 23/3/1976, 13/4/1976, 20/5/1977, 28/6/1977, 22/6/ 1979, 2/2/1980, 30/4/1980, 18/5/1981, 14/10/1982 y 14/3/1985, bautiza, a las infracciones estudiadas, con la denominación de *delitos de explotación* (STS 13/4/1976) o de *delitos de explotación del hombre por el hombre* (STS 13/6/1975) [Vide, SSTS 16/11/1987, 29/5/1989];

Este precepto, de análoga significación que el tipo básico del artículo 311 CP, se constituye como parte integrante nuclear del *derecho penal del trabajo* que, interpretado a la luz de los principios constitucionales configuradores del *Estado social*, persigue sancionar como ilícitos laborales criminalizados aquellas relaciones de trabajo atentatorias contra la **dignidad** del afectado que en definitiva es los que constituyen las situaciones de explotación.

► Sin embargo, negar que en la legislación anterior a 1995 no estuvieran protegidos por el artículo 499 Bis TR 1973 los inmigrantes o trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo es *claramente incompatible con la afirmación que como pórtico se inicia la Constitución en su artículo 1 cuando califica el Estado de "social"*, y es que el abordaje del art. 499 bis del anterior Código penal, equivalente al actual art. 311 del vigente Código debe efectuarse desde una perspectiva constitucional en la medida que el llamado *derecho penal laboral* de los que el tipo que se comenta es elemento central sanciona fundamentalmente situaciones de explotación, que integran ilícitos laborales criminalizados [SSTS 30/6/2000 (Nº 995/2000);

29/3/2004 (Nº 438/2004); 24/2/2005 (Nº 221/2005); 17/3/2005 (Nº 372/2005); 17/3/2005 (Nº 372/2005)]; ► Así expresado el argumento constituye toda una invitación a los empleadores a la contratación de emigrantes ilegales en cualesquiera condiciones porque no están sujetos a ninguna normativa... [SSTS 30/6/2000 (Nº 995/2000); 24/2/2005 (Nº 221/2005)]; ► La tesis de la sentencia de estimar solo sujeto pasivo del delito del art. 499 bis 1º al trabajador legal y no al inmigrante clandestino llevaría a una concepción del sistema de justicia penal como multiplicador de la desigualdad social [SSTS 30/6/2000 (Nº 995/2000); 8/3/2004 (Nº 293/2004); 29/3/2004 (Nº 438/2004); 17/3/2005 (Nº 372/2005)]; ► *Por tanto, cuando un particular, de forma consciente y voluntaria contrata a un inmigrante ilegal, no por ello, puede imponerle condiciones claramente atentatorias contra la dignidad humana* [SSTS 30/6/2000 (Nº 995/2000); 29/3/2004 (Nº 438/2004); 17/3/2005 (Nº 372/2005)].

En efecto, de manera explícita, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, antes y después del Código Penal de 1995, fundamenta la tipificación de todas las conductas recogidas en los artículos 312.2 y 313.1 CP en la necesidad de hacer frente a *una nueva forma de explotación favorecida por determinados rasgos de la estructura económica mundial de nuestro tiempo, tales como la profundización de la desigualdad entre países ricos y pobres, la multiplicación de las comunicaciones internacionales de toda índole y el lógico crecimiento de la aspiración de las poblaciones de los países menos desarrollados a alcanzar mejores condiciones de trabajo y de vida. Para aprovecharse de esta situación y convertirla en inmoral fuente de ingresos, aparecen grupos y organizaciones de gentes sin escrúpulos que promueven migraciones laborales, al margen o en contra de las disposiciones dictadas al respecto por los diversos Estados, abusando del ansia por salir de la miseria de quienes caen en sus redes y convirtiéndolos de hecho en mercancía de fácil y reprobable explotación* [STS 16/7/2002 (Nº 1330/2002)].

B) Bien jurídico protegido. Consecuentemente, el bien jurídico protegido lejos de tener una naturaleza subjetiva que contemple los derechos que corresponden al trabajador en su consideración individual, es de naturaleza múltiple y compleja en el que concurren no solo los intereses del trabajador afectado sino también los del propio Estado en el mantenimiento del régimen jurídico de naturaleza necesaria o imperativa de las relaciones laborales que el mismo ha establecido como manera de impedir que se produzcan situaciones de explotación.

Efectivamente, la relación del trabajo en muchas de sus condiciones no son de naturaleza dispositiva sino de obligado cumplimiento para ambos sujetos de la relación laboral tal como establece el artículo 3.5 ET (*los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario. Tampoco podrán disponer válidamente de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo*).

La jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo consiguientemente ha sido constante a la hora de exigir que, para comprender el sentido y alcance de los artículos 311.1 y 312.2 CP (eventualmente el artículo 313.1 CP) es necesario partir de la idea de explotación laboral que solo comprende las situaciones de vulneración dolosa de las normas imperativas reguladoras de las relaciones laborales.

Por ello, el bien jurídico protegido está constituido por un conjunto de intereses concretos y generales que protegen la indemnidad de la propia relación laboral según la naturaleza imperativa de la regulación impuesta por el Estado, que por otra parte se extiende también a la materia de inmigración.

► El bien jurídico protegido, que es la indemnidad de la relación laboral, impidiendo situaciones de explotación y desprotección de trabajadores, ha sido lesionado directamente [STS 8/3/2004 (Nº 293/2004)]; ► De suerte que el bien jurídico protegido está constituido por un conjunto de intereses concretos y generales que protegen la indemnidad de la propia relación laboral, mediante la sanción de aquellas conductas que atenten contra los derechos y condiciones laborales de los trabajadores [SSTS 29/3/2004 (Nº 438/2004); 10/3/2005 (Nº 321/2005); 24/2/2005 (Nº 221/2005); 17/3/2005 (Nº 372/2005)]; ► En efecto, no obstante la apariencia que podría surgir del enunciado del título XV del Libro segundo Código Penal (delitos contra los derechos de los trabajadores); los tipos penales de los arts. 312 y 313 CP están referidos a bienes jurídicos estatales, pues su finalidad es proteger las regulaciones legales de la inmigración y de la mano de obra [STS 30/5/2003 (Nº 762/2003)]; ► La Sentencia de esta Sala de 5 de febrero de 1998, se expresa así: "El bien jurídico protegido mediante la punición del tráfico ilegal de mano de obra y las migraciones laborales fraudulentas no es exactamente el derecho del trabajador a la seguridad en el empleo y al mantenimiento de las demás condiciones de trabajo pactadas o legalmente impuestas. Es un verdadero delito de riesgo abstracto, para proteger a todos los trabajadores, nacionales o extranjeros, frente [STS 16/7/2002 (Nº 1330/2002)]; ► Es de naturaleza múltiple, al estar constituido por un conjunto de intereses concretos y generales que protegen la indemnidad de la propia relación laboral, mediante la sanción de aquellas conductas que atenten contra los derechos y condiciones laborales de

los trabajadores [SSTS 30/6/2000 (Nº 995/2000); 16/7/2002 (Nº 1330/2002); 18/7/2003 (Nº 1045/2003); 8/3/2004 (Nº 293/2004); 10/3/2005 (Nº 321/2005); 17/3/2005 (Nº 372/2005)].

1.3. La explotación como elemento diferenciador de las conductas perseguibles por el derecho laboral sancionador. Si los delitos tipificados en el artículo 312.2 CP son verdaderos delitos de resultado regulados para proteger a todos los trabajadores extranjeros frente a cualquier forma de explotación resulta evidente que la definición de la conducta que realiza ese precepto (la contratación de ciudadanos extranjeros *en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual*) es manifiestamente incorrecta -por extensiva- al invadir la esfera propia del derecho sancionador administrativo laboral.

Que se trata de un delito de resultado es cuestión indubitada para la jurisprudencia de la Sala II del Tribunal Supremo que en ello encuentra una de las diferencias con el delito de favorecimiento de la inmigración clandestina (arts 313.1 y 318 bis CP). El art. 312-2º por el contrario, configura un delito de resultado [STS 25/11/2004 (Nº 1349/2004)], que se consume cuando se perjudiquen, supriman o restrinjan los concretos derechos de los trabajadores, empleando a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo [STS 18/7/2003 (Nº 1045/2003)]. En contra, como delito de riesgo abstracto: *No cabe la menor duda que la contratación de inmigrantes que carecen de permiso de trabajo supone un riesgo para los derechos de estas personas, pues se pueden encontrar en situaciones de inferioridad para exigir el respeto y la eficacia de aquellos. Sin embargo, el legislador optó, y así lo refleja ahora la ley, por no considerar suficiente ese dato para configurar este tipo delictivo, sino que a la situación ya directamente derivada de la carencia del permiso de trabajo, añade la exigencia de que las condiciones de la contratación perjudiquen los derechos laborales del trabajador. Dicho de otra forma, no sería delictiva la contratación de un inmigrante sin permiso de trabajo si materialmente sus derechos laborales no se ven afectados por las condiciones del contrato, aunque el sujeto continúe en la misma situación de ilegalidad. Y aunque esa forma de contratación pueda ser sancionada administrativamente* [STS 12/12/2005 (Nº 1471/2005)].

Por otra parte, la naturaleza del bien jurídicamente tutelado según dicha doctrina no solo hace impensable que un *contrato individual* sea fuente de condiciones de derecho necesario tal como se establece en el artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores, sino también que es necesario que las condiciones impuestas sean especialmente gravosas y perjudiciales que evidencien una situación de verdadera explotación y falta de respeto de la dignidad del trabajador, lo que siempre ocurrirá cuando el trabajo sea forzado o coactivamente impuesto.

► En definitiva, por maquinación o procedimiento malicioso del tipo penal ha de entenderse cualquier situación de abuso que evidencie una explotación del empleador por el empleado, siendo por tanto, como afirma la Sentencia de esta Sala de 15 de Marzo de 1990 una expresión amplia y abierta en la que sin duda tiene cabida la situación enjuiciada [STS 30/6/2000 (Nº 995/2000)]; ► Igualmente tiene declarado esta Sala que el elemento central de esta conducta delictiva lo constituye la explotación del trabajador [SSTS 30/6/2000 (Nº 995/2000); 10/3/2005 (Nº 321/2005)]; ► El empleador podría imponer a los trabajadores ilegales las condiciones laborales más discriminatorias sin riesgo alguno de infracción legal, a pesar de poder quedar severamente comprometidos valores inherentes a la persona que como la dignidad --art. 10 de la Constitución-- no conocen fronteras [SSTS 30/6/2000 (Nº 995/2000); 8/3/2004 (Nº 293/2004); 29/3/2004 (Nº 438/2004); 17/3/2005 (Nº 372/2005)]; ► Consecuentes con lo dicho, en nuestro caso, como muy bien apunta el Mº Fiscal, sobra concretar en la sentencia los derechos de los que se vieron privadas las jóvenes extranjeras que trabajaban de camareras en el club, pues aparte del derecho al percibo de la comisión por las consumiciones de la clientela, sometida a la voluntad del recurrente, estaban absolutamente desprotegidas y privadas de los derechos que el Estatuto de los Trabajadores considera irrenunciables [STS 8/3/2004 (Nº 293/2004)]; ► Por tanto, cuando un particular, de forma consciente y voluntaria contrata a un inmigrante ilegal, no por ello, puede imponerle condiciones claramente atentatorias contra la dignidad humana [SSTS 30/6/2000 (Nº 995/2000); 29/3/2004 (Nº 438/2004); 17/3/2005 (Nº 372/2005)]; ► La aceptación forzada de la situación discriminatoria y vejatoria, situación que se confirma más con la antijurídica retención de su documentación personal a pretexto de honorarios debidos al coprocesado como letrado, en relación a la solicitud de permiso de residencia [STS 24/2/2005 (Nº 221/2005)]. ► *El impugnante estima que no basta con la contratación de un extranjero sin permiso de trabajo para entender consumado el delito por el que se le condena, pues a lo sumo constituiría un ilícito administrativo sancionado en el art. 54.1 d. de la Ley 4/2000 de Derecho y Libertades de los extranjeros en España. No cabe -en su opinión- subsumir los hechos en el art. 312 CP, criminalizando toda la contratación de extranjeros ilegales, por el mero hecho de no darles de alta en la Seguridad Social. Añade, como argumento, que cuando la relación provenga de unos contratos con causa ilícita, como la prostitución (art. 1275 CC), la empleada carecería de derechos laborales, al faltar una reglamentación legal o convencional de esa actividad. Si el art. 312 quiere proteger los derechos de los trabajadores, especialmente los relativos a la seguridad y estabilidad en el trabajo, de nuevo hemos de distinguir, en este caso, algo que el recurrente no distingue adecuadamente. Las jóvenes, por un lado, ejercían la prostitución coactivamente, consecuencia de las presiones y amenazas de los otros acusados, condenados en la instancia y que no recurren. Ahora bien, como camareras del local hostelero, el acusado, de no haber sido extranjeras sin permiso de trabajo, hubiera tenido la posibilidad de darles de alta en la Seguridad Social, lo que les hubiera posibilitado la atribución de todos los derechos laborales, previstos en dicha legislación* [STS 8/3/2004 (Nº 293/2004)].

Ello significa que no toda violación de una norma imperativa reguladora de las condiciones de trabajo están abarcadas por este precepto, sino por el régimen general sancionador administrativo laboral.

► *Del hecho de que no estuviere dado de alta en la seguridad social no puede derivarse sic et simpliciter la existencia de una conducta imprudente o la concurrencia de alguna de las conductas que integran los tipos delictivos del art. 312.2, extremo sobre el que también se razona de forma cumplida en la sentencia, sin perjuicio de que se hubiera podido incurrir por la empresa en una falta administrativa por contratación de trabajadores de forma ilegal, y desde luego, los documentos citados en apoyo de la tesis del recurrente no patentizan ningún error careciendo los documentos citados de suficiente potencia acreditativa para patentizar el error que se denuncia y en este sentido resulta especialmente relevante el acta de Inspección de Trabajo del folio 115 que concluye su informe con la expresiva frase de que "...de todo lo hasta aquí expuesto se deduce que no ha sido posible verificar de ciencia propia las circunstancias del accidente..." STS 11/12/2002 (Nº 1638/2002).*

Del mismo modo, al tratarse de la violación de disposiciones de carácter necesario es indiferente que el trabajador haya prestado o no su consentimiento a las condiciones laborales impuestas.

► El delito de los arts. 312/313 CP no protege un bien jurídico individual, renunciable por el sujeto pasivo [STS 30/5/2003 (Nº 762/2003)].

Con estos presupuestos, obviamente se configura como delito doloso en el sentido que los tipos penales establecen (conocimiento de las condiciones laborales que suprimen o restringen los derechos de los trabajadores), pero no lo es de tendencia, pues no exige la finalidad concreta de explotar a los trabajadores o perjudicarles en su dignidad.

► En opinión del recurrente, este tipo de delitos exige un dolo específico de forma que el sujeto que lo comete sepa la situación de inferioridad de otro y se valga de esta situación para imponerle unas condiciones de trabajo gravosas. Este dolo no se aprecia en este caso. Además, argumenta que el recurrente cumplía escrupulosamente con sus obligaciones como patrón laboral, salvo las que eran impedidas precisamente por carecer las mujeres de permiso de trabajo. El artículo 312.2, en la concreta modalidad que aquí ha sido aplicada, sanciona a quienes empleen a súbditos 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. El dolo exigido por el tipo no es el específico al que se refiere el recurrente, pues no se requiere ninguna intención o finalidad concreta, sino que basta el dolo consistente en el conocimiento de los elementos del tipo objetivo, es decir, la existencia de una relación de empleo, que se trata de un súbdito extranjero, que carece de permiso de trabajo y que las condiciones de la relación no respetan sus derechos laborales [STS 12/12/2005 (Nº 1471/2005)]; ► En el tercer motivo, concerniente a la aplicación indebida del art. 312.2º CP, se invoca la ausencia de dolo de perjudicar a los trabajadores. Puede entenderse que la protección penal del bien jurídico protegido, la indemnidad laboral (véase sentencia del 8/3/2004), sólo interesa al Estado (véase sentencia del 20/5/2003), en el cual caso no constituiría elemento del delito un ánimo específico de perjudicar al trabajador. Pero, en cualquier otro caso, en el *factum* se revela, y ningún medio probatorio lo desdice, que los acusados conocían y querían la situación de los trabajadores y las condiciones en que trabajaban, en detrimento objetivo de la indemnidad laboral -privados de sus derechos- y con perjuicio para los colombianos. Por lo demás resulta ya superfluo volver sobre que, como acabamos de decir y hemos dicho anteriormente, en el caso de autos, y según el *factum* no removido de la sentencia, se produjo algo más que la contratación de extranjeros sin permiso de trabajo, algo más que una mera infracción administrativa: una grave conducta de empleo en condiciones importantemente restrictivas de los derechos legal y convencionalmente reconocidos [STS 25/11/2004 (Nº 1349/2004)].

1.4. Sujeto activo y las personas jurídicas. El artículo 312.2 CP castiga a empleador de ciudadanos extranjeros sin permiso de trabajo. Ello significa que puede ser cualquier persona física capacitada para realizar de iuris o de facto una contratación laboral, es decir como empleador individual o como representante, apoderado, gestor, o factor de una persona jurídica. En este sentido lo decisivo, independientemente del título jurídico por el que actúa, es que tenga capacidad de gestión sobre el personal.

► Nunca puede ser sujeto activo del delito una persona jurídica, dado el carácter personal e individual de la responsabilidad criminal. En el caso de autos el responsable único sólo puede ser la persona física que realice el tipo delictivo, siendo indiferente que actúe en representación de [una persona jurídica o una *comunidad de bienes*] o bien sea cesionario de uno o de otro, o simplemente actúe como apoderado o mandatario de los titulares. En definitiva es preciso que posea, como es el caso, capacidad de gestión sobre el personal. En esta hipótesis el recurrente, con capacidad jurídica o *de facto* para realizar una contratación, emplea a trabajadoras extranjeras, sin permiso de trabajo, perjudicando, suprimiendo o restringiendo los derechos que poseerían de no hallarse en tal situación. El recurrente es el único que ha permitido (dominio del hecho) la realización de las actividades de alterne en el establecimiento de su regencia, con conciencia de la ausencia de permiso de trabajo y sin contrato alguno que pudiera representarles el reconocimiento de derechos [STS 8/3/2004 (Nº 293/2004)]; ► Circunstancia evidente de actuar como representante o apoderado, de hecho o de derecho de persona jurídica, que le transmite aptitud legal para llevar a cabo la contratación, le alcanza la responsabilidad penal personal, cuya exculpación impide el art. 31 del CP y 318 del mismo cuerpo legal, este último con carácter más específico. El art. 318 señala que "*cuando los hechos previstos en los artículos anteriores se atribuyan a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello*", precepto enteramente aplicable al caso que nos concierne [STS 8/3/2004 (Nº 293/2004)].

La teoría del dominio funcional del hecho se erige como determinante no solo de la cualificación del autor del delito sino también como determinante de las diferentes formas de participación.

► Sobre ese sustento fáctico deben operar los criterios o pautas seguidas por esta Sala para tratar de diferenciar la aportación esencial o conducta de autor, de la del cooperador necesario o de la del cómplice. Esta Sala se ha servido indistintamente de las teorías, que usualmente se manejan, para resolver los supuestos de esta naturaleza que se le han venido planteando. Es indudable que existiendo acuerdo previo entre dos o más personas para cometer un delito, la participación en la ejecución de los hechos típicos obrando cada uno en cumplimiento del papel que se le hubiera asignado al confeccionar el proyecto delictivo, incluso cumpliendo órdenes y designios ajenos, les convierte a todos en coautores con arreglo a la *teoría del dominio funcional del hecho*. La acusada aportó una conducta material al hecho sin la cual el delito no se hubiera podido cometer (*condictio sine qua non*) y desde luego de haber dejado de ejecutar los actos a ella atribuidos en el *factum*, . . . , no hubiera alcanzado la perfección o ejecución tal delito, completa o incompleta (dominio funcional del hecho). Estas teorías se han utilizado por esta Sala, de modo indistinto, para delimitar la figura del autor, especialmente la última de las mencionadas. Lo que ya resulta más dificultoso discernir, son los casos de autoría conjunta con los de cooperación necesaria, ya que en estos últimos también es esperada una intervención esencial del cooperador en el proyecto criminal. De lo hasta ahora dicho es evidente que la teoría de los bienes escasos, a la que recurre el Tribunal provincial, no puede incardinar la conducta de la acusada en la calificación de cómplice. Es cierto que es la teoría a la que suele recurrirse para deslindar las actuaciones imprescindibles o indispensables, que suponen una participación necesaria en el delito, de la intervención no necesaria, accidental, secundaria o no condicionante, que integra la complicidad. ... Hemos de recurrir, para una adecuada delimitación conceptual, al criterio normativo referente a la facilidad de obtener el tipo de prestaciones desplegado por la acusada en el seno del comportamiento habitual de la mayoría de los ciudadanos. Dos notas fundamentales afloran en la causa que convierten en esencial e imprescindible la conducta enjuiciada: a) Por un lado, teniendo la dueña del negocio ilícito, Esperanza Montalvo, dos lugares distantes geográficamente en los que se ejercía la prostitución (Burgos y San Sebastián) es llano entender que aquélla no pudiera estar en ambos a la vez, y dispusiera de una encargada para llevar a cabo todos los actos del negocio (actos nucleares o ejecutivos) en cada una de las dos poblaciones, como así fue, según refieren los hechos probados. b) No es fácil hallar entre el común de las gentes una persona que realice prácticamente todos los actos que comporta este ilícito negocio, a cambio de una modesta retribución, arriesgándose a sufrir una pena efectiva de 12 años de prisión, como va a corresponder a Sonia Nancy. Es más, resultaría peligroso acudir a cualquier persona, invitándola a colaborar por dinero en referido negocio, dado el riesgo evidente de que además de la negativa respondiese con la correspondiente denuncia judicial de los hechos, desbaratando el plan delictivo [STS 18/7/2003 (Nº 1045/2003)].

1.5. Sujeto Pasivo: súbditos extranjeros sin permiso de trabajo. En cuanto al tipo objetivo, el precepto exige que se trate de un *súbdito* extranjero y que carezca de permiso de trabajo, esto es comprende a todos aquellos que presten servicios remunerados por cuenta ajena [SSTS 30/6/2000 (Nº 995/2000); 18/7/2003 (Nº 1045/2003)] o a quien pretenda prestarlos aunque según los términos del artículo 1.1. y 1.2 ET nunca pueda adquirir el status de trabajador.

► *Ciertamente el inmigrante ilegal, aquel que carece de permiso de trabajo y de residencia en España, no está incluido en el art. 35 de la Constitución que reconoce a todos los españoles el deber de trabajar y el derecho al trabajo, pero como bien se razona por el Ministerio Fiscal en la formalización del recurso, tal derecho se ejercita frente a los poderes públicos, y solo frente a ellos, no pudiendo constituir tal condición una patente de impunidad frente a quienes contratan a tales emigrantes conscientes de su situación ilegal* [SSTS 30/6/2000 (Nº 995/2000); 29/3/2004 (Nº 438/2004); 17/3/2005 (Nº 372/2005)]; ► Tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 2205/2002, de 30 de enero de 2003, que el sujeto pasivo de estas figuras delictivas es el conjunto de los trabajadores, dado el carácter colectivo del bien jurídico protegido; se maneja, a efectos penales, un concepto amplio de trabajador, incluyendo no sólo a los trabajadores comprendidos en los arts.1.1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores, sino también a los extranjeros que desean obtener un puesto de trabajo en nuestro país. De no entenderse el concepto en estos términos amplios, la norma carecería de contenido pues precisamente la inmigración clandestina se realiza por personas que pretenden obtener trabajo, pero que aún no disponen del permiso necesario para ser considerados legalmente como trabajadores en nuestro país. La inmigración ilegal, aún cuando sea voluntaria, coloca en situación de vulnerabilidad o riesgo a la persona que se traslada y establece en país que no es el suyo, por lo que las conductas que la promueven están poniendo en peligro los bienes jurídicos más relevantes de estas personas y perjudicando los derechos de los que el ciudadano extranjero podría llegar a disfrutar en caso de que su entrada en el Estado Español se hubiese realizado en condiciones de legalidad [STS 30/5/2003 (Nº 837/2003)]; ► El tipo penal protege, en general, la situación de personas que prestan servicio en favor de otra, sea o no legal la relación de servicio [STS 18/7/2003 (Nº 1045/2003)]; ► Por lo tanto, de un lado, la jurisprudencia ha considerado como trabajador a quien aún no lo era pero pretendía serlo [STS 1/10/2004 (Nº 1092/2004)].

1.6. Relación laboral. El contrato de trabajo que vincula al sujeto pasivo con su víctima es indiferente que sea escrito o verbal, que dicha relación sea lícita o viciada de nulidad como ocurre con las relaciones consentidas de prostitución o las actividades de *alterne*.

► El CP protege toda relación de prestación de servicios, abstracción hecha de que el contrato de trabajo sea válido o nulo, y abstracción hecha de que el trabajador esté en situación legal o sea un inmigrante ilegal sólo resta comprobar -como indica la STS nº 995/2000, de 30 de junio- la realidad de las maquinaciones o procedimientos que exige el tipo [SSTS 30/6/2000 (Nº 995/2000); 29/3/2004 (Nº 438/2004); 24/2/2005 (Nº 221/2005)]; ► Cualquiera que presta servicios a otra, incluso aunque la relación que les vincula tenga causa ilícita o no esté prevista directamente por la legislación laboral [SSTS 30/6/2000 (Nº

995/2000); 24/2/2005 (Nº 221/2005)]; ► Con lo que acabamos de enunciar la recurrente pretende escudarse en la inexistencia de un contrato formal laboral en una materia, que por la naturaleza del objeto (ilicitud: art. 1275 CC), no es susceptible de contratación [STS 18/7/2003 (Nº 1045/2003)]; ► Esa realidad jurídica no precisaba de la plasmación en un documento, formalmente válido, para que se tuviera por nacida la relación laboral [STS 8/3/2004 (Nº 293/2004)]; ► Así, las jóvenes trabajaban siguiendo las normas de la dirección de la empresa y dentro de su ámbito organizativo, desarrollando su actividad de forma voluntaria, haciéndolo por cuenta ajena y bajo la dependencia del acusado a cambio de la percepción de una retribución que se estableció en relación al trabajo desarrollado [STS 8/3/2004 (Nº 293/2004)]; ► Y la Sentencia de esta Sala de 12 de abril de 1991, estimó aplicable el art. 499 bis (antecesor del actual 311 del Código penal, y que se refiere igualmente a contrataciones laborales con desprotección), a situaciones de contratos con causa ilícita, en concreto a una relación laboral con una prostituta, por entender que el tipo penal protege la situación de personas que prestan servicios a otra, sea o no sea legal el contrato de trabajo, ya que «... de lo contrario el más desprotegido debería cargar también con las consecuencias de su desprotección» [SSTS 30/6/2000 (Nº 995/2000); 29/3/2004 (Nº 438/2004); 17/3/2005 (Nº 372/2005)].

Prostitución. ► En el que deben incluirse las mujeres que ejercen la prostitución por cuenta y encargo de otro. Así lo tiene dicho esta Sala en diversas sentencias (véase, por todas, la nº 995 de 30 de junio de 2000) [SSTS 30/6/2000 (Nº 995/2000); 18/7/2003 (Nº 1045/2003); 29/3/2004 (Nº 438/2004); 17/3/2005 (Nº 372/2005)]. ► Una línea jurisprudencial consolidada de esta Sala -véanse sentencias de 30/6/2000 y 8/3/2004- comprende en la protección penal del *inciso último del art. 312.2 CP* a las prostitutas empleadas en establecimiento que sean ciudadanas extranjeras sin permiso de trabajo, como ocurre en el representante caso; siempre que sus derechos laborales resulten afectados de la manera que en ese precepto se describe [STS 9/10/2006 (Nº 1047/2006)]. ► La argumentación del recurrente, que en parte expone un grave problema social existente -todavía no resuelto desde el punto de vista jurídico de modo suficiente ni satisfactorio-, equivaldría a admitir que, puesto que la empleada como camarera de alterne, además de este trabajo, ejercía una actividad, no regulada legalmente, como es la prostitución, podría ser impunemente objeto de todo abuso, desconociendo su empleador todas las condiciones laborales o de protección social vigentes. La Jurisprudencia hace tiempo que abordó el problema, resolviéndolo de forma contraria a las pretensiones del recurrente [STS 29/3/2004 (Nº 438/2004)]. **Camareras de club de alterne.** ► A estos efectos el trabajo como camarera en un Club de alterne debe incluirse en el concepto de trabajador manejado por estos artículos del Código Penal [SSTS 30/5/2003 (Nº 837/2003); 29/3/2004 (Nº 438/2004)]. ► Y tampoco puede olvidarse que la jurisprudencia de la Sala 4ª del TS (SS de 3 de marzo de 1981, 25-2-84, 21 de octubre de 1987 y 4 de febrero de 1988) ha mantenido que "el hecho de concertar entre las partes una actividad consistente en prestar servicios, mediante la permanencia en un determinado periodo de tiempo en el local, sometida a horario para la captación de clientes, al objeto de consumir bebidas, evidencia una actividad en la que concurren las notas tipificadoras de toda relación laboral, cuales son la prestación de servicios por cuenta ajena, habitualidad en los mismos, dependencia, retribución y jornada; llegando a precisar que la relación que mantienen las señoritas de "alterne" con el titular del establecimiento donde desempeñan su cometido es de naturaleza laboral" [STS 29/3/2004 (Nº 438/2004)]. ► La argumentación del recurrente, que en parte expone un grave problema social existente -todavía no resuelto desde el punto de vista jurídico de modo suficiente ni satisfactorio-, equivaldría a admitir que, puesto que la empleada como camarera de alterne, además de este trabajo, ejercía una actividad, no regulada legalmente, como es la prostitución, podría ser impunemente objeto de todo abuso, desconociendo su empleador todas las condiciones laborales o de protección social vigentes. La Jurisprudencia hace tiempo que abordó el problema, resolviéndolo de forma contraria a las pretensiones del recurrente [STS 29/3/2004 (Nº 438/2004)].

1.7. Concurso de delitos. El delito del artículo 312.2 CP puede entrar en relación de concurso con una pluralidad de delitos de la más variada naturaleza, sin embargo los supuestos más habituales son en relación con los delitos de inmigración clandestina (artículos 313.1 y/o 318 bis CP), falsedad documental y prostitución coactiva [vide, Págs 52 y ss].

A) Delito contra los trabajadores extranjeros y delitos de inmigración clandestina: por su naturaleza diferenciada (delitos de resultado y de peligro respectivamente) procede apreciar un concurso real de delitos.

► *El delito de inmigración clandestina de trabajadores es de simple actividad y se consuma con actos de mero favorecimiento o promoción de la introducción en el país de mano de obra ilegal, sin ser preciso que el objetivo se haya conseguido, protegiendo el precepto el peligro o riesgo de que los derechos de los trabajadores a ser respetados en su libertad, seguridad y dignidad, puedan verse seriamente afectados. El art. 312-2º por el contrario, configura un delito de resultado, que se consuma cuando se perjudiquen, supriman o restrinjan los concretos derechos de los trabajadores, empleando a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo. La acusada pudo haber participado en la introducción de mano de obra clandestina en el país y, sin embargo, no haber tenido nada que ver en las contrataciones laborales realizadas a las extranjeras en situación ilegal, y viceversa, pudo desconocer sus derechos al contratarlas, sin haber tenido participación alguna en su introducción en el país* [STS 18/7/2003 (Nº 1045/2003)]; ► En primer lugar, conviene señalar que este tipo penal no converge en modo alguno con el art. 318 bis del Código penal, en tanto que en éste, como delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, se castiga cualquier tráfico ilegal o inmigración clandestina, sin que sea precisa su condición de trabajador. Ahora bien, la conducta que se describe en el cuestionado art. 312 del Código penal, sanciona la explotación laboral, en cualquier actividad, al contratarse a trabajadores extranjeros, que no cuentan con permiso de trabajo, y además, para ser distinguido este comportamiento de la sanción administrativa, la ley penal anuda un desvalor especial que se traduce en que las condiciones impuestas deben ser notoriamente perjudiciales para el trabajador, de modo que se originen situaciones de explotación en el trabajo. No importa que la clase de trabajo llevado a cabo haya sido la prostitución [STS 17/3/2005 (Nº 372/2005)].

B) Delito contra los trabajadores extranjeros y falsedad documental oficial: por su distinta naturaleza, contenido de la acción y estructura procede apreciar concurso real de delitos.

► Así, respecto al delito continuado de falsedad en documento oficial se declara probado que ambos acusados entregaron a los ciudadanos rumanos a los que se hace referencia, documentación falsa consistente en permisos de residencia y de trabajo obtenidos mediante la elaboración de duplicados o la fotocopia de documentos auténticos pertenecientes a otros ciudadanos rumanos que se encontraban legalmente en España. No plantea, pues, cuestión, que los acusados, al entregar permiso de trabajo y de residencia falsos, además de que constituyen por sí documentos oficiales, tratan de aprovechar el valor probatorio que la Administración pública concede a determinada documentación, con el fin de que produzcan efecto, como así sucedió, en el tráfico jurídico y en este caso, en la contratación de las personas que los utilizaron, lo que evidencia que indujeron a error sobre su autenticidad, siendo irrelevante el que no se haya acreditado que los recurrentes intervinieron materialmente en su falsificación en cuanto no se trata de delitos de propia mano, estando perfectamente acreditado que gozaron del dominio funcional sobre el hecho de la falsificación [STS 10/3/2005 (Nº 321/2005)]; ► Respecto al delito de favorecimiento y promoción de la inmigración clandestina, los hechos que se declaran probados sustentan tal calificación jurídica en cuanto se dice que ambos acusados facilitaron el viaje a España de decenas de personas procedentes de Rumanía, entregándoles falsos certificados de residencia y de permiso de trabajo, para que pudieran realizar las labores agrícolas para las que fueron posteriormente contratados. Tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 739/2003, de 14 mayo, que por inmigración clandestina se entiende el hecho de facilitar la llegada al territorio español de una persona de modo secreto, oculto, subrepticio o ilegal. Hay que referir este comportamiento punible al hecho mismo del transporte, su organización, su realización o incluso la posterior acogida en España en connivencia con quienes participaron o prepararon el viaje correspondiente. En otras sentencias se identifica inmigración clandestina con aquella que se efectúa al margen de la normativa administrativa que regula la entrada de extranjeros en España (STS 2205/2002, de 30 enero 2003). En este caso, la conducta que se atribuye a los recurrentes incardina, sin duda, en esa figura delictiva, en cuanto favorecieron que decenas de personas procedentes de Rumanía entraran en España, de forma ilegal, ofreciéndoles permisos de trabajo y de residencia falsificados que eran utilizados para realizar trabajos agrícolas que les proporcionaban los mismos acusados [STS 10/3/2005 (Nº 321/2005)].

1.8. Casos analizados por la jurisprudencia.

A) Existe delito. Aún cuando se clasifiquen en atención a los derechos preferentemente lesionados por el empleador es lo cierto que las conductas que se reflejan abarcan una lesión múltiple condicionante del elemento decisivo como es la explotación del afectado.

► **Contrato de esclavo.** Hacerle firmar el "contrato de esclavo", cuya sola lectura produce sonrojo, y menos tratar de convertirlo en "broma" cuando el firmante lo acepta porque quería a toda costa legalizar la situación, sometiéndose a esa calificación y el trato subsiguiente, así como el trabajar sin cobrar, solo por la alimentación ratificada en el Plenario con expresiones que eximen todo comentario "...permanecía en casa trabajando sin cobrar, empecé a hacerlo para que no le rompieran sus papeles y tuviese que marcharse..." "...en cuanto al contrato de esclavo, después de firmarlo, le trataron de convencer que era esclavo, le decía que tenía que responderle mi amo cuando le dijera esclavo, el no se lo decía pero lo hacía (sic), estaba esperando a los papeles...". "...Que a él le han humillado...". "...La palabra esclavo la desconocía, nadie le dijo que podía ser una broma o juego..." [STS 30/6/2000 (Nº 995/2000)]. ► **Contratos abusivos y leoninos: A) En general:** En el caso de autos, la acusada, no sólo mantenía con las prostitutas convenios leoninos subyugantes, sin el menor reconocimiento de derechos dada la naturaleza de la relación, sino que también se producía la misma situación respecto a Sonia Nancy, acusada en esta causa. Ésta, amén de realizar las tareas propias de empleada de hogar por un precio, estaba encargada del cuidado y vigilancia del negocio de prostitución desarrollado en la vivienda sin hallarse dada de alta en la Seguridad Social ni gozando de los demás derechos que la legislación española establece [STS 18/7/2003 (Nº 1045/2003)]; ► Como quiera que el cauce casacional elegido requiere el más absoluto respeto a los hechos declarados probados, hemos de indicar que en éstos se dice lo siguiente: La acusada era la encargada o regente de un club, donde alojó a la víctima para que ejerciera la prostitución en el mismo, pese a saber que ésta era obligada a ello por el otro acusado; pagando semanalmente a este acusado 150 o 200 euros por el trabajo de la víctima, y haciendo propio el remanente en concepto de precio del alojamiento y dándole a su vez de veinte a cuarenta euros semanales para gastos de comida o gastos personales ... la situación de explotación económica se desprende con su misma lectura, ya que LK no cobra por sus servicios, sino que se limita a entregar un ticket a la encargada del local, quien detrae parte de los beneficios económicos para GB, y el remanente se lo apropia en concepto de alojamiento. Finalmente, la víctima es saldada con una cifra comprendida entre los 20 y 40 euros semanales, para atender la comida y gastos personales... La explotación laboral es patente; la situación de coacción para la prostitución resulta igualmente inequívoca ... la relación concursal entre ambos delitos, por lo que la solución jurídica debe ser la misma [STS 17/3/2005 (Nº 372/2005)]; ► A partir de que L se encuentra en nuestro país, es trasladada de club en club, con exigencias de ejercer la prostitución, prevaliéndose de su situación de necesidad, aderezada por la vulnerabilidad de su condición de extranjera irregular, realizando actos de amenazas ("le amenazaba con matarla"), y llegando a "venderla" a otros para que continuara ejerciendo la prostitución. Se cumplen, pues, sobradamente los tipos penales que han sido aplicados, y no existe consunción alguna, ya que, además de incidir en la libertad sexual de la víctima, se ha producido una relación laboral de explotación, como claramente queda de manifiesto en el relato histórico de la sentencia recurrida [STS 17/3/2005 (Nº 372/2005)]; ► Y con relación al tipo delictivo que se tipifica en el art. 312.2 del Código penal, es evidente que carecían tales personas de cualquier derecho laboral, no obstante estar empleadas en un local de hostelería, sin descanso laboral, seguridad social, posibilidades de reclamar ante las arbitrarias multas económicas que describe el "factum", con un poder de disposición de los pasaportes de las perjudicadas [STS 5/6/2006 (Nº 651/2006)]; ► Ese último componente aparece reflejado en el factum, que especifica las condiciones leoninas a que estaban sujetas las mujeres, debiendo ser destacada la no entrega de retribución por los empleadores a las prostitutas hasta que no saldaran las deudas cuyo importe dependía de la voluntad de aquellos. Resulta así que, además de la contratación de trabajadoras extranjeras ilegales, en el sentido de que carecerían de permisos de trabajo, se les perjudicaba en unos derechos laborales mínimos; y ese es el plus determinante de que se excediera el campo de lo ilícito administrativo para pasar, de lleno, al penal [STS 9/10/2006 (Nº 1047/2006)]. **B) Horarios excesivos, unidos a falta de retribución, y sin descansos:** ► Pese a ingresarse en la caja de local el importe pagado por los clientes el acusado Matías se quedaba con el importe correspondiente a las mujeres, dándoles a las mismas cada día unos 20 euros a cada una para comer y

gastos, y prometiéndoles que al final de mes les pagaría lo adeudado que les aguardaba, sin que ello tuviera lugar, con la excusa de guardar el dinero para juntar más cantidad y así poderse la entregar para enviarlas a su país. Las mujeres tenían que trabajar los siete días de la semana, sin descanso alguno, incluso cuando tenían la menstruación, desde las 20 horas hasta las 3 de la madrugada [STS 29/3/2004 [Nº 438/2004] (RNº 908/2003) (Francisco Monterde Ferrer)]; ► La STS de 30 de enero de 2.003, que examina un supuesto muy similar al presente y que, por ello, es perfectamente predicable ahora, señalaba que el "factum" hacía referencia al contrato de <<esclavo>> y al trato humillante a que fue sometido el perjudicado, así como al trabajo doméstico efectuado durante tres meses aproximadamente sin cobrar, sólo por la manutención, situación soportada sólo por el deseo de la víctima de obtener el permiso de residencia, por eso, cuando se le deniega por la Administración, corta esa situación, lo que pone de manifiesto la aceptación forzada de la situación discriminatoria y vejatoria, situación que se confirma más con la antijurídica retención de su documentación personal a pretexto de honorarios debidos al coprocesado como letrado, en relación a la solicitud de permiso de residencia [STS 24/2/2005 (Nº 221/2005)]; ► Pues bien, como razona el Fiscal, siendo así que la sentencia recurrida establece que los acusados tuvieron trabajando simultáneamente durante mes y medio como empleada doméstica y a la vez en un establecimiento abierto al público a la súbdita extranjera sin remuneración ni reconocimiento de ningún otro derecho, éstos datos son suficientes para la subsunción en el tipo apreciado, pues los impugnantes, en efecto, impusieron a la víctima, (por la circunstancia de no poder hacer frente a la cantidad que le reclamaban por facilitarle ese trabajo, reteniéndole el pasaporte mientras no abonara esa deuda), la muy onerosa condición de trabajar sin remuneración, negándole y desconociendo el principal derecho del trabajador a una remuneración o salario digno, a más de no reconocerle ningún otro derecho, con lo que la mantenían en estado de absoluta precariedad y explotación laboral. Sobre todo si se valora que todo ello derivaba de la solicitud de una cantidad para conseguirle trabajo, lo que era un ardid o fraude similar al que consumaron con los otros extranjeros a los que se refiere el relato histórico [STS 24/2/2005 (Nº 221/2005)]; ► Las acusadas, formalizaron escritura de constitución de sociedad mercantil, dedicada a la tramitación de permisos de residencia y trabajo en España de todos aquellos trabajadores, que habían venido a España procedentes de los países de Europa del este, con la finalidad de residir de forma definitiva en éste país. En el transcurso de su actividad negocial se concertaron y pusieron de acuerdo con otros acusados, a los fines de venir a explotar a los citados trabajadores, procedentes de los países extranjeros radicados en el este de Europa, y para cuyas actividades ilícitas crearon una organización cuya actividad consistía en la vigilancia de la totalidad de los trabajadores que habían acudido a la empresa y a cuyos trabajadores se habían colocado en la recolección de cítricos y distintos productos agrícolas, en unas condiciones tales que representaba la explotación de los mismos. Dado el número tan elevado de trabajadores extranjeros que habían acudido a la empresa a las que venían a explotar y de cuya actividad laboral obtenían pingües beneficios económicos, llegando a tener a los citados trabajadores en unas condiciones de trabajo infrahumanas, por el número de horas invertidas en el citado trabajo agrícola, con unos salarios inferiores a los prevenidos en la legislación laboral, sin apenas dinero alguno que percibir por su actividad laboral, dado que los descuentos, por el viaje que realizaban desde sus países de origen, así como el alojamiento que realizaban en pisos alquilados por la citada organización de la empresa en unas condiciones de habitabilidad muy precarias y, las cantidades de dinero que les descontaban por el importe de los vehículos y gastos de gasolina efectuados para el transporte de los trabajadores del lugar de trabajo a las distintas localidades donde residían en España. Los acusados SZ y CC, figuraban como encargados y se dedicaban a vigilar a los trabajadores extranjeros utilizados en la recogida de productos agrícolas, mediante el control de los trabajos que realizaban en los distintos campos agrícolas, apuntando en agendas el número de horas invertidas en cada campo agrícola, número de cajas y su respectivo pesaje y cuya relación les permitía conocer el dinero obtenido por cada trabajador a los efectos de percibir la retribución de la persona titular de la explotación agrícola, y una vez en su poder el dinero, los acusados CC y SZ se dedicaban a aplicarles a los trabajadores extranjeros unos descuentos por cantidades de alojamiento, gastos de transporte, alquiler de vehículos y cuyos descuentos dejaban el salario y el jornal reducido a la mínima expresión y en numerosas ocasiones se veían privadas de obtener retribución de clase alguna. Autores de un delito contra los derechos de los trabajadores de los artículos 312.1º y 2º y un delito de los artículos 313.1º y 2º, en concurso ideal del artículo 77 del CP [STS 29/12/2005 (Nº 1573/2005)]. **C) Falta de seguridad en el empleo:** ► Una vez los súbditos colombianos llegaron a España fueron alojados en un piso alquilado por los imputados. Comenzando a trabajar los hombres en diversas obras que habían contratado los acusados, habiendo constituido al efecto una empresa denominada Construcciones JJ en la que aparecía como titular la acusada (que carecía de experiencia alguna en construcción), pero en la que ambos realizaban de hecho funciones de contratación de obras y dirección de trabajos, sin que en ningún momento formalizaran contrato de trabajo con los citados y se les diera de alta en la Seguridad Social, no habiendo obtenido el permiso de residencia; tampoco se les abonó por los acusados la totalidad de los salarios que les habían prometido, realizando jornadas laborales superiores a la máxima prevista, permaneciendo en estas condiciones hasta el mes de diciembre de 1999" [STS 25/11/2004 (Nº 1349/2004)]; ► En el supuesto que examinamos, los acusados sometieron a los trabajadores rumanos cuya colocación facilitaron, con documentación falsa, en una situación de evidente y clamorosa explotación, privándoles de los mínimos exigibles e irrenunciables en sus condiciones salariales, en cuanto hacían propios la mayor parte de los salarios hasta el extremo de que los cobraban directamente de la empresa haciendo entrega a los trabajadores de una mínima parte, lo que constituye una manifestación de comercio y tráfico de mano de obra ajena, incontestablemente ilegal, haciendo las funciones de oficina de colocación, enriqueciéndose con la mano de obra de los trabajadores a los que explotaban [STS 10/3/2005 (Nº 321/2005)].

B) No existe delito. Cuando las condiciones impuestas no llegan a producir un atentado a la dignidad del afectado aunque lesionen determinadas normas de derecho necesario laboral.

► También se trata de hechos reconocidos en la sentencia en el sentido de que Aurelio trabajaba para el recurrido, lo que se argumentó debidamente en el Fundamento Jurídico segundo de la sentencia y del hecho de que no estuviese dado de alta en la seguridad social no puede derivarse sic et simpliciter la existencia de una conducta imprudente o la concurrencia de alguna de las conductas que integran los tipos delictivos del art. 312.2, extremo sobre el que también se razona de forma cumplida en la sentencia, sin perjuicio de que se hubiera podido incurrir por la empresa en una falta administrativa por contratación de trabajadores de forma ilegal, y desde luego, los documentos citados en apoyo de la tesis del recurrente no patentizan ningún error careciendo los documentos citados de suficiente potencia acreditativa para patentizar el error que se denuncia y en este sentido resulta especialmente relevante el acta de Inspección de Trabajo del folio 115 que concluye su informe con la expresiva frase de que "...de todo lo hasta aquí expuesto se deduce que no ha sido posible verificar de ciencia propia las circunstancias

del accidente...." [STS 11/12/2002 (Nº 1638/2002)]; ► El acusado constituyó, artificiosamente, una empresa dedicada a la limpieza, "que en realidad no existía", a través de la que ofertó contrataciones de extranjeros en España acogidos al contingente de 1997, contratación que tenía por objeto la solicitud de permisos de trabajo y residencia, cobrando determinadas cantidades de dinero a las personas a las que presentaba la solicitud. El tipo penal por el que ha sido condenado, el párrafo segundo del art. 313 del Código penal, castiga a quien simulando contrato o colocación, o usando de otro engaño semejante, determinare o favoreciere la emigración. Desde el respeto al relato fáctico la subsunción no es correcta. Ciertamente, el recurrente no se limitó, como señala el recurrente a la mera tramitación de expedientes, extremo que afirma sería atípico, con independencia del reproche moral que pueda realizarse. El hecho probado lo que refiere es que el acusado mediante el artificio de crear una empresa en realidad inexistente, con datos de identificación y teléfonos de contacto correspondientes a otras personas y empresas, simula una contratación futura. Pero el relato fáctico, parco en la descripción, no refiere ningún acto favorecedor de la emigración pues no se hace constar la situación de los potenciales trabajadores, si ya en España, o en su país de origen, elemento que no obra en el hecho probado y que es determinante de la conducta típica [STS 11/9/2003 (Nº 1145/2003)]; ► Ciertamente, el artículo 313.1 del Código Penal castiga al que promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España y la conducta realizada por los acusados en modo alguno promueve o favorece dicha inmigración ya que su actuación se inicia, de acuerdo con el relato fáctico, respecto a inmigrantes ilegales una vez que tienen conocimiento de que se encuentran en España y sin que nada se diga de una posible intervención para introducirlos clandestinamente en nuestro país [STS 29/5/2003 (Nº 789/2003)]; ► Por todo ello entendemos que sí existió una prestación de servicios de naturaleza laboral. Así, las jóvenes trabajaban siguiendo las normas de la dirección de la empresa y dentro de su ámbito organizativo, desarrollando su actividad de forma voluntaria, haciéndolo por cuenta ajena y bajo la dependencia del acusado a cambio de la percepción de una retribución que se estableció en relación al trabajo desarrollado. Esa realidad jurídica no precisaba de la plasmación en un documento, formalmente válido, para que se tuviera por nacida la relación laboral [STS 8/3/2004 (Nº 293/2004)]; ► En la sentencia se declara probado que los acusados contrataban a las mujeres referidas como chicas de alterne. Carecían de permiso de trabajo y de residencia y no formalizaron por escrito el contrato de trabajo ni se les dio de alta en la seguridad social. Su trabajo, con un horario entre las 21,00 y las 6,00 horas consistía en la captación de clientes al objeto de consumir bebidas alcohólicas y en algún caso, bailar y hacer top lees. Les pagaban un porcentaje de cada copa consumida por el cliente. Se alojaban en pisos, cobrándoles la renta de las ganancias obtenidas, así como el importe del billete de avión cuando los acusados se lo habían adelantado. No consta, por lo tanto, que las condiciones del contrato verbal de trabajo supusieran un perjuicio para sus derechos laborales más allá de los derivados del hecho de su situación de ilegalidad, la cual tenía como consecuencia la inexistencia de permiso de trabajo y la ausencia de alta en la seguridad social. No consta coacción alguna en relación al alojamiento, ni tampoco en relación al pago del dinero que los acusados habían adelantado para conseguir su llegada a España. Por lo tanto, no se aprecia la existencia del elemento del tipo objetivo consistente en que el empleo se haga en condiciones perjudiciales para sus derechos laborales. En este mismo sentido, la STS Nº 1390/2004, de 22 de noviembre [STS 12/12/2005 [Nº 1471/2005)]; ► La Sala sentenciadora parece deslizarse hacia la toma en consideración de las condiciones laborales impuestas por la acusada por lo que acude al contenido del actual artículo 312 imputándole tener a la persona contratada para el servicio doméstico en condiciones que supriman o reduzcan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual. Incuestionablemente la cantidad de cien euros como retribución, es realmente leonina, sin embargo, nada se dice sobre las condiciones de trabajo. Estos hechos, en sí mismo, no son constitutivos de delito alguno ya que, no dar de alta a una persona, que presta servicios domésticos, en la Seguridad Social no forma parte del ilícito penal. Ahora bien, el artículo 54.d) de la Ley Orgánica 8/2000 tiene prevista, como infracción grave, la contratación de un trabajador extranjero que no haya obtenido previamente el permiso de trabajo, lo que sucede en el caso presente. Por otro lado, la relación laboral fue convenida libremente e interesaba a las dos partes, sin perjuicio del pírrico sueldo que percibía a cambio de su estancia en territorio español, con régimen de preferencia en relación con la Unión Europea [STS 17/5/2006 (Nº 540/2006)]; ► Falta de prueba. En la fundamentación de la sentencia se dice que los hechos son delictivos por perjudicar los derechos de los trabajadores reconocidos en la normativa laboral en orden a la retribución de los jornales, tiempo de duración de la jornada laboral y falta de adscripción a la Seguridad Social, con lo que parece estar refiriéndose concretamente al artículo 312.2º del Código Penal , y por haber participado en la inmigración clandestina de los trabajadores, traídos a España de forma subrepticia, sin permiso de residencia y trabajo, refiriéndose así al artículo 313 .1º del mismo Código . Hemos de entender, por lo tanto, que las menciones a los artículos 312.1º y 313 .2º solo tienen carácter formal, y no implican una calificación jurídica de los hechos probados, que carecería de cualquier razonamiento explicativo. 1. Respecto de los hechos integrantes de la primera infracción delictiva, la prueba que menciona el Tribunal es la relativa a las declaraciones de algunos testigos acerca de sus condiciones de trabajo y la documentación incautada en poder de alguno de los acusados. En cuanto al primer aspecto, las declaraciones de los testigos que se mencionan en la sentencia no son lo suficientemente claras y precisas para deducir de ellas la imposición por parte de los acusados de unas determinadas condiciones laborales. Así, se dice al Fundamento jurídico 10º que el testigo protegido Carlos Antonio manifestó haber pagado 650 euros por el viaje a España, aunque sin precisar a quien; que cada día cobraba 250,30 euros por 8 horas de trabajo, aunque a continuación se diga que solo llegó a cobrar 400 euros en seis meses, lo cual puede ser un error material de uno u otro sentido, aunque no constan otros datos que lo aclaren; que le descontaban 25 euros por el alquiler del piso y 4,2 euros por el transporte diario; y que llegaban a pagar 27.000 pesetas por comenzar a trabajar en los campos. Pero no se precisa quien o quienes pagaron esas cantidades, ni a quien se le pagaron, lo cual tiene importancia en cuanto que las personas citadas en la sentencia trabajaban en distintos sitios. Así, cuando en la sentencia se menciona al acusado Fernando , al Fundamento Jurídico 3º, se dice que a los de Valencia, cuya relación con otros acusados o afectados no se precisa, les pagaban 675 pesetas/hora, lo cual en sí mismo no supone una situación especialmente desfavorecida, a falta de otros datos. El testigo protegido Carlos Antonio manifiesta asimismo, al Fundamento Jurídico 5º, que Emilio le cobraba comisión para poder trabajar, pero no precisa más, ni en relación al lugar, ni al tiempo, ni la cantidad.. El testigo protegido 2 dice que trabajó en Madrid y Guadalajara, donde no consta en el hecho ninguna actividad de los acusados. El testigo Juan Miguel declara, sin más precisiones, que cobraba entre 1.500 y 2.000 diarias, pero no precisa quien se lo pagaba ni donde o cuando. El testigo Alfonso afirma que cobraba 2.000 diarias y pagaba 1.000 por el piso, pero tampoco precisa a quien se lo pagaba, ni quien le pagaba a él. En el Hecho Probado 7º se mencionan varias personas afectadas por la conducta de los acusados, aunque no se precisa los hechos que afectaron a cada una de ellas. Además, a José María, MP y KR no se les menciona en la fundamentación. Los testigos Fermín y Millán , cuyas declaraciones se mencionan en la Fundamentación jurídica de la sentencia, no aparecen en la relación de personas

afectadas. Otros testigos tampoco son definitivos. Alfonso , declara que trabaja para Fernando , pero no precisa cuando, ni donde, ni lo que cobró, ni en qué condiciones trabajó, cuando en el hecho probado se dice que Fernando realizó al menos parte de sus actividades en Valencia, donde no se describe ninguna irregularidad relevante. Eugenio , al Fundamento Jurídico 4º reconoce a Braulio como el jefe o encargado en Ser-Pikup, diciendo que llegaba a desplazarse a los campos con los trabajadores . Pero falta cualquier referencia concreta a sus condiciones de trabajo en las ocasiones imputables al citado acusado. Solo se dice en el Hecho Probado 7º que era uno de los afectados por la explotación, pero tal afirmación por sí sola carece de concreción y no viene apoyada en otras que permitan subsanar ese defecto. El testigo protegido Carlos Antonio , según se dice en el Fundamento Jurídico 3º, manifestó que uno de sus Jefes era Fernando , quien les llevaba a los campos a trabajar. Sin embargo, no se precisa durante cuanto tiempo, ni en qué lugar, pudiendo haber sido en Valencia, ni tampoco lo que cobró entonces. La cuestión no carece de importancia, pues a renglón seguido se dice que también Fermín reconoció a Fernando como el que ejercía de jefe de los trabajadores empleados en la recogida de cítricos, y sin embargo no aparece como uno de los perjudicados por las condiciones irregulares de trabajo. Además, al Fundamento Jurídico 7º se dice que también identifica fotográficamente a Pedro Enrique , pero no se precisa qué función le atribuye. Igualmente, al Fundamento Jurídico 8º, se afirma que reconoce también a Juan Luis, al que imputa la falsificación de matrículas de los vehículos utilizados en esas actividades, pero esta es una cuestión respecto de la que nada se dice en el hecho probado, y que por sí misma no implica conocimiento o participación en el resto de las actividades. Por otro lado, de las documentaciones incautadas en poder de algunos acusados no se desprende necesariamente ninguna irregularidad, pues no consta si los salarios anotados en los papeles mencionados en la sentencia eran especialmente escasos, o si las condiciones de trabajo eran inadecuadas, (solo se dice que trabajaban 9 o 10 horas) ni se identifica a los trabajadores afectados, ni tampoco se precisa para quien trabajaban, o donde lo hacían, lo cual tiene importancia habida cuenta que había otros que lo hacían de forma regularizada. 2. La calificación de los hechos subsistentes como constitutivos de un delito del artículo 312.2º del Código Penal , no resulta posible. No solo a causa de las dificultades derivadas de la ausencia de pruebas suficientemente concluyentes sobre aspectos relevantes, como se acaba de poner de relieve, sino especialmente porque la descripción fáctica impide aplicar el referido precepto. Efectivamente, el artículo 312.2º sanciona en su segundo inciso a quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones contrarias a los derechos laborales reconocidos. Un elemento del tipo objetivo es sin duda la inexistencia de permiso de trabajo. Al Hecho Probado 4º se afirma que las acusadas incorporaban a los trabajadores a sus contingentes de inmigrantes "con independencia de que tuvieran permiso de trabajo o no". Esta imprecisión, de la que necesariamente se deduce que algunos trabajadores tenían permiso de trabajo, seguida de la ausencia de concreciones respecto de cada acusado, impide considerar este delito. Sería preciso declarar probado, y luego explicar cuál es la prueba que lo acredita, que al menos alguno de los afectados, a los que se debería identificar, fueron empleados careciendo de permiso de trabajo, en las condiciones a las que se refiere el precepto. No ocurre así, lo cual determina la imposibilidad de aplicación de este artículo, y la consiguiente absolución de todos los acusados. 3. En cuanto a los hechos subsumibles en el artículo 313 .1º , es decir, constitutivos de un delito de favorecimiento por cualquier medio de la inmigración clandestina de trabajadores a España, en el hecho probado solamente se menciona en este sentido la actividad de Antonio , del que se afirma que, en contacto con una mujer en Bulgaria, no identificada, se encargaba de traer a los inmigrantes ilegales a España, siendo aquí recogidos por otros acusados. Sin embargo, como ya se ha dicho, no aparece en la sentencia ninguna prueba acerca de esos contactos, ni tampoco de la conexión de los demás acusados con esa actividad, lo que impediría considerar acreditados tales hechos respecto de aquellos. Además, respecto a la conducta del mencionado Antonio , en la fundamentación jurídica, Fundamento Jurídico 2º, solamente se señala que el testigo Juan Miguel lo reconoce como la persona que le ayudó a venir a España, llevándolo a Ser-Pikup, pero ni siquiera se dice cómo entró en España ni si lo hizo de forma ilegal, ni en qué consistió la ayuda prestada por el acusado. Por otro lado, en cuanto a la actuación concreta del acusado Antonio , solo se menciona que fue detenido con dos pasaportes y 38 fotocopias de pasaportes, todos búlgaros, cuando al parecer, los esperaba. Sin embargo, no se identificó a los inmigrantes, ni su procedencia, ni su condición de ilegales, probablemente por la imposibilidad de hacerlo. Pero tampoco se aclaró si la documentación o las copias de la misma que se ocuparon en su poder correspondían a personas reales y si esas personas carecían de la posibilidad de entrar en España de forma legal. De otro lado, respecto de los demás afectados mencionados en el Hecho Probado 7º, nada se dice acerca de la forma de su entrada en España, lo que impide llegar a la conclusión de que se efectuó de forma ilegal. El artículo 313 .1º sanciona a los que por cualquier medio favorecieran la inmigración clandestina de trabajadores a España. La doctrina de esta Sala ha entendido que inmigración clandestina no es solo la que se realiza fuera de los pasos administrativamente establecidos para ello o bien ocultando su realización. Pero en cualquier caso, sería preciso que en los hechos probados se estableciera la forma en la que algunas personas entraron en España, para poder calificarla como clandestina y establecer luego los actos de favorecimiento que resultarían típicos. Nada de esto se aprecia en el hecho probado, más allá de declaraciones generales que, por lo mismo, carecen de suficiente precisión para constituir la base fáctica de una condena penal. En consecuencia, además de la falta de pruebas en los aspectos destacados antes, los hechos declarados probados subsistentes no reúnen los elementos necesarios para ser calificados como delictivos según los artículos 312.2º y 313 .1º del Código Penal [STS 26/11/2007 (Nº 985/2007)].

1.9. Otros aspectos relevantes: redacción de los escritos de calificación y motivación de las sentencias.

► En los casos en los que la conducta enjuiciada afecta a un grupo numeroso de personas es deseable que el relato fáctico exprese con claridad de qué forma las acciones u omisiones de los acusados se relacionaron con cada uno de los afectados. En caso de que tal cosa no resulte posible, al menos deberá especificarse respecto a alguno o a algunos de aquellos con la finalidad de establecer con claridad la conducta típica y luego, si procede, obtener de esos datos una deducción que autorice una afirmación de carácter más general. Otro tanto ocurre cuando la conducta del sujeto se compone de actos concretos, por sí mismos típicos, que puede también describirse con una referencia a su reiteración. En estos casos no es aceptable una afirmación general si no va acompañada de otras concretas que la expliquen y sustenten, pues al presentarse como algo imposible de rebatir impediría cualquier defensa frente a ella que pretendiera demostrar su inexactitud. Así, por ejemplo, no podrá declararse únicamente que una persona se dedica al tráfico de drogas; por el contrario será preciso establecer antes unos hechos concretos integrantes del tal tráfico, para de su reiteración deducir aquella dedicación. Por otra parte, los hechos probados deben constar con claridad en el apartado correspondiente. No es correcto introducir afirmaciones fácticas en la

fundamentación jurídica de la sentencia; pero en el caso en que así se haga, es preciso motivar la declaración de tales aspectos fácticos como probados [STS 26/11/2007 (Nº 985/2007)].

2. Delito de trata de seres humanos con fines de explotación laboral. Del mismo modo que existen organizaciones criminales dirigidas a la explotación sexual, otras tienen como objetivo lucrarse a través de la dominación de seres humanos mediante su explotación laboral.

En estos casos, el funcionamiento de estas organizaciones es similar a las que se dedican a la otra forma de explotación toda vez que de manera estable, jerárquica y organizada, desarrollan su ilícita actividad en sucesivas etapas perfectamente diferenciadas en que participan una pluralidad de sujetos con papeles bien definidos según cada una de las fases: A) Captación en el país de origen; B) Introducción en España (para lo que algunas veces se valen de agencias de viaje legalmente constituidas, utilizándose el autobús como medio más habitual de transporte); C) Recepción y alojamiento en España en pisos o lugares previamente dispuestos; D) Explotación laboral, imponiéndoles condiciones extraordinariamente gravosas de trabajo. Pueden obligarles a trabajar en empresas propias o les buscan trabajo en empresas de cualquier índole, muy a menudo en agricultura y construcción. Evidentemente, por todos y cada uno de esos *servicios* los trabajadores deben pagar las correspondientes cantidades (*canon*, siempre abusivo). Para el sometimiento de los trabajadores y la garantía del pago a la organización, les suelen retener sus pasaportes, no dudando en emplear la coacción o amenazas cuando es preciso, cobrando los salarios directamente de empleador en la mayoría de las veces. En ocasiones les facilitan a los trabajadores documentación falsa.

Tras la reforma de 2000 este tipo de conductas ha sido castigado como delito del artículo 318 bis apartados 1, 2 y 5 CP, sin perjuicio de la concurrencia de otros delitos de la más variada naturaleza (amenazas, lesiones, falsedad, cohecho, etc...).

Vide, SSTS 26/12/2003 (RNº 1178/2002); 13/10/2004 (RNº 209/2004); 20/1/2005 (RNº 587/2003); 14/7/2006 (RNº 936/2005) (absolutoria por defecto de prueba/nulidad de intervenciones telefónicas); 16/10/2006 (RNº 1503/2005) (absolutoria en parte por defecto de prueba/nulidad de intervenciones telefónicas); 27/12/2006 (RNº 2179/2005).

Cuando se trata de una red criminal dedicada a la introducción ilegal de inmigrantes sin que exista una previa estructuración y organización del trabajo, esto es, sin la fase final de explotación laboral por la propia mafia, la STS 27/12/2006 (RNº 2179/2005), acepta la calificación por el artículo 318 bis apartados 1, 2 y 5 CP, recordando que esta conducta no admite la continuidad delictiva del artículo 74 CP. Del mismo modo, esa calificación procede cuando los acusados, en el engranaje criminal, sólo realizaban funciones de alojamiento.

En este motivo denuncia el error de derecho por la indebida aplicación del art. 74 del Código penal delito continuado, entendiendo que el único hecho subsumible en el art. 318 bis es el acaecido en el mes de marzo de 2000 pues es el único acaecido con posterioridad a la tipificación del delito. Tiene razón la recurrente en cuanto expresa que no nos encontramos ante una pluralidad de hechos delictivos unificados en la continuidad delictiva, aunque se describan una pluralidad de acciones que sirven para determinar la existencia de la organización. Pero del error del tribunal, que subsume el hecho en la continuidad no se derivan las consecuencias en la imposición de la pena derivadas de esa naturaleza de hecho continuado. El tribunal, como informa el Ministerio fiscal en el escrito de impugnación al recurso, la pena impuesta es la mínima procedente al hecho delictivo, sin considerar la naturaleza continuada que se declara en la sentencia, por lo que la estimación del motivo no conduciría a una reducción en la penalidad [STS 27/12/2006 (RNº 2179/2005)]. Formando parte de una amplia organización, en connivencia con personas relacionadas con una agencia de viajes colombiana denominada T, recibían en su piso de Valencia a emigrantes de esa nacionalidad que venían con pasaporte de turistas y se lucraban cobrándoles unas cantidades en calidad de hospedaje [STS 26/12/2003 (RNº 1178/2002)].

Por contra, la STS 10/3/2005 (RNº 835/2004) que analiza unos hechos ocurridos durante el año 2000, sin apreciar la existencia de organización pero concurriendo todos los elementos habituales de explotación laboral, admite la concurrencia de un delito del artículo 313.1 en concurso con otro del artículo 312.1 CP. Más dificultades de comprensión provoca la STS 28/11/2006 (RNº 10033/2006) que resuelve un recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal. En la relación de hechos probados se constata que los acusados (pareja estable), con evidente ánimo de lucro, a partir del año 2004 contactaron con ciudadanos de su país a los que invitaron a venir a España para trabajar facilitándoles la cobertura económica, el transporte y alojamiento en España. Una vez llegados se les retiraba el pasaporte, eran puestos a trabajar en labores agrícolas *bajo un fuerte control de los acusados*, en jornadas de diez y doce horas, y *en el momento de cobrar sus salarios, eran los*

acusados quienes recibían materialmente el dinero, que se guardaban para sí. Y a cada trabajador le daban una cantidad variable, de un mínimo de 5 euros, y un máximo de 10 euros, para comer durante toda la semana. Lejos de reconocer que se trata de un supuesto típico de trata de personas para la explotación laboral, niega la aplicación del artículo 318 bis CP, subsumiendo los hechos en el concurso entre los delitos del artículo 312.1 CP y artículo 313.1 CP.

Los delitos tipificados en los artículos 312.1 y 313.1 del Código Penal se encuadran en el Título XV, relativo a los delitos contra los derechos de los trabajadores. Se refieren constantemente al tráfico de mano de obra con objeto de favorecer las condiciones de trabajo. No se distingue entre trabajadores españoles y extranjeros, aunque ambos se encuentran en el foco de protección. Sin necesidad de mayores precisiones es consustancial a las modalidades delictiva el propósito de beneficiarse, liberándose de parte de los costes salariales y de Seguridad Social que deberían prestarse en el caso de un contrato en condiciones normales. El artículo 318-bis se incluye en el Título XV bis, dedicado a los delitos contra los ciudadanos extranjeros, en su generalidad, sin propósito de dedicarlos a mano de obra ilegal y barata o bien para su explotación sexual. Es evidente que, en el caso de la inmigración clandestina inespecífica o indeterminada, lo normal es que se realice no por el simple propósito de atentar contra los derechos de los ciudadanos extranjeros sino por un consustancial e inseparable ánimo de lucro. Si nos atenemos al relato de hechos probados, los acusados se dedicaban a traer ciudadanos extranjeros a nuestro país con la específica e inequívoca voluntad de dedicarlos al trabajo en condiciones desfavorables, ofreciendo como oferta de llamamiento un trabajo que sabían que nunca podría ser en condiciones normales, sin que ello suponga inicialmente la explotación ya que es compatible con una retribución salarial más o menos justa. Lo determinante del tipo es la restricción o supresión los derechos que tuvieren reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual [STS 28/11/2006 (RNº 10033/2006)].

IV. DELITOS DE FAVORECIMIENTO DE LA INMIGRACIÓN CLANDESTINA.

1. Introducción en territorio español a través de pateras, cayucos u otras embarcaciones similares.

SSTS 26/6/2002 (Nº 1252/2002); 28/6/2002 (Nº 1248/2002); 8/7/2002 (Nº 1312/2002); 16/7/2002(Nº 1330/2002); 15/10/2002(Nº 1685/2002); 7/4/2003(Nº 527/2003); 7/5/2003 (Nº 668/2003); 14/5/2003 (Nº 739/2003); 29/5/2003 (Nº 789/2003); 30/5/2003 (Nº 762/2003); 17/9/2003 (Nº 1207/2003); 16/10/2003 (1397/2003); 26/11/2003 (RNº 733/2002); 28/11/2003 (1597/2003); 22/6/2004 (801/2004); 14/4/2005 (14/4/2005); 18/4/2005 (Nº 491/2005); 4/5/2005 (Nº 568/2005); 3/6/2005 (Nº 689/2005); 6/6/2005 (Nº 700/2005); 7/6/2005 (Nº 760/2005); 13/7/2005 (Nº 968/2005); 20/7/2005 (Nº 950/2005); 20/9/2005 (Nº 1050/2005); 4/10/2005 (Nº 1150/2005); 25/10/2005 (Nº 1306/2005); 17/11/2005 (Nº 17/11/2005); 30/12/2005 (Nº 1595/2005); 20/1/2006 (Nº 46/2006); 15/6/2007 (Nº 561/2007); 21/6/2007 (Nº 582/2007); 21/6/2007 (Nº 628/2007); 25/6/2007 (Nº 554/2007); 26/6/2007 (Nº 618/2007); 5/7/2007 (Nº 622/2007); 25/9/2007 (Nº 718/2007); 26/9/2007 (Nº 753/2007); 2/10/2007 (Nº 799/2007); 8/10/2007 (Nº 788/2007); 11/10/2007 (Nº 808/2007); 27/12/2007 (Nº 1092/2007); 3/1/2008 (Nº 1121/2008); 23/1/2008 (Nº 1/2008); 31/1/2008 (Nº 36/2008); 18/2/2008 (Nº 122/2008); 22/2/2008 (Nº 111/2008); 13/5/2008 (Nº 270/2008); 29/12/2008 (Nº 921/2008); 21/1/2009 (Nº 17/2009).

1.1 Hechos enjuiciados. La incoación de este tipo de procedimientos se produce en la mayoría de las ocasiones como consecuencia del apresamiento por las Patrulleras del Servicio Marítimo de la Guardia Civil cerca de las costas españolas de cayucos, pateras u otras embarcaciones similares que transportando un número cambiante de inmigrantes casi siempre africanos pretenden introducirlos clandestinamente en territorio español. Muchas veces han sido previamente detectados mediante cámaras térmicas o radares por la patrulla fiscal de la Guardia Civil que lo comunican al Servicio Marítimo Provincial de la Guardia Civil que procede a su interceptación.

Los cayucos (derivado del término africano *cayo = piragua*) son embarcaciones fabricadas comúnmente de madera (a veces, vaciando un tronco de árbol) que en algunos países subsaharianos (Mauritania, Senegal, Gambia y Guinea) se utilizan para pescar. Suelen tener una eslora de alrededor de 15 metros y una altura aproximada de metro y medio, donde los traficantes de hombres han llegado a transportar hasta 180 personas en condiciones lamentables durante una travesía que puede llegar a durar veinte días. **Las pateras** son embarcaciones utilizadas fundamentalmente en Marruecos para la pesca de bajura. Como botes abiertos y fondo plano, son de eslora [alrededor de seis metros] y altura notablemente inferior a los cayucos hasta el punto de que su capacidad no suele ser superior a las cincuenta personas. A veces se modifican sus características iniciales para aumentar la capacidad de carga. También se usan para el transporte de migrantes otros tipos de embarcaciones ligeras de menor cabida: **balsas rígidas o hinchables, zodiacs** e incluso **hidropedales**. La utilización de embarcaciones de tipo neumático (tres metros y medio de eslora por dos de manga provista de motor fuera borda) reciben el mismo tratamiento jurídico que las pateras [STS 6/6/2005 (Nº 700/2005)]. En muchas ocasiones, para transportar a los inmigrantes todas esas barcas suelen incorporar un motor fuera borda y, pocas veces, aparatos de navegación (GPS).

La naturaleza tan precaria de este tipo embarcaciones carentes de elementos de seguridad y de ayudas a la navegación o de salvavidas, muchas veces alteradas en sus condiciones de navegabilidad, el número excesivo de personas transportadas para sus características (a veces con mujeres embarazadas y niños a bordo), el tratarse de una travesía por alta mar, determina que en la mayoría de las ocasiones las personas transportadas corran un riesgo o grave peligro, como por

desgracia lo demuestra la realidad empírica que acredita numerosos episodios de personas fallecidas en situaciones idénticas.

Hay que afirmar que se está ante una manifestación de la explotación a la que son sometidas personas que quieren ingresar en España, y que aceptan exponerse a los gravísimos riesgos que conlleva su ingreso clandestino facilitado por las personas que se lucran con tan rechazable tráfico y solo cuidan de su propio beneficio y seguridad, no importándole que con mucha frecuencia, el trecho que separa Marruecos de España se vaya convirtiendo poco a poco en una verdadera fosa común [STS 6/6/2005 (Nº 700/2005)].

1.2. Calificación jurídica: supuesto típico del artículo 318 bis Nº 1 y 3 CP.
Indubitadamente la introducción en territorio español de inmigrantes por esta vía constituye un supuesto paradigmático de inmigración clandestina directamente penado por el artículo 318 bis CP, siendo indiferente cual haya sido el menor o mayor número de inmigrantes transportados.

Como se dice en la Circular 1/2002 de la Fiscalía General del Estado, la ilegalidad de la entrada en territorio español resulta patente en los casos, como el que ahora se estudia, en que se trata de un paso clandestino, evitando los puestos habilitados e impidiendo el control del acceso por las autoridades [STS 8/7/2002 (Nº 1312/2002)]. ► Para apreciar el delito es indiferente el número de inmigrantes transportados. Que fueron 27 ó 48 los inmigrantes transportados por el acusado y que arribaron ilegalmente a territorio español, carece de toda relevancia a efectos del tipo penal aplicado y siendo realmente inadmisibles la afirmación del recurrente de que se trata de un dato definidor del tipo penal [STS 18/4/2005 (Nº 491/2005)].

Aquellas circunstancias extremadamente peligrosas del transporte determinan que en la generalidad de las ocasiones concurra el subtipo agravado del ordinal tercero del artículo 318 bis CP. El juicio de inferencia sobre la peligrosidad de la acción se desprende directamente de la descripción fáctica del modo de verificarse la propia travesía.

La determinación de la concurrencia en los hechos enjuiciados del peligro que contempla el art. 318 bis 3º CP debe ser obtenida por el Tribunal mediante un juicio de inferencia deducido del análisis de los datos y circunstancias fácticas que figuren en el relato histórico, toda vez que, en puridad, tal peligro no es en sí mismo una realidad material directamente perceptible por los sentidos, sino, en su caso, el resultado de un proceso intelectual valorativo de las circunstancias objetivas y físicamente constatables que rodean la situación objeto de análisis. Desde esta perspectiva, la invocación de la presunción de inocencia para impugnar la apreciación del Tribunal a quo de la realidad del riesgo para la vida o la integridad física de las personas que, a cambio de un precio, viajaban en la embarcación patronada por los acusados, únicamente puede prosperar en el caso de que los datos fácticos circunstanciales que conforman la base del juicio de inferencia no están debidamente acreditados por prueba válida y suficiente, o bien si la conclusión deducida por el juzgador del análisis de esos hechos-base se revela contraria a las reglas de la razón, de la lógica y de los dictados de la experiencia [STS 28/6/2002 (Nº 1248/2002)]; ► Indudablemente en estos casos el delito se produce toda vez que se favoreció o facilitó por dinero el tráfico ilegal de personas, en condiciones de riesgo para la vida de éstas, dado el tipo de embarcación y la falta de precauciones imprescindibles (medios de navegación, material de salvamento, etc.), realizando el transporte concertado [STS 15/10/2002 (Nº 1685/2002)]. ► Basta la descripción fáctica de las circunstancias en que se realizó la travesía para confirmar la concurrencia del elemento del riesgo para la vida, la salud o la integridad de las personas que requiere el subtipo. Ya decíamos en nuestra sentencia de 28 de junio de 2002 que no cabe aceptar como irracional o absurdo el juicio de inferencia de la peligrosidad para la vida e integridad física de las personas que transportaba una embarcación tan precaria, carente de los mínimos elementos de seguridad y de ayudas a la navegación y, por ello, sumamente vulnerable en un medio de suyo hostil y sumamente arriesgado en las condiciones en que se efectuó la travesía. Si a estas consideraciones se añade la realidad que nos ofrece la experiencia, que demuestra empíricamente los numerosos episodios de personas fallecidas en situaciones idénticas al supuesto de hecho enjuiciado, lo que pone de manifiesto de modo patente la certeza del grave peligro que aprecia el juzgador de instancia, habrá de concluirse que el pronunciamiento inferido por el Tribunal sentenciador se ajusta plenamente a los cánones de la racionalidad, de la lógica, de la experiencia y del recto criterio humano [STS 18/4/2005 (491/2005)] [Vide, SSTS 28/6/2002 (Nº 1248/2002); 16/7/2002 (Nº 1330/2002); 18/4/2005 (Nº 491/2005); 6/6/2005 (Nº 760/2005); 7/6/2005 (Nº 760/2005); 20/7/2005 (Nº 950/2005)] ► En cuanto a esta última circunstancia se refiere, baste decir que la embarcación en que viajaban las noventa y siete personas a que se refiere el relato fáctico de la sentencia (cifra muy elevada para una embarcación de pesca con sólo unos veinticinco metros de eslora) fue localizada en alta mar, a la deriva, al habérsele acabado el combustible, a unas treinta millas de la isla de El Hierro, que, como pone de relieve el Tribunal de instancia, es el "último punto donde se puede encontrar tierra entre el Archipiélago Canario y América, por lo que de no haberse hallado se hubiese perdido en la inmensidad del mar"; todo ello, con independencia de que, en el presente caso, alguno de los pasajeros hubo de ser atendido al desembarcar en territorio español "por presentar problemas de deshidratación", "cosa que tampoco era de extrañar teniendo en consideración la distancia recorrida, el tipo de embarcación de la que se trataba, de pesca, con apenas 25 metros de eslora, no sólo no habilitada para el transporte de personas sino que, por su número, nada menos que 97, contando los tres acusados, venían hacinadas, hace que igualmente sea de aplicación su Nº 3º [STS 18/2/2008 (nº 122/2008)].

1.3. Concurso ideal con el delito de homicidio imprudente del artículo 142 CP.
Consecuentemente, cuando la embarcación naufraga y fallece alguno de los ocupantes de tan miserable embarcación, se hace preciso valorar la concurrencia del concurso ideal que se produce entre los delitos de homicidio imprudentes del artículo 142 CP y el delito del artículo 318 bis CP.

Aunque es cierto que el bien jurídico protegido en los delitos comprendidos en el Título XV del Código penal es múltiple, y que al efecto existen notables discrepancias en nuestra doctrina científica, no puede sostenerse que cuando se produzca la muerte de ciudadanos extranjeros como consecuencia de la inmigración clandestina y a causa de las deficiencias de la embarcación, no se produzca un concurso delictivo entre la acción dolosa de promover el viaje y la acción imprudente de ocasionar la muerte de los trasladados en condiciones de tan alta inseguridad y probabilidad de naufragio, ya que entonces tales conductas pueden perfectamente ser calificadas por ambos tipos delictivos, porque los bienes jurídicos son también diversos, de manera muy patente [STS 16/7/2002 (Nº 1330/2002)]. Aunque esta Sentencia es anterior a la reforma que introdujo el artículo 318 bis, su doctrina sigue plenamente vigente.

1.4. Ánimo de lucro y criminalidad organizada. Parece evidente que se trata de una actividad retribuida, ajena a cualquier atisbo de altruismo, como suelen reconocer los detenidos y se desprende *lógicamente de la actividad por ellos desplegada* [STS 8/7/2002 (Nº 1312/2002)] avalada por la declaración de las propias víctimas, sin embargo la concurrencia de la situación de peligro excluye que se plantee específicamente la agravación del ánimo de lucro. El artículo 318 bis CP no requiere ningún dolo especial.

Por lo que afecta a la intención con la que se dice que este acusado realizaba el viaje a que se refiere la presente causa, baste decir que el tipo penal cuestionado no exige ningún dolo específico, ningún ánimo especial, como elemento subjetivo del injusto, sino simplemente el dolo genérico inherente al que realiza consciente y libremente la conducta descrita en la correspondiente figura penal, que, en este caso, consistía en el favorecimiento de la inmigración clandestina de personas que pretendían entrar ilegalmente en territorio español; no discutiéndose, en el supuesto de autos, la intervención consciente y libre de este acusado en la operación fallida [STS 18/2/2008 (nº 122/2008)].

El ánimo de lucro normalmente se acredita por la declaración de las propias víctimas que declaran la cantidad de dinero que han debido entregar para el transporte. Sin embargo, es obvio que este tipo de inmigración constituye una de las etapas en que se desarrolla una **actividad criminal organizada** en los puntos de origen y extraordinariamente lucrativa para sus jefes. En este sentido, la apreciación de la pertenencia a una organización criminal compleja y estable dirigida al tráfico de inmigrantes relacionada con el transporte en este tipo de embarcaciones ha tenido lugar cuando los acusados han participado en funciones de recepción, transporte y alojamiento de sus víctimas en territorio español.

En los casos en que se han enjuiciado este tipo de conductas agravadas se trataba de un grupo que organizaba el viaje desde Marruecos a la península teniendo establecida una infraestructura de transporte en territorio nacional para su traslado por carretera al lugar del posible trabajo, donde eventualmente se les facilitaba alojamiento [SSTS 16/7/2002 (Nº 1330/2002); 7/4/2003 (Nº 527/2003); 13/7/2005 (Nº 968/2005)].

En algún caso por los integrantes de la organización se ha aprovechado la situación de evidente vulnerabilidad de los inmigrantes para, con violencia e intimidación, apoderarse de cuanto de valor tuvieran, dando lugar a la condena en **concurso real** de los delitos del artículo 318 bis y robo con violencia del artículo 237 y 242 1º y 2º CP [STS 7/4/2003 (Nº 527/2003)], o procediendo a privarles de libertad y exigirles rescate a sus familiares dando lugar a un concurso real con los correspondientes delitos de detención ilegal [STS 16/10/2003 (Nº 1397/2003); 13/7/2005 (Nº 968/2005); 17/11/2005 (Nº 17/11/2005); 13/5/2008 (Nº 270/2008)].

► Todos colaboraron en una actuación criminal conjunta: la recepción en una playa de la isla canaria de Lanzarote de personas que venían de Marruecos en pateras y luego eran llevadas a un inmueble de la ciudad de Arrecife, donde les quitaban su documentación y eran obligados, bajo vigilancia, a permanecer allí hasta que fueran abonados entre 1000 y 1500 euros por parte de los familiares, que lo pagaban bajo amenaza de que, de no hacerlo, los matarían o entregarían a la policía [STS 13/5/2008 (Nº 270/2008)]. ► *No tiene razón el recurrente porque en esa acción delictiva podían diferenciarse dos acciones bien distintas, la que habría de constituir un favorecimiento de la inmigración clandestina, y el encierro constitutivo de la detención ilegal. Concurso real de delitos, no concurso de normas por absorción (art. 8.3º CP) como parece pretender el recurrente. Sería necesario aplicar las sanciones correspondientes a los dos delitos para abarcar la total antijuricidad del comportamiento punible del acusado* [STS 16/10/2003 (Nº 1397/2003)] ► Hemos dejado para el final el tema propuesto por la defensa conjunta de los otros tres en su motivo 2º en el que se pretende que hubo infracción de ley por no haberse estimado que el delito del art. 318 bis absorbió los de detención ilegal o que hubo una relación necesaria de medio a fin del primero respecto de los segundos. Entendemos que no fue así: A) No cabe hablar de concurso de normas del nº 3º del art. 8 CP, ya que es necesario sancionar por ambas clases de delitos para abarcar la total antijuricidad del comportamiento criminal de los procesados. B) Por otro lado, tampoco hubo necesidad de un delito para la comisión de otros, pues, como bien dice el Ministerio fiscal ninguna necesidad había de que un traslado en patera a Canarias para un ulterior traslado por vía aérea a la Península fuera objeto de una fase intermedia de secuestro. Entendemos que nos hallamos ante diferentes infracciones penales en concurso real [STS 13/5/2008 (Nº 270/2008)].

La ampliación del tipo de inmigración ilegal, operada por la reforma de la Ley 4/2000, determina que la conducta de traslado dentro del territorio nacional de inmigrantes clandestinos constituye o puede constituir una acción típica de favorecimiento de la inmigración, siempre que la conexión entre los receptores y la organización quede fehacientemente acreditada (aun mediante prueba indiciaria) pues en otro caso su responsabilidad solo alcanzará a esos delitos conexos.

[Vide, SSTS 14/5/2003 (Nº 739/2003); 29/5/2003 (Nº 789/2003); 30/5/2003 (Nº 762/2003); 17/9/2003 (Nº 1207/2003); 16/10/2003 (Nº 1397/2003); 26/11/2003 (Nº 1451/2003); 28/11/2003 (Nº 1597/2003); 22/6/2004 (Nº 801/2004); 4/10/2005 (Nº 1150/2005)]. ► *Ciertamente, el artículo 313.1 del Código Penal castiga al que promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España y la conducta realizada por los acusados en modo alguno promueve o favorece dicha inmigración ya que su actuación se inicia, de acuerdo con el relato fáctico, respecto a inmigrantes ilegales una vez que tienen conocimiento de que se encuentran en España y sin que nada se diga de una posible intervención para introducirlos clandestinamente en nuestro país [STS 29/5/2003 (Nº 789/2003)]. ► Pues bien, a través de estos elementos probatorios puede estimarse acreditada la realización de la conducta integradora del tipo básico del artículo 318 bis del CP 95, es decir la promoción o favorecimiento del tráfico ilegal de personas en tránsito o con destino a España. Sin embargo, si se prescinde del resultado del registro y de las pruebas derivadas del mismo, no puede estimarse suficientemente acreditada la concurrencia de los subtipos agravados segundo y quinto, ánimo de lucro y pertenencia a organización. En efecto la percepción de beneficios la deduce el Tribunal sentenciador de manifestaciones del acusado derivadas del resultado del registro, por lo que eliminado éste carece de fundamento probatorio suficiente. Y la pertenencia a organización se fundamenta en un único indicio básico, que el propio Ministerio Fiscal considera insuficiente, consistente en el elevado número de personas hallado en el registro domiciliario, dato también inutilizable. La supresión de la agravante de organización es apoyada por el Ministerio Público, pese a considerar válido el registro (No se aprecia la pertenencia a organización por la declaración de nulidad del registro domiciliario practicado) [STS 26/11/2003 (Nº 1451/2003)]. ► Ya explicamos el pleno acreditamiento del desplazamiento de los acusados a unas montañas de Algeciras para la localización y recogida de los inmigrantes, hecho reconocido por los acusados y por las víctimas, amén de que así lo corroboraron otros coimputados, e incluso los testigos protegidos atribuyendo al recurrente y a (...) el traslado de las víctimas desde Andalucía a Lorca. No es necesario que el sustento probatorio alcance a demostrar que fueron ellos materialmente los que introdujeron en el país a los inmigrantes. En este sentido los hechos probados son claros. Esa parte de la actividad delictiva fue desplegada por otras personas desde Marruecos con las que necesariamente el acusado y su consorte delictivo estaban concertados. Inevitablemente (inferencia lógica) debía estar en contacto para conocer dónde debía recoger a los clandestinos inmigrantes. La conducta desplegada por el acusado, dada la flexibilidad del verbo que nuclea [sic] el tipo (favorecer la inmigración clandestina), es plenamente subsumible en el art. 313 del CP [STS 22/6/2004 (Nº 801/2004)]. El tipo de delito del art. 313.1 CP, por el que viene condenado el aquí recurrente, sanciona al que promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina, es decir, el hecho de facilitar la llegada al territorio español de una persona de modo secreto, oculto, subrepticio o ilegal. Hay que referir este comportamiento punible al hecho mismo del transporte, su organización, su realización o incluso la posterior acogida en España en connivencia con quienes participaron o prepararon el viaje correspondiente; pero no cabe ampliarlo a otras acciones, aunque luego resultaran constitutivas de otro delito diferente, realizadas cuando ya los inmigrantes se encontraban en territorio nacional, sin ocultación ninguna, atendidos en un centro hospitalario. Es evidente que A, según los hechos probados de la sentencia recurrida, para nada intervino en el hecho de la inmigración clandestina, con relación a ninguno de los dos marroquíes a los que tuvo secuestrados ni respecto de ninguna otra persona. Tal inmigración ya había acaecido en fechas anteriores y la posterior actuación del ahora recurrente no encaja en tal norma penal, sino sólo en la del art. 164 (dos delitos de secuestro) [STS 14/5/2003 (Nº 739/2003)]. ► En relación con este último supuesto ha sido trascendente la tipificación del delito del artículo 318 bis CP en relación con la limitada regulación preexistente de los delitos contra los trabajadores extranjeros del art. 313 CP. En efecto, entonces, si la actuación del acusado se produce cuando ya están los inmigrantes dentro del territorio nacional, incluso habian realizado ya dentro de la provincia de Cádiz, algún trayecto desde el lugar del desembarco hasta la ciudad de Tarifa, cuando no consta probada relación alguna anterior a dicho desembarco que pudiera acreditar algún convenio entre el acusado y tales inmigrantes (o los organizadores del viaje), es decir, cuando no aparece en los hechos probados dato alguno que permita hablar de promoción o favorecimiento de esa inmigración clandestina por parte del acusado, no cabe condenar a éste por se delito del art. 313 CP. Inmigrar, según nuestro diccionario oficial, es "llegar a un país para establecerse en él los que estaban domiciliados en otro". Según los hechos probados de la sentencia recurrida respecto de esa llegada al país (España) no aparece actuación alguna por parte del acusado. Actuó después, cuando ya es había producido esa llegada y los inmigrantes ya estaban en el interior, en la ciudad de Tarifa. No es lo mismo favorecer la inmigración que favorecer al inmigrante. Véase en este mismo sentido nuestra reciente sentencia nº 739/2003 de 13 de mayo de tal año. Otra habría sido posiblemente la solución si, en lugar de haberse acusado y condenado por este delito del art. 313, se hubieran perseguido los hechos en base al nuevo art. 318 bis introducido por LO 4/2000 de 11 de enero, dados los más amplios términos en que la conducta punible aparece definida en esta última norma [STS 16/10/2003 (Nº 1397/2003)]; ► Este artículo sanciona al que "directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España". Esta norma penal se introdujo en España por LO 4/2000, que entró en vigor unos meses antes de los hechos aquí examinados que se produjeron en el mes de octubre de ese mismo año. Responde a la voluntad del legislador de ampliar los tipos de delito del art. 313 que sancionaba la promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina (313.1) así como la emigración mediante engaño (313.2), ante la gravedad de ese importante problema social que llevaba consigo la explotación de la situación y necesidades de quienes vienen, salen o transitan por España en busca de trabajo. El hecho delictivo viene definido por la promoción, el favorecimiento o la facilitación del tráfico ilegal de personas o, alternativamente, las mismas conductas (promoción, favorecimiento o facilitación) referidas a la inmigración clandestina. Se utiliza el término personas, en lugar del de trabajadores que aparecía (y continúa) en el art. 313, ante los problemas de prueba que se planteaban para acreditar que era el propósito de trabajar la causa de la venida al territorio español. Con los términos "directa o indirectamente" se trata de dar la amplitud necesaria para integrar en este tipo de delito también los comportamientos que, dirigidos a esa misma finalidad, no tuvieran relación inmediata con el hecho favorecedor del tráfico ilegal o la inmigración clandestina. Y con las expresiones finales "desde, en tránsito o con destino a España" se quieren abarcar tres modos de*

comisión diferentes: a) movimiento de personas desde el extranjero hacia España, que es el modo más frecuente de comisión; b) salida de alguien de España al extranjero; c) tránsito dentro de España, de un punto a otro, relacionado con ese tráfico ilegal o esa inmigración clandestina, que es la conducta observada en los hechos aquí examinados como exponemos a continuación. Ya hemos dicho antes qué fue lo ocurrido en el caso presente, que conforma el primer episodio de los diferentes sucesos que fueron objeto del presente procedimiento. Nos dice así el correspondiente relato de la sentencia recurrida: "A mediados del mes de octubre de 2000, S B y L E B, ambas de nacionalidad marroquí, llegaron en patera a las costas de Tarifa (Cádiz) junto a un grupo indeterminado de ciudadanos de la misma nacionalidad, permaneciendo ocultas en una zona boscosa durante unos días sin saber a donde ir hasta que fueron trasladadas a la localidad de El Ejido. Entre los individuos que se encargaron de su traslado se encontraba el procesado BJ, mayor de edad y sin antecedentes penales, quien dispuso que otro individuo, al parecer llamado M, trasladara en un vehículo a aquellas en unión de otras personas." Luego, la misma sentencia en los dos últimos párrafos de su fundamento de derecho 3º, nos dice la razón de la absolución de los dos acusados. En síntesis, porque no se probó que los acusados hubieran tenido intervención alguna en la operación de entrada de los inmigrantes en el territorio español, ni tampoco que hubieran estado concertados los acusados con los patrocinadores del viaje de la patera hasta la península, ni menos aún que formasen parte de la organización encargada de esos viajes ilegales. Veamos ahora cómo tiene razón el Ministerio Fiscal en cuanto a la existencia del delito del art. 318 bis: A) Hubo una acción de favorecimiento de la inmigración clandestina en relación al menos con dos personas a las que se facilitó el tránsito desde un punto a otro de la península, concretamente desde una zona de bosque, en Tarifa, próxima al lugar donde se había producido el desembarco de la mencionada patera con un número indeterminado de ciudadanos marroquíes. En tal zona de bosque se hallaban S y L, desorientadas sin saber a donde ir, hasta que el procesado B J llegó al lugar y dispuso su traslado hasta El Ejido en un coche que condujo otro individuo, llamado M. Como bien dice el escrito de recurso del Ministerio Fiscal, la acción de recoger en Tarifa a quienes se hallaban ocultas en el campo sin saber dónde ir para trasladarlas hasta un pueblo de Almería, cuando aún no tenían un lugar donde asentarse, ha de considerarse favorecimiento de esas pretensiones de quienes ilegalmente habían llegado a nuestras costas para quedarse en nuestro país. Ese viaje, cuando tales personas no tenían resuelto su problema de a dónde dirigirse encaja en tal art. 318 bis 1 CP, aun cuando la finalidad de quien lo organizara fuera la de luego encerrarlas bajo llave para obtener un dinero por su liberación, bien de ellas mismas, bien de sus familiares. Pues tal intención de lucro no excluye el conocimiento por parte de quien dispuso ese viaje desde la provincia de Cádiz hasta la de Almería relativo a que con su comportamiento estaba facilitando ese asentamiento en España de quienes provenían del extranjero; conocimiento que basta para integrar el dolo propio de toda clase de delitos dolosos como lo es el aquí examinado. Actuar con ese conocimiento, aunque la finalidad de su comportamiento fuera la de después extorsionar a los inmigrantes o a sus familiares, constituye el llamado dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias. Por otro lado, también de acuerdo con lo aquí alegado por el Ministerio Fiscal, hay perfecta compatibilidad entre los delitos de secuestro del art. 164 sancionados en la sentencia recurrida y este otro del art. 318 bis 1. Se trata de conductas fácilmente separables, que podrían haber existido la una sin la otra, que originan un concurso real de delitos y no concurso de normas por absorción (art. 8.3º CP), ya que es necesario aplicar ambas disposiciones penales para abarcar la total antijuricidad del comportamiento punible que estamos examinando. Véase la sentencia de esta sala 1397/2003, de 16 de octubre, citada por el Ministerio Fiscal en su escrito de recurso. B) Ahora bien, tal pluralidad de infracciones en concurso real no ha de aplicarse al acusado B A E O, el cual sólo interviene en el episodio final de los hechos que estamos examinando, en calidad de encargado de la vigilancia para que las personas encerradas no salieran de la casa de El Ejido. No consta que éste (B A) tuviera participación alguna en ese viaje que constituye el tránsito entre dos puntos de España particularmente previsto como conducta punible del art. 318 bis.1 CP. Por todo ello, la condena por esta última infracción sólo cabe respecto del otro acusado, B J, que aparece como la persona que organizó ese viaje de Cádiz a Almería disponiendo que otro individuo, no B A, sino uno llamado M, realizara ese traslado hasta el pueblo de El Ejido en un vehículo. En conclusión, hay que estimar parcialmente el recurso del Ministerio Fiscal: hubo delito del art. 318 bis.1 CP (facilitar la inmigración clandestina mediante el tránsito de un punto de España a otro); pero en el mismo sólo participó uno de los dos acusados, B, y no el otro, B A. [STS 13/7/2005 (Nº 968/2005)].

1.5. Patrones y pilotos: compatibilidad del ordinal tercero y sexto del artículo 318 bis CP. Lamentablemente, es lo cierto que en la mayoría de las ocasiones sólo es posible formular acusación contra los pilotos, patrones y ayudantes que controlan las embarcaciones que en alguna ocasión han realizado esa función de colaboración como forma de pago de su propio transporte, siendo en cierta medida instrumentos utilizados por las redes mafiosas. En este último caso su conducta puede ser favorecida por la aplicación del párrafo 6 del artículo 318 bis CP.

Ahora bien, parece que la sentencia entiende aplicable al caso el número 6 del art. 318 bis, cuando expresamente menciona ese precepto y argumenta: "Partiendo de la gravedad intrínseca de la acción, el número de ocupantes de la embarcación, siendo excesivo para las dimensiones de la patera, no era tan alto como desgraciadamente suele acontecer en similares ocasiones.- Sus ocupantes eran marroquíes y no subsaharianos en quienes generalmente concurre un especial estado de indigencia y un más largo itinerario padecido hasta llegar a la costa africana lo que les hace especialmente vulnerables.- No puede descartarse que la intención final de los acusados, como afirman, fuera quedarse ellos mismos en nuestro País, esto es, procurarse para sí un medio para lograr una inmigración irregular, más que obtener dinero, dado que si bien es cierto que los ocupantes de la patera pagaron por venir en ella, no consta que tal pago tuviera como destinatario final a los acusados, a quien no se les ocupó dinero.- A esta circunstancia se une de una parte que A había intentado entrar con anterioridad en las islas siendo devuelto por las autoridades y que tampoco consta si disponían del suficiente combustible para retornar a la costa de África.- Por último el hecho mismo de que los acusados corrieran durante la travesía similares riesgos que el resto de los ocupantes de la patera, mitiga la reprochabilidad que merecen quienes trafican con las vidas de los inmigrantes organizando desde tierra viajes frecuentemente letales para quienes embarcan en tan precarias condiciones.-Tales circunstancias y la finalidad perseguida por los acusados, justifican rebajar en un grado la pena, fijándola cerca de su mínimo, aunque con un considerable agravamiento respecto de la señalada en el texto anterior, como nos impone la aludida reforma". Y, en consecuencia, la Audiencia, que tenía en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, pudo imponer la pena inferior en un grado a la "respectivamente" señalada -con arreglo al

número 3, de seis a ocho años-, esto es: de tres a seis años de prisión. La Audiencia, a la vista de toda esa fundamentación, que compartimos, señala que va a individualizar la pena rebajándola en un grado y fijándola cerca del mínimo; lo cual se ajustaría a la regla 6ª del art. 66 CP, pues atiende a las circunstancias personales de los delincuentes y a la gravedad del hecho. Pero, apartándose de ello, establece como pena la de cuatro años y seis meses de prisión. Ello implica una falta de motivación aceptable en la individualización de la pena que, atendida la doctrina jurisprudencial de esta Sala -véase sentencias de 02/06/2004 y 20/10/2003 TS-, lleva a reputar infringidos dichas regla 6ª del art. 66 CP y el art. 120.3 CE, que impone la motivación de la sentencia en relación con el art. 9.3 CE, el cual proscribiera la arbitrariedad; pero esa infracción puede corregirse con lo hasta aquí expuesto y con la nueva sentencia de esta Sala que reduzca la pena efectivamente al mínimo correspondiente: tres años [STS 4/5/2005 (Nº 568/2005)] ► Ciertamente, el apartado 6 del art. 318 bis del Código Penal establece lo que la parte recurrente destaca; sin embargo, tampoco este motivo puede correr mejor suerte que los ya analizados, dado que, en primer término, se trata de una cuestión no examinada en la instancia; en segundo lugar, la rebaja de la pena constituye una simple facultad del Tribunal sentenciador ("podrán imponer"); y, en tercer lugar, dado el cauce procesal elegido y la consiguiente obligación de respetar el relato de hechos probados (art. 884.3º LECrim), es patente que, en el presente caso, ni la gravedad del hecho ni, por supuesto, la finalidad perseguida, justificarían la medida solicitada (habida cuenta de los bienes jurídicos protegidos por esta figura penal); sin que, finalmente, en el factum se haga especial alusión a las condiciones del culpable [STS 18/2/2008 (nº 122/2008)].

1.6. La prueba de su participación. La prueba de la participación de estos sujetos en el delito imputado en gran medida depende de la declaración de los agentes de las fuerzas actuantes que han intervenido cuando todavía los inmigrantes se encuentran a bordo de los cayucos y pateras, unido muchas veces al propio testimonio de los inmigrantes.

Que directamente han observado como el acusado era la persona que dirigía, pilotaba o patroneaba la embarcación en popa, junto al otro condenado, en posición claramente diferenciable de la de los demás ocupantes de la nave [STS 15/10/2002 (Nº 1685/2002)]. ► Por ello, cuando ese tipo de embarcaciones han sido interceptadas antes de desembarcar los viajeros [SSTS 28/6/2002 (Nº 1248/2002); 16/7/2002 (Nº 1330/2002); 15/10/2002 (Nº 1685/2002); 14/4/2005 (Nº 14/4/2005); 7/6/2005 (Nº 760/2005); 20/7/2005 (Nº 950/2005); 20/9/2005 (Nº 1050/2005); 25/10/2005 (Nº 1306/2005); 21/1/2009 (Nº 17/2009)], las sentencias suelen fundarse en sólidos elementos de prueba directa, significadamente la prestada por los agentes actuantes [STS 7/6/2005 (Nº 760/2005), en cuanto a la prueba directa, consistente en el testimonio del guardia civil que patroneaba la patrullera de la Guardia Civil, es patente que este Tribunal de casación no puede sustituir el criterio del Tribunal de instancia sobre la credibilidad que le ha merecido dicho testimonio -prestado con pleno respeto de los principios de inmediación, publicidad y contradicción- unido al testimonio de los transportados [STS 20/9/2005 (Nº 1050/2005)]. ► Queda constancia de lo declarado por los otros dos acusados, Romeo (el patrón de la embarcación), al admitir que ya en Cabo Verde Darío fue una de las personas que junto con un tal Andrés le propuso traer el barco, quien compró los alimentos, los cargó en él y durante la travesía se encargó de distribuirlos, circunstancia -la de los alimentos- igualmente corroborada por el otro coimputado (...), quien además corroboró la versión de su compatriota - Romeo -, en el sentido que en la isla de la Sal vio a Darío por el puerto y que fueron ellos tres los primeros y únicos en acceder a la embarcación para luego dirigirse a zonas próximas a la costa donde estuvieron varios días esperando hasta que subió el resto de los inmigrantes, entre ellos la esposa de Darío, desmintiendo de esta manera la versión de éste referente a que él había subido a la embarcación junto con su mujer y otras personas desde una playa donde se encontraban escondidos; es más, llegaron a manifestar que él junto con su mujer venían en un habitáculo independiente del resto de los pasajeros, dato éste que el propio Darío admitió en el plenario como cierto y que sólo es explicable bajo la perspectiva de ser uno de los organizadores del viaje, como los otros dos acusados declaraban, al no tener sentido que en un espacio tan reducido (25 m de eslora), además en una embarcación que no estaba preparada para el transporte de personas sino para la pesca y sobrecargada, pues no podemos obviar que en ella venían casi cien individuos, le acoten, sin motivo aparente o al menos no puesto de relieve, un espacio dentro de ella. Si a lo hasta aquí dicho añadimos que la exposición de esos dos acusados, en líneas generales, han sido siempre firme y persistente en el tiempo (...), es por lo que consideramos que sus declaraciones son suficientes en aras a desvirtuar su inicial presunción de inocencia [STS 18/2/2008 (Nº 122/2008)]

No obstante el testimonio de los miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad puede ser manifiestamente insuficiente, exigiéndose un mayor caudal probatorio:

► En los supuestos de general significación que afectan a la credibilidad del testigo.

Llama la atención la desidia de la investigación cuando era exigible y necesario una toma de declaración a los ocupantes, no de todos, y una diligencia de reconocimiento para acreditar y corroborar aquello que la guardia civil había percibido en difíciles condiciones de visibilidad. Los hechos sucedieron a las 2 horas 30 minutos de la noche del día 6 de Abril de 2004 y la vista oral se celebró el día 7 de Octubre del mismo año, por lo que las razones aludidas sobre el tiempo transcurrido no resultan excesivamente convincentes, aún admitiendo que podía haber intervenido en varias operaciones parecidas. Por ello precisamente era indispensable una investigación adecuada a las exigencias de nuestra Ley de Enjuiciamiento y a la Constitución con objeto de no dejar una condena tan grave al albur de una manifestación única de un guardia civil que estaba cumpliendo con su deber y manifestó honestamente, que no podía reconocer al acusado. Ante la gravedad de los hechos, incluso, dadas sus características se podía haber mantenido a alguno de los ocupantes como testigos protegidos [STS 20/9/2005 (Nº 1050/2005)].

► Cuando las pateras y cayucos han sido interceptados una vez que ya han iniciado su viaje de vuelta tras haber desembarcado los viajeros, en los que la valoración de la prueba indiciaria cobra especial consideración.

Vide, SSTS 26/6/2002 (Nº 1252/2002); 8/7/2002 (Nº 1312/2002); 18/4/2005 (Nº 491/2005). ► En estos casos las sentencias condenatorias normalmente estarán fundadas muchas veces en las propias declaraciones autoinculporias de los acusados cuando hayan sido prestadas con todas las garantías [STS 8/7/2002 (Nº 1312/2002); 18/4/2005 (Nº 491/2005)]. Careciendo de valor alguno las realizadas por los acusados estando detenidos y antes de ser informados de sus derechos, es decir, con clara infracción de las garantías establecidas en el art. 17.3 CE [STS 26/6/2002 (Nº 1252/2002)]; ► El testimonio de los agentes actuantes [STS 8/7/2002 (Nº 1312/2002); 18/4/2005 (Nº 491/2005)]; ► y el testimonio de las personas trasladadas que deberá ser valorado con especial cuidado, pues como subraya la Circular 1/2002 de la Fiscalía General del Estado la importancia que en casos como el presente tiene el testimonio de las víctimas como medio para avanzar en la investigación y descubrir posibles redes organizadas. Pero que tales víctimas tienen por otra parte la condición de responsables de una infracción administrativa que puede acarrear su devolución, lo que agrava su reticencia a colaborar con aquellas autoridades que, en definitiva, tramitan su expulsión. Por ello en muchos casos la actividad probatoria se centra en las declaraciones de los acusados y de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que los han detenido [STS 8/7/2002 (Nº 1312/2002)]. ► En este contexto es relevante, la valoración de la **prueba indiciaria** efectuada por la STS 26/6/2002 (Nº 1252/2002), conforme a la cual no puede fundarse una sentencia condenatoria fundada en indicios tales como: a) el hecho de que no se detectara la presencia de ninguna otra embarcación desde que una -supuestamente la de los acusados- entrase y saliese del muelle de Gran Tarajal puesto que en parte alguna de los autos se dice que en dicho muelle desembarcase la noche de autos un grupo de inmigrantes; b) la circunstancia de que, en el momento de ser interceptada, la "patera" ocupada por los acusados navegase rumbo a las costas africanas, puede tener tantas explicaciones que resulta un tanto gratuito darle precisamente la de una huida tras el transporte de inmigrantes ilegales; c) la contradicción entre la primera declaración de los acusados ante el Juez de Instrucción - en que dijeron haber ocupado como inmigrantes, previo pago de un precio, la embarcación en que se dirigían, al momento de ser interceptados, a un pueblo de la isla donde tenían familiares o parientes- y la que prestaron en el juicio oral -donde manifestaron estar pescando en el indicado momento- puede ser suficiente para sospechar de ellos un comportamiento ilícito, e incluso la propia acción que la Acusación pública les atribuía, pero no para deducir, en contra de ellos, la certeza moral que debe preceder a una declaración de culpabilidad. Por el contrario, afirma que existe prueba de cargo cuando La sentencia consigna que el acusado era el único que viajaba en la patera y, por tanto, el que la patroneaba, mostrando pericia en el abarreamiento de la embarcación cuando le fue requerido; el rumbo que llevaba la embarcación cuando fue interceptada es la ruta frecuente que toman los patrones de estas embarcaciones cuando regresan a Marruecos, y que en el caso de autos dicha interceptación se había hecho por la Patrullera de la Guardia Civil GC-M04 tras haber recibido anterior aviso de la Patrulla Fiscal Territorial de que una embarcación tipo "patera" había desembarcado previamente a inmigrantes irregulares en las proximidades de Puerto Calero; el acusado llevaba un traje de agua, dinero y teléfono móvil. La excusa de que el acusado no era el patrón de la patera, ha sido valorada y rechazada por la Sala de instancia en el ejercicio de su soberana función de valoración de las pruebas de carácter personal que se practican con inmediatez y en su presencia, y las razones del rechazo de tales explicaciones exculporias que se exponen en la sentencia, en la ponderación que les merece a los jueces a quibus la credibilidad del acusado, resultan de una solidez y lógica incontestables. Porque, en efecto, carece de toda verosimilitud que el motivo por el cual regresaba a Marruecos no era otro que buscar una documentación y que no la había traído en el anterior viaje porque tenía miedo que con tanta gente que iba en la embarcación ésta se perdiera, lo cual, además, se contradice con las declaraciones vertidas en la instrucción, por lo cual manifestaba que el motivo de su regreso era porque le faltaba dinero. A lo que cabe añadir que la versión del acusado se torna en francamente increíble porque supondría que el auténtico patrón de la patera habría sido uno de los veintisiete que habrían desembarcado subrepticamente en la costa, transformando su actividad tan ilícita como lucrativa, generadora de grandes beneficios económicos como los que proporciona transportar inmigrantes ilegales por la incierta y azarosa de uno de éstos [STS 18/4/2005 (Nº 491/2005)].

Sin perjuicio de ello, por la motivación de los respectivos recursos de casación el Tribunal Supremo ha debido recordar su doctrina general sobre distintos aspectos de la prueba aplicable a estos casos enjuiciados.

Especialmente, sobre la aplicación del artículo 730 LECrim [SSTS 16/7/2002 (Nº 1330/2002); 7/4/2003 (Nº 527/2003)]; la doctrina de los testimonios impropios o de los coimputados [STS 16/7/2002 (Nº 1330/2002)]; la necesidad y pertinencia de la prueba [SSTS 16/7/2002 (Nº 1330/2002); 6/6/2005 (Nº 700/2005); 13/7/2005 (Nº 968/2005)]; y, sobre la prueba documental [SSTS 16/7/2002 (Nº 1330/2002); 15/10/2002 (Nº 1685/2002); 14/4/2005 (Nº 14/4/2005)].

1.7. Transporte de menores de edad. En cuanto a la minoría de edad de la víctima, como en todos los supuestos en que esta circunstancia es valorada como elemento típico, expresamente ha declarado la Sala Segunda que, aunque este presupuesto del subtipo no esté abarcado por dolo directo, *estimamos que lo abarcaría el dolo eventual predicable de quien asume una actuación como la aquí imputada sin cerciorarse de manera más cierta de la edad de la persona cuya ilegal inmigración favorece* [STS 30/6/2009 (Nº 740/2009)]. Sin embargo es importante señalar que cuando el menor acompaña a cualquiera de sus padres en el episodio inmigratorio no es aplicable esta circunstancia agravatoria toda vez que no hay riesgo concreto de lesión de los derechos del niño al estar amparado por sus progenitores.

Desde esta perspectiva, en los hechos aquí enjuiciados, es patente la desvinculación de los dos acusados respecto del menor, dado que éste aparece directamente unido y relacionado únicamente con su madre. Consiguientemente, no es posible apreciar la lesión -o el peligro de lesión- de los derechos e intereses legítimos del menor implicado en estos hechos, al estar en todo momento al amparo de su madre y sin ninguna implicación negativa conocida de los dos acusados [STS 6/6/2007 (Nº 526/2007)]

1.8. Delito de mera actividad. Al tratarse de un delito de mera actividad, para su consumación no es preciso que los inmigrantes hayan llegado efectivamente a territorio español ni que hayan obtenido un puesto de trabajo.

Con anterioridad a la reforma del Código Penal de 2000, los transportistas de cayucos, pateras y embarcaciones similares eran castigados como autores de un delito del artículo 313.1 CP. *Resulta irrelevante en orden a la calificación penal el dato del lugar concreto desde el que partió MA con los súbditos marroquíes -que fuera Ceuta, o cualquier otro punto del continente africano- puesto que el delito de promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores, prevista en el ap 1 del art. 313 del nuevo Código Penal, imputado al recurrente, se habría cometido con la actividad dirigida a facilitar trabajo a extranjeros, residentes fuera de España, carentes de los requisitos exigidos por la Legislación Administrativa Española para trabajar en España ... Quedó consumado el delito definido en el ap. 1 del art. 313 del nuevo CP, que es un delito de mera actividad, que se consumó por la realización de los actos de promoción o favorecimiento, sin exigir que se consiga la llegada a territorio español de los extranjeros o la obtención de puesto de trabajo por los mismos [STS 3/2/1998 (Nº 112/1998)]. ► Es un delito de mera actividad que se consuma por la realización de los actos de promover, favorecer o facilitar el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas "desde, en tránsito o con destino a España"... Ello implica que sea irrelevante que los inmigrantes llegaran a acceder a la península o no se concluya la operación por causa de intervención de la policía judicial o por razón de naufragio, por cuanto el delito se consuma por la realización de los actos de promoción, favorecimiento o facilitación, sin exigir que se consiga llegar clandestinamente a territorio español (v. SSTS de 5 de febrero de 1998, y de 16 de julio de 2002) [SSTS 15/6/2007 (Nº 561/2007); 21/6/2007 (Nº 628/2007); 25/6/2007 (Nº 554/2007); 26/6/2007 (Nº 618/2007); 5/7/2007 (Nº 622/2007)].*

1.9. Cometido desde las costas de Ceuta o Melilla y la península. Por implicar una infracción de las normas reguladoras de la entrada y paso por los controles fronterizos ello ha determinado que la clandestinidad se predique incluso cuando el traslado se hiciera dentro del territorio nacional como es el caso del paso desde las ciudades Ceuta o Melilla a la península [STS 3/2/1998 (Nº 112/1998)].

Más recientemente la STS 30/6/2009 (Nº 740/2009) llega a idéntica conclusión tras analizar el Instrumento de 23 de julio de 1993 de ratificación por el Reino de España del Acuerdo de 19 de junio de 1990 para la aplicación del Convenio Schengen de 14 de junio de 1985, publicado en Boletín Oficial del Estado de 5 de abril de 1994 afirmando que *resulta evidente que el acceso desde Ceuta a la península burlando el citado control constituye la actividad de inmigración que, carente de la pertinente autorización es ilegal.*

1.10. Extensión de la jurisdicción española. Los traficantes de inmigrantes han tratado de eludir la persecución penal mediante un ardid que ha sido desactivado por la más reciente doctrina del Tribunal Supremo en relación con la competencia de la jurisdicción penal española cuando el apresamiento de la patera o cayuco se producía lejos de las aguas territoriales españolas, incluso como consecuencia de haber avisado de su situación al servicio de salvamento marítimo español.

170 millas al sur de la isla de Gran Canaria [STS 15/6/2007 (Nº 561/2007)]; cincuenta y cinco millas al sur de la isla de Gran Canaria [STS 21/6/2007 (Nº 582/2007)]; veinte millas al sur de la isla de Gran Canaria [STS 25/6/2007 (Nº 554/2007)]; cincuenta y ocho millas al sur de la isla de Gran Canaria [STS 26/6/2007 (Nº 618/2007)]; cuarenta y seis millas al sur de la isla de Gran Canaria [STS 5/7/2007 (Nº 622/2007)].

La conceptualización como delito de mera actividad ha tenido extraordinaria relevancia no sólo en el ámbito del derecho penal material, sino también en el tratamiento procesal de la jurisdicción y competencia para su enjuiciamiento en donde –aun cuando se ha argumentado desde diversas posiciones- se ha equiparado con los supuestos de tentativa o consumación interrumpida en los que, según la **teoría de la ubicuidad**, el lugar de comisión será tanto el lugar donde se realice la preparación del delito o se inicie su ejecución, como el lugar en el que, **según la representación del hecho del autor, debería producirse el resultado**. De esta manera se ha corregido distintas resoluciones de los órganos jurisdiccionales canarios que entendían que carecían de jurisdicción cuando los cayucos u otros tipos de embarcaciones que servían para el transporte ilegal de inmigrantes eran sorprendidos fuera de las aguas jurisdiccionales españolas.

► La problemática ha sido extraordinariamente grave hasta el punto que se redactó con premura una modificación del artículo 23.4 LOPJ realizada por la **Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre**, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas que incorporó el apartado f) [“4. Igualmente será competente la jurisdicción española

para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos... f) Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores". Aunque el resultado sea el mismo, la jurisprudencia ha sido dispar a la hora de fundamentar su solución: las primeras resoluciones se fundaban en una interpretación de distintas normas de derecho internacional en conjunción con el principio real o de protección de los intereses del Estado: *La conducta se describe, por tanto, de forma progresiva: promoción, que equivale a provocación, incitación o procurar su consecución; favorecimiento, integrante por cualquier acción de ayuda o apoyo al tráfico ilegal; y facilitar, que viene constituida por la remoción de obstáculos o prestación de medios para hacer posible el tráfico y que, en el fondo, no es más que una modalidad del favorecimiento. Podríamos decir que cualquier acción prestada al inicio o durante el desarrollo del ciclo emigratorio o inmigratorio y que auxilie a su realización en condiciones de ilegalidad está incluida en la conducta típica. Ahora bien, como consecuencia del abanico de actividades que el tipo penal admite, basta con que se promueva, favorezca o facilite por cualquier medio la inmigración clandestina para que se consume el delito; lo que comporta que es suficiente la participación del infractor en alguna de las múltiples tareas que convergen para llevar a cabo la acción para cumplir la previsión normativa, por lo que pueden incluirse conductas tales como la financiación de la operación, la actuación como intermediario, transportista, piloto de embarcación, o la facilitación de ésta, etc ...* Es importante destacar también que el bien jurídico protegido por el artículo 318 bis del Código Penal está integrado por dos tipos de intereses: el interés general de controlar los flujos migratorios, evitando que éstos movimientos sean aprovechados por grupos mafiosos de criminalidad organizada, y el interés mediato de proteger la libertad, seguridad, dignidad y los derechos de los emigrantes... Concluye argumentando sobre la legitimidad de la jurisdicción española para su enjuiciamiento aún cuando ese tipo de conductas hayan sido descubiertas e interrumpidas en aguas internacionales: a) Los principios de territorialidad, principio de la matrícula o pabellón; principio real o de protección de los intereses; principio de nacionalidad o personalidad; principio de universalidad y principio de la justicia supletoria, o del Derecho penal de representación: *En efecto, si el ejercicio de la jurisdicción penal es una manifestación de la soberanía del Estado, conforme al principio de territorialidad, a cada Estado le corresponde conocer, en principio, de todos los hechos delictivos cometidos en su territorio, cualquiera que sea la nacionalidad del sujeto activo del delito y del bien jurídico protegido (v. art. 23.1 LOPJ y arts. 14 y 15 LECrim). Sin embargo, el de territorialidad coexiste con otros principios que permiten perfilar la extensión y los límites de la jurisdicción española: a) el principio de la matrícula o pabellón, complementario del anterior en cuanto resulta su prolongación para embarcaciones y aeronaves; y b) el principio real o de protección de los intereses, que trata de amparar bienes jurídicos propios del Estado, con independencia del lugar en que se cometa el ataque. Se basan estos principios en el interés nacional del bien jurídico protegido por el delito, bien se perpetre éste en el propio territorio, bien lo sea fuera de sus fronteras. Conforme a este principio, el art. 23.3 LOPJ dispone que la jurisdicción española conocerá de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio español cuando sean susceptibles de tipificarse conforme a alguno de los delitos enumerados en el citado artículo (entre los que no figura el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros). Junto a los principios de territorialidad y el real o de protección de los intereses españoles, también configura el alcance de la jurisdicción de los órganos jurisdiccionales españoles el principio de personalidad o de nacionalidad, ya que, conforme al mismo, cada ciudadano se halla siempre sometido a la jurisdicción de su país. Así, la jurisdicción penal española conocerá de los hechos previstos en las leyes penales españolas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho, siempre que concurrieren los siguientes requisitos: 1) que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito; 2) que el agraviado o el Ministerio fiscal denuncien o interpongan querrela ante los Tribunales españoles; 3) que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda (v. art. 23.2 LOPJ, modificado por L O 11/1999, de 30.4). El principio de universalidad o de justicia mundial amplía también el ámbito de la jurisdicción española, en cuanto sirve para la protección de bienes esenciales para la humanidad, reconocidos por todas las naciones civilizadas, con independencia de la nacionalidad de los partícipes y del lugar de comisión, en cuanto, en esencia, atiende al conocimiento de los delitos propiamente internacionales. A este principio responde el art. 23.4 LOPJ, en cuanto determina la competencia de la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros, fuera del territorio nacional, cuando sean susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos: a) Genocidio; b) Terrorismo; c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves; d) Falsificación de moneda extranjera; e) Delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces [modificado por L. O. 11/1999, de 30.4, por la que se han incluido los delitos de corrupción de menores e incapaces]; f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes; g) Delitos de mutilación femenina (conforme a la LO 3/2005, en vigor desde el 10 de julio de 2005); y, h) Cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales deba ser perseguido en España. No quedaría debidamente perfilado el ámbito de la jurisdicción española sin aludir al llamado principio de la justicia supletoria, también denominado del Derecho penal de representación, el cual opera en caso de inexistencia de solicitud o de no concesión de extradición, al permitir al Estado donde se encuentra el autor, con aplicación de la Ley penal, juzgarlo. El fundamento de este principio no es otro que el de la progresiva armonización de las distintas legislaciones como consecuencia de la estructura semejante de los Tratados internacionales, en cuanto vienen a diseñar unos tipos punibles e imponen normalmente a los Estados la obligación de introducirlos en sus ordenamientos jurídicos. De ahí que la incorporación de tales tipos penales en el Derecho interno permita la aplicación en su caso de la regla "aut dedere aut iudicare", si no se concediere la extradición. Por consiguiente, si bien es verdad que en congruencia con su correlación con la soberanía, el principio de territorialidad es el criterio principal, este principio no es un principio absoluto, y existe consenso en la aceptación del criterio real o de protección de los intereses estatales y de nacionalidad; mientras que el principio de universalidad vendrá justificado en la medida en que se apoya en una legalidad internacional preexistente, de carácter convencional o consuetudinario. Por último, el criterio residual del principio de justicia supletoria, entre los que definen el ámbito de la jurisdicción del Estado, trata de evitar que un hecho estimado delictivo quede impune, habida cuenta -como ya hemos dicho- que la comunidad tiende a considerar delictivos las mismas clases de hechos, en el contexto de determinados campos de interés general [SSTS 15/6/2007 (RNº 2341/2006); 21/6/2007 (RNº 183/2007); 25/6/2007 (RNº 2027/2006); 26/6/2007 (RNº 2031/2007); 5/7/2007 (RNº 184/2007)]; b) La gravedad internacional del tráfico de inmigrantes recogida en la Convención de 15 de noviembre de 2000 (ratificada por España mediante Instrumento de 21 de febrero de 2002), junto con el "Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire". Que la*

inmigración ilegal constituye actualmente uno de los problemas más relevantes de la Comunidad internacional, que de ordinario guarda una relación muy próxima con la denominada Delincuencia Organizada Transnacional, por lo que ha sido objeto de acuerdos y convenios internacionales como es el caso de la Convención de 15 de noviembre de 2000 (ratificada por España mediante Instrumento de 21 de febrero de 2002), junto con el "Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire", que complementa la citada Convención, cuya finalidad no es otra que "promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional" (v. art. 1 de la Convención). Que el citado Protocolo establece que "los Estados parte cooperarán en la mayor medida posible para prevenir y reprimir el tráfico ilícito de migrantes por mar, de conformidad con el derecho internacional del mar" (v. art. 7) y determina que "todo Estado que tenga motivos razonables para sospechar que un buque está involucrado en el tráfico ilícito de inmigrantes por mar y no posee nacionalidad o se hace pasar por un buque sin nacionalidad, podrá visitar y registrar el buque. Si se hallan pruebas que confirmen la sospecha, ese Estado Parte adoptará medidas apropiadas de conformidad con el derecho interno e internacional, según proceda" (v. art. 8.7)... Los instrumentos internacionales ratificados por España sobre el derecho del mar. Que la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, hecha en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982 (BOE, 14 de febrero de 1997, núm. 39/1997), determina que "la alta mar está abierta a todos los Estados, sean ribereños o sin litoral", y que "se ejercerá en las condiciones fijadas por esta Convención y por las otras normas de derecho internacional" (v. art. 87.1), precisando que "cada Estado establecerá los requisitos necesarios para conceder su nacionalidad a los buques, para su inscripción en un registro en su territorio y para que tengan el derecho a enarbolar su pabellón. Los buques poseerán la nacionalidad del Estado cuyo pabellón estén autorizados a enarbolar. Ha de existir una relación auténtica entre el Estado y el buque" (v. art. 91.1). Que la Convención de Ginebra de 29 de abril de 1958 (BOE de 27 de diciembre de 1971, núm. 309/1971), dice que "se entenderá por "alta mar" la parte del mar no perteneciente al mar territorial ni a las aguas interiores de un Estado" (v. art. 1), y declara que "estando la alta mar abierta a todas las naciones, ningún Estado podrá pretender legítimamente someter cualquier parte de ella a su soberanía" (v. art. 2). "Todos los Estados, con litoral o sin él, tienen derecho de que naveguen en alta mar los buques que enarbolan su bandera" (v. art. 4). Además, se previene que "el Estado ribereño fomentará la creación y el mantenimiento de un servicio de búsqueda y salvamento adecuado y eficaz, en relación con la seguridad en el mar" (v. art. 12.2). De cuanto queda expuesto, se desprende: a) que el derecho de libre navegación por alta mar se reconoce a los Estados y se ejercerá en las condiciones fijadas por las Convenciones internacionales y demás normas de derecho internacional; b) que, entre esas condiciones o exigencias figura la de que los buques tendrán la nacionalidad del pabellón que estén autorizados a enarbolar, y, en principio, estarán sometidos, en alta mar, a la jurisdicción exclusiva de dicho Estado ("el buque que navegue bajo los pabellones de dos o más Estados, utilizándolos a su conveniencia, no podrá ampararse en ninguna de esas nacionalidades frente a un tercer Estado y podrá ser considerado buque sin nacionalidad" [v. art. 92.2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, hecha en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982]... Es de aplicación el artículo 23.4 h) LOPJ (...Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España). En el presente caso, nos encontramos con un buque sin nacionalidad (como de ordinario lo son las pateras y los cayucos utilizados para este tipo de actividades ilícitas). La navegación con este tipo de embarcaciones es realmente peligrosa para las personas que las utilizan. En el caso de autos, el Ministerio Fiscal acusó a los supuestos responsables de la operación abortada de un delito del art. 318 bis, apartados 1º y 3º del Código Penal, por estimar que los ocupantes del cayuco corrían grave riesgo para sus vidas, ya que carecían tanto de medios de comunicación exterior como de chalecos salvavidas (los medios de comunicación dan cuenta con no escasa frecuencia de personas que pierden la vida en este tipo de operaciones), razón por la cual hubo de intervenir una embarcación del Servicio de Salvamento Marítimo español, que rescató a los inmigrantes y los trasladó a la costa española. Consiguientemente, los presuntos responsables de la operación de inmigración ilegal quedaron en territorio español, al que, de modo indudable, se dirigía el cayuco intervenido. El hecho de la operación de inmigración ilegal organizada para penetrar clandestinamente en territorio español es patente. Tal conducta constituye un delito grave, al estar penada con prisión de seis a ocho años (v. art. 318 bis 1º y 3º CP y art. 2 b) de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 15 de noviembre de 2000). La embarcación utilizada carecía de nacionalidad. No consta que ningún Estado haya reclamado el conocimiento de este hecho. Los presuntos responsables -al menos una parte de ellos (los que viajaban en el cayuco)- se encontraban en territorio nacional. Existe, en todo caso, un evidente lazo de conexidad entre el hecho objeto de esta causa y los intereses nacionales. Concurren, pues, en el presente caso, un conjunto de circunstancias que, de acuerdo con las normas y principios de Derecho internacional ya expuestos [especialmente el art. 23.4, h) LOPJ] justifican sobradamente el conocimiento del presente caso por los órganos jurisdiccionales españoles, sin que, en este momento procesal, se deba hacer pronunciamiento alguno sobre los órganos competentes para ello, al no haberse planteado cuestión alguna al respecto en momento procesal oportuno [SSTS 15/6/2007 (Nº 561/2007); 21/6/2007 (Nº 582/2007); 21/6/2007 (Nº 628/2007); 25/6/2007 (Nº 554/2007); 26/6/2007 (Nº 618/2007); 5/7/2007 (Nº 622/2007); 18/2/2008 (Nº 122/2008); 29/12/2008 (Nº 921/2008)]. En otros casos se basa en la teoría de la ubicuidad: La doctrina establecida por nuestra jurisprudencia debe ser considerada a la luz de la establecida en la resolución del Pleno no Jurisdiccional de 3 de febrero de 2005, en la que se ha decidido, interpretando razonadamente el silencio legal respecto del lugar en el que se debe considerar cometido el delito, que dicho lugar de comisión debe ser establecido mediante el criterio de la llamada **teoría de la ubicuidad**. De acuerdo con la premisa básica de esta tesis, el delito se consuma en todos los lugares en los que se ha llevado a cabo la acción o en el lugar en el que se haya producido el resultado. De esta premisa básica se derivan asimismo otras que completan el alcance del criterio que la informa en ciertas formas particulares de delitos. En los delitos de omisión el lugar de comisión se considerará, en principio, aquél en el que el omitente debía ser realizada la acción, salvo casos excepcionales en los que la ley disponga otra cosa por consideraciones especiales. En los casos de tentativa o preparación el lugar de comisión será tanto el lugar donde se realice la preparación o donde se de comienzo a la ejecución, como el lugar en el que, según la representación del hecho del autor, debía producirse el resultado (no acaecido). Esta es la configuración que la teoría de la ubicuidad presenta en un importante número de legislaciones penales europeas que la han adoptado positivamente, por ejemplo: § 9.1. Código Penal alemán ("Un hecho es cometido en todo lugar en el que el autor ha actuado o, en caso de omisión, donde hubiera tenido que hacerlo o en el lugar en el que, según la representación del autor, debiera haberse producido el resultado perteneciente al tipo"); § 67 (2) Código Penal austriaco (en términos similares al alemán); *Código Penal esloveno, art. 10.2*. ("[...] el delito se considera cometido sea en el lugar en el que se realiza la conducta, sea en el lugar en el cual, según la intención del autor, habría debido o podido verificarse el resultado prohibido"); *Código Penal finlandés, Cap. I, § 10(2)*: "La tentativa de un hecho punible se considera cometida allí donde en el supuesto de su consumación probablemente o según la representación del autor hubiera debido producirse el

resultado"; *Código Penal polaco*, art. 6, § 2 . ("Un hecho prohibido será cometido en el lugar en el que el autor ha realizado la acción o en el lugar en el que ha omitido realizar la acción a la que estaba obligado o en el que debiera haberse producido el resultado típico según la representación del autor"); *Código Penal portugués*, art. 7.2 . ("En el supuesto de tentativa el hecho se considera igualmente ejecutado en el lugar en el que, de acuerdo con la representación del agente se debería haber producido el resultado"); *Código Penal suizo*, art. 7.2 . ("La tentativa se tendrá por cometida allí donde el autor ha ejecutado la acción o donde según su intención se hubiera debido producir el resultado). En el derecho italiano análogas consecuencias derivadas de la teoría de la ubicuidad, prevista en el art. 6 CP , han sido elaboradas jurisprudencialmente respecto de distintas hipótesis (confr. Por ejemplo: Cass. IV, 24-11-1995; Cass. II, 20-3-1963; Cass. II, 23-10- 1973; Cass. VI, 30-3-1988). La difusión alcanzada por esta norma entre los derechos penales nacionales permite que pueda ser considerada como constitutiva del derecho penal internacional de los Estados europeos. Asimismo, el consenso existente respecto de las consecuencias de la premisa básica de la teoría de la ubicuidad justifica su aplicación como criterio interpretativo de nuestro derecho vigente, dado que nuestra ley guarda silencio sobre un presupuesto conceptual esencial para la aplicación del principio territorial. Esta conclusión tiene además apoyo en la doctrina que actualmente postula el reconocimiento del derecho comparado como un método interpretativo que se suma a los cánones interpretativos tradicionales del siglo XIX. El derecho europeo citado establece, por lo tanto, que en estos casos no corresponde aplicar otro principio que el territorial, dado que el delito debe reputarse cometido en el territorio nacional. Las razones que sostienen esta regla especial de aplicación del derecho nacional a los casos que se preparan o que comienzan a ejecutarse para ser cometidos en el territorio del Estado son claras y tienen total paralelismo con las que conforman el criterio de la ubicuidad: el lugar de comisión debe estar determinado no sólo por la ejecución de la acción o el de la producción del resultado, sino también por el lugar en el que el autor piensa atacar el orden jurídico nacional. En el presente caso, por lo tanto, la cuestión planteada es clara: los acusados comenzaron la ejecución del delito fuera de las aguas territoriales españolas amenazando claramente el orden jurídico español y el territorio español en que introducirían a los inmigrantes transportados. Consecuentemente, el delito debe ser considerado cometido dentro del territorio español, pues en éste debía producirse, según la representación de los autores, el ingreso clandestino de las personas transportadas. Dicho de otra manera: en estos supuestos sólo entra en consideración el principio de territorialidad y el delito ha tenido lugar en territorio español [SSTS; 23/1/2008 (Nº 1/2008); 31/1/2008 (Nº 36/2008)]; y, por fin en alguna de ellas se toman en consideración ambas argumentaciones [STS 3/1/2008 (Nº 1121/2008)].

2. Transporte clandestino de inmigrantes en buques de gran tonelaje.

SSTS 31/10/2006 (Nº 1059/2006); 1/6/2007 (Nº 606/2007); 1/10/2007 (Nº 768/2007).

2.1. Hechos enjuiciados. En dos ocasiones fueron detenidos los Capitanes y responsables de las embarcaciones especialmente dirigidas al transporte ilegal de inmigrantes [SSTS 31/10/2006 (Nº 1059/2006) y 1/6/2007 (Nº 606/2007)], en el tercer caso se trataba de un acto de polizonaje, en el que un individuo de la tripulación ocultó en su camarote a dos familiares [STS 1/10/2007 (Nº 768/2007)].

Se avistó anclado y próximo a la playa de Taliarte del municipio de Telde de esta Isla un barco de pasajeros de bandera de Honduras, de 45,95 metros de eslora y 435 toneladas de peso, con el nombre de MV de Polar a bordo del cual se encontraban 176 personas nacionales de diversos países africanos que habían sido transportadas desde Cabo Verde a cambio de precio para su introducción en nuestro país al margen de la Ley por los acusados... De tal manera, el acusado Pedro Jesús asumió el rol de Capitán del buque, el acusado Alexander el de Jefe de Máquinas y el acusado Mariano el de Jefe de Cocina y, tras haberlo acordado así y a pesar del pleno conocimiento que todos ellos tenían de estar obrando contra lo establecido en la legislación española en materia de inmigración, llevaron a 176 pasajeros que procedentes de diferentes países africanos decidieron embarcarse hacia el continente europeo en busca de un mundo mejor y los condujeron hasta España, en donde finalmente y a fin de evitar su detención por la Policía huyeron dejando anclado el barco con la totalidad del pasaje frente a la mencionada playa de Taliarte [STS 31/10/2006 (Nº 1059/2006)] ► Encontrando en las bodegas un total de 131 personas, de origen hindú - presuntamente 124, originarios de India y 17 de Bangladesh, no habiéndose verificado al no haber querido desvelar su origen-, los que carecían de cualquier tipo de documentación que les habilitara para circular o permanecer en España, circunstancia ésta que era conocida por los acusados, que pese a ello aceptaron introducirlos de forma ilegal [STS 1/6/2007 (Nº 606/2007)] ► El acusado en su condición de tripulante del buque denominado M 4, facilitó el acceso a éste de su hermano y de su primo,..., respectivamente, ambos naturales de Ghana, con el propósito de trasladarlos a España y a sabiendas de que carecían de documentación que les permitiese la entrada regular en este país [STS 1/10/2007 (Nº 768/2007)].

2.2. Calificación jurídica. Todos ellos son supuestos típicos de favorecimiento a la inmigración clandestina del artículo 318 bis CP en los que los únicos problemas que plantean son los relativos a la prueba de los hechos y la participación de los acusados. La Sentencia de 1/6/2007 (Nº 606/2007), toda vez que el descubrimiento del delito se origina tras una labor de salvamento marítimo en **aguas jurisdiccionales marroquíes**, analiza pormenorizadamente las normas de derecho internacional aplicables al caso que autorizan el enjuiciamiento por los tribunales españoles.

La avería se produce entre unas 2,5 a 3 millas de la costa marroquí. El capitán contacta con el Centro de salvamento marítimo "Tarifa Tráfico" interesando el rescate y su remolque ante la imposibilidad de seguir su rumbo por sufrir una avería. Pudiera discutirse la secuencia de la petición de auxilio. Admitimos la tesis de la defensa, afirmando que fue la Guardia Civil la que solicitó el auxilio ante la imposibilidad de utilizar la radio del pesquero por falta energía eléctrica. También resulta indiferente si la presencia a bordo de un pesquero de 141 personas en condiciones lamentables y con graves problemas sanitarios, se conoció en el momento en que el barco arribó a puerto. No es posible descartar que, dadas las características de la

embarcación, resultaría difícil ocultar tan anormal y numeroso pasaje. Sin embargo ésta no va a ser la base de nuestra argumentación, aunque existen datos que avalan la tesis, por otro lado normal, de que el patrón del remolque se dio cuenta que existía un gran número de personas a bordo. Partiendo del hecho incuestionable de una situación de emergencia marítima, la actuación del patrón del remolcador de salvamento marítimo estaba autorizada e incluso obligada por los Convenios Internacionales de salvamento en el mar y mas concretamente por el Convenio bilateral entre España y Marruecos. La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego-Bay, 10 de Diciembre de 1982 ratificada por España el 15 de Enero de 1997) contempla la entrada en aguas territoriales de otro Estado cuando se realicen con el fin de prestar auxilio a personas, buques o aeronaves en peligro o dificultad grave (*artículo 18.2*). España, en el momento de su ratificación, recuerda que, como miembro de la Unión Europea, ha transferido competencias a la Comunidad Europea (hoy Unión Europea) con respecto a ciertas cuestiones reguladas por la Convención. Entre ellas se encuentra la relativa al tráfico ilegal de emigrantes y toda la política de emigración. Como pone de relieve el preciso y argumentado informe del Ministerio Fiscal que por su minuciosa argumentación reproducimos y hacemos nuestro: "La cuestión así planteada resulta indiferente. En efecto, sin perjuicio de recordar que Salvamento Marítimo es una entidad pública empresarial adscrita al Ministerio de Fomento a través de la Dirección General de la Marina Mercante, que, en cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos por España, fue creada en 1992 por la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, y que tiene como objeto, entre otros varios, la prestación de servicios de búsqueda, rescate y salvamento marítimo, resulta adecuado sostener que, en todo caso, el delito se ha cometido en territorio español, y no solo porque efectivamente el descubrimiento material de los inmigrantes se produce ya en territorio español, sino también porque no puede olvidarse que el barco en cuestión navegaba sin bandera alguna y, por lo tanto, con arreglo a las normas internacionales aplicables, así el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, ratificado por España por Instrumento de 21-2-02 (BOE de 10-12-03), en el que, además de lo dispuesto con carácter general en su *artículo 6*, se incluyen detalladas disposiciones para prevenir y reprimir el tráfico ilícito de emigrantes por mar, en un sistema similar al previsto en el *artículo 17 de la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988*. En concreto, en el *artículo 8.7* del mencionado Protocolo se afirma que cuando existan motivos razonables para creer que en un buque sin nacionalidad o que se hace pasar por un buque sin nacionalidad se dedica al tráfico ilícito de personas por mar, todo Estado Parte podrá visitarlo y registrarlo, y si las sospechas resultaran confirmadas, el Estado en cuestión adoptará las medidas apropiadas que sean conformes con el derecho interno e internacional. Esta previsión es plenamente coherente con el Derecho del Mar y, en particular, con el *artículo 110 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982* en el que se prevé el derecho de visita en relación, entre otros supuestos, con aquellos buques que no tienen nacionalidad. La consecuencia lógica de todo ello es que el estado que ha ejercido el derecho de visita proceda, a ejercer la jurisdicción penal en relación con los delitos cometidos, pues tal actuación no supone una afrenta a la soberanía de ningún Estado, y de no actuar este tipo de comportamientos quedarían impunes. Al margen de que, efectivamente se comprobó la realidad del tráfico ilegal de inmigrantes ya en territorio nacional, es lo cierto que ello ocurre como consecuencia de haber realizado el acto de transporte de inmigrantes, incluso con destino incierto, pero dando lugar -colocando a los inmigrantes en una situación de necesidad- al haber provocado el acto de salvamento, a la consiguiente entrada de los mismos en nuestro país, incluso en el caso de que la patrullera de la Guardia Civil, al acudir en auxilio del barco hubiera realizado la inspección del buque que navegaba sin pabellón y hubiera descubierto a los inmigrantes en tal momento, tampoco con ello podría sostenerse que la actuación fuera ilícita". El mare liberum de nuestros internacionalistas clásicos se ha convertido, hoy día, en aguas internacionales o alta mar, intensamente transitadas. Ese espacio no es un territorio al margen de la ley como se desprende de la propia Convención que hemos citado. Está sujeto a regulación no solo los aspectos civiles derivados de los daños por abordaje o contaminaciones sino también algunas conductas que entran en el territorio del derecho penal y que guardaban gran similitud con la que examinamos en este recurso. Además de la obligación de prestar auxilio, se castiga el transporte de esclavos (*art. 99*), se ordena reprimir la piratería y el apresamiento de los buques que la practiquen y se ordena reprimir el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (*artículo 108*). Por ello, aunque se argumenta que pudieran ser aguas internacionales, la actuación estaba justificada. El *artículo 111* regula minuciosamente el derecho de persecución que se puede realizar en las aguas contiguas. De conformidad con el *artículo 33* de la Convención se autoriza al Estado a prevenir la infracción de sus leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios que se cometan en dicha zona que no podrá extenderse más allá de 24 millas marinas contadas a partir de la línea de base que determina el mar territorial. Es decir, cualquiera cuales fuesen las condiciones en que se produjo la prestación de auxilio, seguida de la comprobación de un delito grave contra la integridad de las personas la intervención estaba autorizada por la Convención. La forma en que se realizaba el transporte de 141 personas a bordo de un pesquero en condiciones de higiene y salud deplorables constituye, sin duda, un tráfico ilícito y guarda cierta similitud con el esclavismo por lo que no existe obstáculo alguno para aplicar analógicamente en el campo procesal y no en el punitivo las normas a las que hemos hecho referencia. Desde un punto de vista sectorial y específico existe un *Convenio de Cooperación en materia de salvamento marítimo en Marruecos y España de 6 de Febrero de 1996* que permite las operaciones que se llevaron a cabo en el presente caso. Según el *Convenio de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982*, cuando se trate de estados ribereños con costas enfrentadas se confirma la indeterminación de la norma internacional y la referencia al derecho internacional general para resolver los conflictos delimitadores. Según la Convención la delimitación de espacios entre los Estados concernidos "se efectuará por acuerdo entre ellos sobre la base del derecho internacional a que se hace referencia en el *artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia* a fin de llegar a una solución equitativa". En el desarrollo de este principio el Reino de España y el Reino de Marruecos firmaron un acuerdo sectorial en materia de cooperación y lucha contra la contaminación y el salvamento marítimo, publicado en el Boletín Oficial del Estado, de 22 de octubre de 1999. A este efecto, las partes asegurarán la existencia de un servicio permanente para recibir y transmitir las llamadas de socorro con vistas al despliegue de operaciones de intervención en el mar. Cada parte tomará las medidas necesarias para facilitar, en caso de siniestro marítimo, el acceso rápido a su territorio de los medios de intervención de la otra parte, con el único objetivo de establecer la posición del siniestro, rescatar, en su caso, a los supervivientes y participar en la lucha contra la contaminación. Además el *artículo 42* de la Convención del Derecho del Mar antes citada, los Estados ribereños a un estrecho podrán dictar o en su caso adoptar, medidas para la seguridad de la navegación, lo que ha sucedido en el caso presente [STS 1/6/2007 (Nº 606/2007)].

2.3. Subtipo agravado del Número 3 art. 318 bis CP. Cabe apreciar el subtipo agravado del Número 3 del artículo 318 bis CP (condiciones que afectan a la integridad de los transportados) aún cuando se trate de buques de importante tonelaje.

Inicialmente el Ministerio Fiscal a la vista de los hechos indubitados que aparecían en las actuaciones calificó los hechos describiendo una circunstancia indiscutible que reflejaba una realidad sanitaria que fue apreciada por todos los facultativos que atendieron a los ocupantes de la embarcación, viajaban en condiciones infrahumanas y padecían enfermedades como la sarna y la tuberculosis. No es necesaria mayor fundamentación para estimar que con esta simple apreciación la calificación jurídica correcta era la que conllevaba la petición de ocho años de prisión [STS 1/6/2007 (Nº 606/2007)].

2.4. Subtipo privilegiado del ordinal sexto del artículo 318 bis CP. Cabe la aplicación del ordinal sexto del artículo 318 bis CP cuando el acto de polizonaje ha sido realizado por un familiar (sobrino).

En lo que se refiere al *apartado 6º del artículo 318 bis*, prevé el mismo la posibilidad de imponer la pena inferior en grado en atención a la gravedad del hecho, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste. Tampoco fue adecuadamente propuesta esta posibilidad, lo que, en principio, impediría su examen en casación. La doctrina de esta Sala sobre el recurso de casación establece que el control casacional no puede extenderse a cuestiones que, siendo posible, no se hayan planteado oportunamente en la instancia, de modo que puedan haber sido objeto del pertinente debate, dando lugar a una resolución del Tribunal que pueda ser revisada en esta sede. Como excepciones a esta doctrina general se han señalado los casos de infracción de derechos fundamentales, pues deberían considerarse de oficio por el Tribunal, y aquellos otros casos en los que el planteamiento de la cuestión no planteada en la instancia se construya sobre el propio contenido fáctico de la sentencia, pues en estos casos es la propia resolución judicial la que viene a permitir su análisis. (STS Nº 57/2004, de 22 de enero). De acuerdo con esta doctrina, la cuestión podría ser examinada en el sentido de establecer si los datos contenidos en el relato fáctico de la sentencia impugnada permitirían afirmar que estamos ante un supuesto de menor gravedad. En la sentencia se dice que se trata de familiares, que les facilitó la entrada en el buque en el que trabaja, y que los mantuvo escondidos en su camarote. Además, en el fundamento de derecho segundo recoge las declaraciones de uno de los dos familiares de las que destaca que actuó así a petición de ellos y que les llevaba la comida al camarote donde permanecían escondidos. Se trata de circunstancias que pueden ser valoradas más allá de lo realizado por el Tribunal de instancia, pues la gravedad del hecho en relación a la afectación de derechos esenciales se reduce durante el viaje por la presencia del familiar y su actitud, y la finalidad de éste no es otra que prestar ayuda a personas con las que se encuentra vinculado de forma muy cercana. Por lo tanto, el motivo debe ser estimado en este concreto aspecto, imponiéndose la pena inferior en grado a la señalada al delito [STS 1/10/2007 (Nº 768/2007)].

3. Los denominados motores humanos.

SSTS 3/6/2005 (Nº 689/2005); 6/6/2005 (Nº 704/2005); 27/6/2005 (Nº 830/2005); 7/7/2005 (Nº 901/2005); 22/9/2005 (Nº 1039/2005); 28/9/2005 (Nº 1059/2005); 14/12/2005 (Nº 1451/2005).

3.1. Hechos enjuiciados. Provistos de traje de neopreno (y, en su caso, aletas) transportan a nado, remolcando un flotador o pequeña balsa de goma, a ciudadanos extranjeros desde la costa de Marruecos a las playas de Ceuta o Melilla mediante precio, normalmente de noche. Suelen ser detectados por cámaras de visión nocturna que utiliza la Guardia Civil desde torretas de vigilancia situadas junto a los pasos fronterizos siendo interceptados y detenidos por el Servicio Marítimo de la Guardia Civil que ha sido avisada por los vigías.

3.2. Calificación jurídica. No hay duda de que la conducta integra el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, previsto y penado en el art. 318 bis nº 1 CP, conforme a la redacción dada por LO 11/2003 [STS 28/9/2005 (Nº 1059/2005)].

La conducta realizada es extremadamente peligrosa para la vida del inmigrante así transportado según se desprende de la propia mecánica de la acción. Por ello el subtipo de peligro abstracto del ordinal tercero del artículo 318 bis deberá ser aplicado comúnmente.

En la mayoría de las ocasiones los imputados se limitan a combatir la aplicación del subtipo agravado del ordinal tercero del artículo 318 bis CP [STS 6/6/2005 (RNº 811/2004)]. Sin embargo, esta conducta típica es de extrema peligrosidad para los ciudadanos transportados derivada de distintos factores objetivos, *criterios técnicos de general conocimiento, datos estadísticos y pautas de experiencia* [STS 22/9/2005 (RNº 79/2005)], razonables según *las reglas de la lógica y de la experiencia* [STS 28/9/2005 (RNº 1053/2004)]: A) Se realiza durante las horas nocturnas o de madrugada, lo que implica no solo una falta de visión de los riesgos concretos que puedan surgir en la travesía, sino también la posibilidad de una desorientación fatal; B) Baja temperatura del agua, hasta el punto que muchos extranjeros rescatados presentaban claros signos de hipotermia; C) Falta de experiencia en natación de los ciudadanos transportados; D) Abandono a su suerte de los extranjeros transportados cuando son sorprendidos por la Guardia Civil; E) Viento y marejada; F) Distancia que les separaba de la costa; G) Cambios de corrientes, oleajes; H) Animales marinos; I) Escasa consistencia de la balsa de plástico; J) La Guardia Civil en un informe elaborado en 2003 acredita que en ese año al menos once personas murieron al intentar introducirse en territorio español por esa vía [SSTS

3/6/2005 (RNº 752/2004); 6/6/2005 (RNº 811/2004); 27/6/2005 (RNº 775/2004); 7/7/2005 (RNº 727/2004); 22/9/2005 (RNº 79/2005); 28/9/2005 (RNº 1053/2004); 14/12/2005 (RNº 352/2005)]. **Peligro abstracto.** El Número 3 del artículo 318 bis prevé un subtipo de peligro abstracto, que, como tal, presenta dificultades para la realización de formas de ejecución imperfectas no exigiendo un resultado típico, lo que en definitiva tiene por consecuencia una mayor protección para la salud y vida de los transportados en la medida que no se exige una situación de concreto peligro para las concretas personas transportadas... Como bien se dice en la sentencia, dicho riesgo en abstracto debe ser valorado ex ante y a la vista de las condiciones en que se efectuó el transporte [STS 3/6/2005 (RNº 752/2004)] [STS 28/9/2005 (RNº 1053/2004)].

La concurrencia de la circunstancia de *ánimo de lucro* muchas veces es relegada a un segundo nivel por cuanto la aplicación del Nº 3 del artículo 318 bis CP es apreciada por la puesta en peligro de la vida e integridad de los inmigrantes.

"Ciertamente, en cuanto al extremo relativo al ánimo de lucro que se atribuye al acusado, por resultar "poco creíble que el mismo (realizare el hecho que se le imputa) por meras razones altruistas", puede cuestionarse la suficiencia del razonamiento; mas, ello no obstante, hay que recordar que los recursos combaten esencialmente la parte dispositiva de las resoluciones judiciales y que, en el presente caso, la aplicación del subtipo agravado del art. 318 bis 3 del Código Penal, procederá cuando concurra alguna de las circunstancias especialmente previstas en el apartado 3 del artículo citado, entre ellas, en el presente caso, la de haber puesto en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas" [STS 27/6/2005 (RNº 775/2004)].

En estos casos es muy difícil aplicar el ordinal seis del artículo 318 bis CP, toda vez que esta cláusula atenuatoria es potestativa del Tribunal teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste.

Existe peligro para la vida del inmigrante y la finalidad de la acción del acusado no es otra que obtener una suma de dinero a cambio de la misma. Por lo tanto, no es posible admitir los argumentos empleados por el recurrente cuando sostiene que su situación es análoga a la del inmigrante [STS 6/6/2005 (RNº 811/2004)]. Existe una difícil compaginación entre el subtipo agravado del Nº 3 del artículo 318 bis y el tipo atenuado del Nº 6 del mismo precepto [STS 14/12/2005 (RNº 352/2005)].

3.4. Prueba. La incriminación de los acusados en muchas ocasiones depende del testimonio directo de los agentes actuantes hasta el punto de que, desde esta perspectiva, se reconoce que nos encontramos en presencia de un típico **delito testimonial**, que casi siempre está acompañado del testimonio de las víctimas.

Vide SSTs 6/6/2005 (RNº 811/2004); 27/6/2005 (RNº 775/2004); 22/9/2005 (RNº 79/2005); 28/9/2005 (RNº 1053/2004); 14/12/2005 (RNº 352/2005)]. *Tal como indican las SSTs 3/12/2004, 29/4/2005, nos encontramos en presencia de los llamados "delitos testimoniales" que presentan como rasgo esencial la insuperable percepción directa del funcionario de la Policía Judicial (SSTs 12/5/1989 y 23/9/1988), que se caracterizan por la presunción de veracidad en cuanto a los hechos cometidos o acabados de cometer, cuando se une la evidencia de la aprehensión o de la misma comisión. Por ello las declaraciones en el plenario de los agentes policiales sobre hechos de conocimiento propio al estar prestadas con las garantías procesales propias del acto, constituyen prueba de cargo apta y suficiente para enervar la presunción de inocencia (STS 284/1996 de 2/4/1996) [STS 28/9/2005 (RNº 1053/2004)]. Sin embargo, casi siempre los hechos suelen quedar avalados, además, por el propio testimonio de las víctimas extranjeras transportadas, realizado en el acto del juicio oral [SSTs 3/6/2005 (RNº 752/2004); 14/12/2005 (RNº 352/2005)], o por la vía del artículo 730 LECrim [SSTs 22/9/2005 (RNº 79/2005); 28/9/2005 (RNº 1053/2004)].*

Al ser sorprendidos *in fraganti* muchos de los acusados reconocen inmediatamente su acción. No obstante, en ocasiones se suelen realizar alegaciones exculpatorias carentes de credibilidad, por lo que se hace aplicable la doctrina de los denominados *contraindicios*.

La dinámica de la acción, el lugar y la manera de producirse la detención de los partícipes (con los trajes de neopreno) provoca que muchos de los detenidos directamente reconozcan su participación en los hechos básicos [STS 14/12/2005 (RNº 352/2005)]. Cuando niegan su participación suelen alegar que o bien ellos mismos son inmigrantes que pretendían entrar en España eludiendo los controles [SSTs 27/6/2005 (RNº 775/2004); 14/12/2005 (RNº 352/2005)] o que acudieron en ayuda del inmigrante que se encontraba en peligro [STS 7/7/2005 (RNº 727/2004)] o entran en contradicciones insufribles haciendo aplicable la denominada doctrina de los *contraindicios* (*finalmente puede y debe valorarse como fuente de prueba presuntiva lo que se denominan por la doctrina científica "contraindicios", toda vez que si bien el procesado no ha de soportar, en modo alguno, la intolerable carga de probar su inocencia, sí puede sufrir las consecuencias negativas de que se demuestre la falsedad de sus alegaciones exculpatorias, ya que tal evento puede servir para corroborar ciertos indicios de culpabilidad, cual acontece en el caso presente en el que la versión exculpatoria del acusado de que se encontraba pescando en el mar no se encuentra corroborada por dato objetivo alguno, como pudiera haber sido el llevar consigo utensilios propios de la pesca, más, al contrario, tal y como se refleja en la diligencia del atestado para hacer constar los medios utilizados, el acusado sólo usaba el traje de neopreno y las aletas [STS 28/9/2005 (RNº 1053/2004)]. Nos dice que él mismo era un inmigrante que pretendía alcanzar España junto con el otro. Pero eso no se compagina con el hecho de que el acusado lleve aletas que le permiten avanzar mucho más y el subsahariano carezca de ellas, lo que hace que la velocidad de nado fuera diferente y a pesar de ello iban juntos. Además, de haber deseado entrar sin más en España de forma ilegal, no necesita remolcar a otra persona con la que no le une ninguna relación. Ni como acción humanitaria podría entenderse, en cuanto supone la comisión de una grave ilegalidad. Los datos objetivos aportados por el atestado y la declaración del Sr. D, contrasta y descalifica la versión exculpatoria que el acusado quiere imponer [STS 14/12/2005 (RNº 352/2005)].* En algún caso se pretende atacar en casación la

conurrencia de este subtipo agravado apreciado por la sentencia condenatoria, alegando error de hecho en la valoración de la prueba documental fundándose de manera indebida en declaraciones personales [SSTS 3/6/2005 (RNº 752/2004); 27/6/2005 (RNº 775/2004)], atestados e informes policiales [STS 22/9/2005 (RNº 79/2005)], o documentos manifiestamente insuficientes como los informes médicos realizados a los inmigrantes extranjeros realizados posteriormente a su detención [STS 3/6/2005 (RNº 752/2004)].

Cuando por el acusado se ha alegado que se le ha denegado una determinada diligencia de prueba en la instancia orientada a acreditar que él no era el transportista del inmigrante sino que el mismo pretendía entrar ilegal en España, el Tribunal Supremo ha tenido que recordar su doctrina sobre la necesidad y pertinencia de la prueba.

En este sentido rechaza la necesidad de la prueba interesada afirmando que *“poca relevancia puede llegar a tener el conocer la nacionalidad del acusado o, incluso, determinar si aquél se limitaba a servir de remolque o pretendía también entrar ilegalmente en España”, ya que “el juicio de tipicidad descrito en el art. 318 bis del CP se colma mediante la realización de cualquier actividad que “directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas”, y “está fuera de dudas que quien asume la función de servir de “motor” de la balsa en la que se traslada un inmigrante clandestino, colma las exigencias del tipo, sin que esa conclusión quede neutralizada por el hecho de que el que desarrolla esa labor de arrastre tenga también como propósito acceder ilegalmente a nuestro territorio”* [STS 27/6/2005 (RNº 775/2004)].

La conciencia de la ilegalidad de la acción por el autor queda acreditada por vía indirecta *dado el procedimiento elegido para entrar a España y la propia trayectoria seguida a nado* [STS 14/12/2005 (RNº 352/2005)].

4. Paso de la frontera con documentación falsa.

SSTS 25/7/2003 (Nº 1116/2003); 26/11/2003 (Nº 1451/2003); 10/6/2004 (Nº 727/2004); 10/11/2005 (Nº 1352/2005); 7/12/2005 (Nº 1531/2005); 19/5/2006 (Nº 569/2006); 21/6/2006 (Nº 676/2006); 21/12/2007 (Nº 1072/2007); 27/2/2008 (Nº 124/2008).

4.1. Hechos enjuiciados. Al margen de los supuestos en que la falsedad de documento oficial cualquiera que fuere su clase (especialmente pasaportes y visados) es el medio utilizado por las organizaciones criminales para introducir inmigrantes en España, en este apartado reflejamos aquellos casos en que la conducta del acusado es individual y, a veces, meramente esporádica: a) Confección de documento falso a partir de las fotografías facilitadas por el inmigrante para que pudiera pasar desde Melilla a la península; b) Tratar de pasar a ciudadanos extranjeros por el puesto fronterizo en su vehículo sabiendo que eran portadores de documentos identificativos falsificados (tarjetas de identidad extranjeras, pasaportes y visados); c) Cesión de documentación legítima propia a un inmigrante para que la utilice en el paso de frontera previo pago de cantidad; d) Manifestación de conocimiento sobre la identidad del inmigrante que se pretende introducir realizada a los funcionarios de policía, con o sin existencia de documentación falseada.

4.2. Calificación jurídica.

El Tratamiento jurídico será diferenciado según los supuestos.

a) El que realiza la falsificación de un documento hábil para lograr acceder a territorio español por el correspondiente paso fronterizo, realiza el tipo básico del artículo 318 bis CP (en su caso, el subtipo del Nº 3 si percibe dinero a cambio) en **concurso medial** con un delito de falsedad en documento oficial cometida por particular del artículo 392 CP [STS 25/7/2003 (Nº 1116/2003)]. El que facilita la documentación extranjera legítima pero alterada de otro (sin que conste el lugar en que se produjo) para facilitar el acceso por puesto fronterizo, comete delito del artículo 318 bis CP en su tipo básico, siendo de difícil apreciación el subtipo privilegiado del Nº 6 del artículo 318 bis [STS 10/11/2005 (Nº 1352/2005)].

De las circunstancias que rodearon la conducta típica del recurrente se infiere una mayor reprochabilidad en cuanto se sirvió de los pasaportes de su esposa y de un hermano, a los que había sustituido las fotografías originales, para facilitar la entrada ilegal en la península de los dos adultos que iban como usuarios en su vehículo acompañados de sus hijos, por lo que la pena impuesta, que corresponde al mínimo legal del tipo básico e inferior a la solicitada por el Ministerio Fiscal, en modo alguno puede ser considerada desproporcionada, máxime cuando en los hechos que se declaran probados no aparece dato alguno que permita sustentar lo contrario [STS 10/11/2005 (Nº 1352/2005)].

b) El que intenta pasar a inmigrantes con documentación falsa en el vehículo que conducía en connivencia con ellos y conociendo esa circunstancia incurre en el delito del artículo 318 bis, tipo básico del ordinal 1º [SSTS 10/6/2004 (Nº 1352/2005); 21/6/2006 (Nº 676/2006)]. Pueden concurrir el

subtipo agravado de prevalimiento de agente de la autoridad (Nº 4 del artículo 318 bis) si es realizado por un funcionario del Cuerpo Nacional de Policía o, del Nº 3, si hubo ánimo de lucro [STS 21/12/2007 (Nº 1072/2007); 27/2/2008 (Nº 124/2008)].

El que se encontrasen los ciudadanos extranjeros ya en territorio nacional no puede, en modo alguno, excluir el tipo del artículo 318 bis, pues éste no se refiere sólo a la "inmigración clandestina" de personas o al favorecimiento de su ingreso ilegal en nuestro país, sino, en general, al "trafico ilegal" de las mismas, lo que evidentemente se da en este supuesto, al haber buscado la evitación de los controles existentes, precisamente, para vigilar ese tránsito prohibido incluso dentro de nuestras fronteras. En segundo lugar, tampoco el acceso por los lugares oficialmente habilitados para la circulación de las personas excluye la comisión del delito pues, como con tanto acierto nos dice el Fiscal en su escrito de impugnación del Recurso, no debe identificarse "ilegalidad" con "clandestinidad" y, además, la ilicitud de la circulación de los extranjeros no sólo puede provenir de la vía utilizada para el acceso o desplazamiento por nuestro territorio sino, también, por la forma, encubierta mediante la exhibición de documentos de identidad inauténticos, en la que ésta, como en el presente caso, se lleva cabo. Y, en definitiva, el dato de que en los Hechos Probados de la Sentencia recurrida no se recoja mención acerca del conocimiento por quien recurre del carácter falso de esos documentos de identidad utilizados por las personas que acompañaba, transportándolas en su vehículo, no sólo no supone infracción de Ley, ya que ese extremo pertenece a la esfera psíquica interna del sujeto y, por ende, no es imprescindible su consignación en el relato objetivo de lo recurrido, sino que, además, se encuentra perfectamente incorporado a la Resolución en la cumplida explicación que de tal extremo se ofrece en el Tercero de sus Fundamentos Jurídicos. Mientras que por lo que respecta, por último, a la indebida aplicación del subtipo agravado del apartado 4 del artículo 318 bis, a que se refiere el motivo Segundo del Recurso sobre la base de la improcedencia de la consideración de prevalimiento de la condición de agente de la autoridad o de funcionario público del autor del ilícito, ya que no se cometió en el ejercicio de sus funciones policiales, hay que rechazar igualmente una tal alegación, toda vez que ese prevalimiento, efectivamente concurrente, en esta ocasión se produjo, como con toda precisión se afirma en la Resolución de instancia, al exhibir Amar ante los responsables de los controles policiales sus credenciales como funcionario de policía, con la intención de beneficiarse indudablemente, de ese modo, de la confianza que su conducta podía generar ante quienes, en definitiva, eran sus propios compañeros. Comportamiento que debe considerarse como una forma de ese "prevalerse", o aprovecharse, de la condición de policía para facilitar la ejecución del delito, que es la verdadera razón de ser del subtipo agravado [STS 10/6/2004 (Nº 1352/2005)].

c) El que mediante precio cede su documentación genuina (pasaporte y tarjeta de residencia) a otro para que pueda pasar la frontera española comete el tipo básico del artículo 318 bis CP, pero dado que los bienes jurídicos protegidos por ese precepto sufren una mínima afectación, es posible aplicar el subtipo atenuado del apartado Nº 6 [STS 7/12/2005 (Nº 1531/2005)].

Esos hechos evidencian la concurrencia de los elementos constitutivos del tipo recogido en el art. 318 bis, 1 y 3, CP conducta favorecedora del establecimiento ilegal (contrario a la LO 4/2000) en España de un marroquí en condiciones de vulnerabilidad, mediante la entrega de un pasaporte cuya titularidad correspondía a otra persona, el acusado, quien actuaba dolosamente y mediante precio. El siguiente motivo es deducido al amparo del art. 5.4 LOPJ, por vulneración del derecho fundamental a la libertad reconocido en el art. 17.1 en relación con el 53 CE. El recurrente basa su impugnación en que la conducta es atípica, inidónea e inadecuada para la comisión del delito, dada la diferencia de rasgos personales entre el usuario y el acusado. Ello supondría la existencia de una tentativa relativamente inidónea, incluíble en el art. 16 CP, de no ser porque, dada la amplitud de las expresiones contenidas en el apartado 1 del art. 318 bis, nos hallamos ante un delito de consumación anticipada. El mero favorecimiento determina la perfecta realización, lo que excluye apreciar tan sólo un tipo de imperfecta ejecución. Lo cual no descarta que las específicas características del caso permitan una disminución de la pena con arreglo al apartado 6 del art. 318 bis. En el quinto motivo, es denunciada la violación del principio de proporcionalidad en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva y se sostiene que, en caso de no absolución, debería ser aplicado aquel apartado 6. La LO 11/2003 ha introducido en el art. 318 bis un apartado 6, que permite, a la hora de la determinación judicial de la pena, un mayor ajuste a la culpabilidad en sentido amplio. Para ello marca tres criterios: la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida. Si los bienes jurídicos protegidos mediante el tipo que nos ocupa son los derechos de los ciudadanos extranjeros, según se desprende de la rúbrica que encabeza el Título XV bis, la afectación de esos derechos aparece como mínima en el presente caso, según se desprende del factum, cuyo elemento más significativo es que fue sencillamente detectado el artificio que se empleaba para intentar eludir el control de paso: el uso de un pasaporte con una imagen no correspondiente a quien lo exhibía. Sin que aparezcan apoyos fácticos para que los demás criterios establecidos en ese apartado conduzcan a negar la mínima culpabilidad, que vino a reconocer la Audiencia en el quinto de sus fundamentos jurídicos. En consecuencia procede rebajar en un grado la pena de prisión que señalan los apartados 1y 3, por lo que resulta una extensión de tres años y un día a seis años, que, atendiendo a la regla 6ª del art. 66 en relación con lo hasta aquí expuesto, ha de fijarse en los tres años y un día. Sin perjuicio de que la Audiencia, en la última faceta de la determinación judicial de la pena, sustituya prisión por expulsión, de acuerdo con el art. 89 CP [STS 7/12/2005 (Nº 1531/2005)].

d) Sin embargo, cuando la intervención del acusado consiste exclusivamente en tratar de ayudar al inmigrante manifestando que le conoce y que a su juicio el pasaporte que lleva es el suyo, la conducta carece de relevancia penal por inocua.

Dicho esto, aunque en relación también con ello, ha de tenerse en cuenta asimismo que las exigencias de taxatividad de los tipos penales imponen una interpretación de los elementos del tipo objetivo que no amplíe desmesuradamente el campo de la infracción, incluyendo en ella conductas inocuas o irrelevantes en relación con el fin de protección pretendido por la norma. Por ello es preciso entender el tipo de forma que la sanción penal quede reservada para los ataques al bien jurídico protegido que sean realmente graves o que, al menos, revistan una cierta entidad, excluyendo aquellos otros casos que, aun cuando

formalmente pudieran quedar comprendidos en la descripción legal según su sentido literal, vengan integrados por acciones irrelevantes desde el punto de vista de la integridad del bien jurídico. En el caso, el tercero al que se refiere el hecho pretendió superar los controles policiales presentando un DNI perteneciente a otra persona. Lógicamente, tan ingenuo proceder, fue detectado inmediatamente por la Policía, que lo retuvo inicialmente impidiéndole continuar. Según el hecho probado, en ese momento se acercó el acusado que manifestó a los agentes que conocía al individuo y que el DNI, en su opinión, era suyo. Aunque esta forma de actuar pueda interpretarse como la expresión de un deseo de ayudar a esa persona a traspasar el control policial, es ilusorio, al menos desde el punto de vista de un observador objetivo e imparcial, pretender que las sospechas de los agentes policiales respecto de la utilización indebida de una documentación oficial por un desconocido, que además pretende entrar en un País procedente de otro distinto, van a desaparecer de modo inmediato solo por la intervención de un tercero, que no alega ni acredita vinculación alguna con el sospechoso que porta el documento, y que tampoco es una persona conocida de alguna forma por los propios agentes, de modo que pudiera emplear cualquiera de esas relaciones para convencer a aquellos de la legalidad de la documentación [STS 19/5/2006 (Nº 569/2006)].

5. Introducción de migrantes ocultos en vehículos de motor.

SSTS 4/5/2004 (Nº 610/2004); 13/12/2004 (Nº 1514/2004); 25/4/2005 (Nº 556/2005); 30/6/2005 (Nº 887/2005); 19/1/2006 (Nº 2/2006); 28/4/2006 (Nº 479/2006); 21/11/2006 (Nº 1183/2006); 8/2/2007 (Nº 87/2007); 6/6/2007 (Nº 526/2007); 14/11/2007 (Nº 945/2007); 19/12/2007 (Nº 1109/2007); 19/12/2008 (Nº 886/2008).

5.1. Hechos enjuiciados. El autor del delito pretende pasar la frontera terrestre ocultando a uno o varios inmigrantes en el vehículo a motor que conduce. El modo de ocultarse a los inmigrantes reviste distintas formas, algunas de ellas extremadamente peligrosas.

Bajo los asientos del vehículo de motor, debajo de las maletas, mantas y otros bultos [STS 4/5/2004 (Nº 610/2004)], tras una alfombra ocupando el lugar destinado al depósito de combustible [STS 13/12/2004 (Nº 1514/2004)]; en el suelo de la furgoneta bajo los pies del copiloto [STS 25/4/2005 (Nº 556/2005)]; en un doble fondo de reducidas dimensiones [SSTS 30/6/2005 (Nº 887/2005); 8/2/2007 (Nº 87/2007)]; oculto en el salpicadero [STS 19/1/2006 (Nº 2/2006)]; escondido en el interior del motor de la furgoneta [STS 21/11/2006 (Nº 1183/2006)]; oculto en un doble fondo practicado en el maletero, en lugar del depósito de gasolina, cerrado con tornillos en los bajos del coche [STS 14/11/2007 (Nº 945/2007)]; tumbado en el asiento trasero y tapado con unas mantas y bolsos de viaje [STS 19/12/2007 (Nº 1109/2007)]; procedió entonces el acusado a introducir a las seis personas indocumentadas que viajaban en los asientos traseros, en un doble fondo que tenía practicado la furgoneta al efecto, hueco éste que era de dimensiones bastante reducidas y carecía de ventilación suficiente como para albergarlas [STS 19/12/2008 (Nº 886/2008)].

En muy pocas ocasiones guarda relación con organizaciones dedicadas al tráfico ilegal de seres humanos; lo común es encontrarnos con que los autores de la conducta típica actúan sin ánimo de lucro, tratando exclusivamente de ayudar a la inmigración ilegal a familiares o amigos cercanos, o se trata de individuos que, por dinero, actúan independientemente.

5.2. Calificación jurídica. Dado que la ocultación del inmigrante tiene como objeto eludir el debido control de entrada del extranjero por parte de los agentes de fronteras, normalmente no resulta dificultosa la apreciación del tipo básico del ordinal primero del artículo 318 bis CP (favorecimiento de la inmigración clandestina), cuya prueba del hecho y su conocimiento por el acusado, tanto directa como indiciaria, no ofrecerá serias dificultades.

► Pretender introducir en el territorio nacional a una persona, en la forma clandestina que se describe en el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, careciendo de toda la documentación precisa para que una persona extranjera pueda entrar en España, constituye una conducta típicamente prevista en el precepto cuya indebida aplicación se denuncia (que no exige actuar con ánimo de lucro ni con el objetivo de lesionar la dignidad de las personas afectadas en cualquiera de sus facetas jurídicamente relevantes); pues, como ya hemos razonado, en el presente caso, concurre el elemento objetivo de la entrada de una persona en territorio español sin cumplir las pertinentes exigencias legales y el subjetivo de hacerlo con conciencia de la irregularidad que ello supone [STS 6/6/2007 (Nº 526/2007)]. ► **Prueba:** Aun cuando la prueba del delito puede venir fundada en las declaraciones de los extranjeros transportados [STS 19/1/2006 (Nº 2/2006)] y de los propios inculcados [SSTS 4/5/2004 (Nº 610/2004); 30/6/2005 (RNº 651/2004)], al ser sorprendidos en los puestos fronterizos por los agentes de la Guardia Civil en esas variadas situaciones, son decisivas las declaraciones de los agentes actuantes sobre las condiciones en que fue encontrado el viajero oculto [SSTS 4/5/2004 (Nº 610/2004); 25/4/2005 (Nº 556/2005); 19/1/2006 (RNº 1111/2004); 21/11/2006 (RNº 10458/2006)]. Esas declaraciones configuran junto con otros elementos objetivos hechos base indiciarios sobre los que se puede realizar un juicio de inferencia razonable que acredite el hecho consecuencia: hay constancia de que el acusado conducía su propio automóvil, que estaba manipulado por la construcción en él de un habitáculo apto para la ocultación y traslado de una persona, acción en la que, precisamente, fue sorprendido [STS 13/12/2004 (Nº 1514/2004)]. Es contrario a la lógica más elemental afirmar que el acusado desconocía que llevaba a una persona escondida en su vehículo, aprovechando las modificaciones hechas en el compartimiento del motor, hasta que fue descubierta por los agentes de la Guardia Civil que revisaron el vehículo al llegar al puerto de Algeciras el barco en el que viajaban procedentes de Tánger [STS 21/11/2006 (RNº 10458/2006)]. En efecto, la inferencia del Tribunal responde a la más pura lógica (art. 386.1 LEC) y a las enseñanzas de la experiencia común, pues hasta los medios de comunicación social nos informan casi a diario de las diferentes artimañas utilizadas con el propósito de introducir clandestinamente en el territorio nacional a extranjeros carentes de la documentación precisa para poder hacerlo en legal forma. En el presente caso, la persona que se pretendía introducir ilegal y clandestinamente

en España era una mujer de nacionalidad marroquí que llevaba consigo un hijo de corta edad, dándose la circunstancia de que viajaba con un hermano y un pariente, en la furgoneta de éste, ocultos -madre e hijo- entre muebles y mantas, para lo que necesitaron ayuda de otras personas; sin que el hermano de la mujer diera una explicación convincente sobre su presencia en la furgoneta (pues dijo que había ido hasta Ceuta para encontrarse con el aquí recurrente porque le traían unos muebles para él -extremo tampoco acreditado, dado que la mujer dijo que eran suyos-, y, en todo caso, como dice el Tribunal, lo lógico hubiera sido que esperara aquí a que llegaran). Y, en último término, repugna al sentido común admitir que los dos acusados pretendieran entrar en España en la forma que lo hicieron ignorando que una familiar tan próxima iba escondida entre los muebles y efectos que transportaban en la furgoneta del aquí recurrente [STS 6/6/2007 (RNº 10101/2007)]. Precisamente al tratarse de **delitos flagrantes** hacen dificultosa la aplicación de la **atenuante de confesión** del artículo 21. 4ª CP: 1º. Desde luego, faltó el requisito cronológico exigido en tal norma penal. Fue detenido M por la policía en una situación de flagrancia delictiva que impide hablar de confesión anterior al procedimiento. 2º. Además, no existió confesión alguna, pues cuando fue llevado a comisaría se negó a declarar. Luego, en el juzgado dijo conocer que su taxi tenía un doble fondo, pero manifestó no conocer que allí fuera oculta ninguna persona, aunque terminó por reconocer que sospechaba esto último. Después implica en los hechos a su acompañante A. Asegura que fue este quien le propuso realizarlo, accediendo finalmente el declarante. Pretende que tal declaración implicando a otra persona es una confesión. Ciertamente no es así. Confesión es reconocer la propia participación en el hecho delictivo y esto no es lo ocurrido en el caso presente. Finalmente en el juicio oral sí reconoció conocer que en el habitáculo referido iba oculta una persona para pasarla de Marruecos a Melilla. Pero esto nada tiene que ver con la definición que nos ofrece el art. 21.4ª a propósito de esta circunstancia atenuante [STS 30/6/2005 (Nº 887/2005)].

5.3. Aplicación del subtipo atenuado del artículo 318 bis Nº 6 CP. No obstante la actuación del acusado tiene que ser relevante en relación con la conducta perseguida, de tal manera que el hecho de poner en contacto a su hermano con la persona que se dedicaba al transporte ilegal y clandestino de inmigrantes carece de relevancia en el orden penal.

El hecho de poner en contacto a su hermano con la persona que se dedicaba al transporte ilegal y clandestino de inmigrantes, carece de relevancia en el orden penal, no sólo porque, como el propio hecho probado señala, su "**gestión**" debe estimarse **superflua** y, por ende, **inocua**, dado que "era del público conocimiento **de todos** los habitantes de la zona" la actividad a la que se dedicaba el tal H, de manera que la acción del acusado no habría coadyuvado en nada a la posterior realización del delito. Es que, además, en esta conducta que el Tribunal a quo considera constitutiva de la figura delictiva, no concurre el elemento de la antijuridicidad que requiere todo delito, concebido tal concepto como el juicio de desvalor de la acción, o el sentido de reproche que ésta merece, toda vez que consideramos la ayuda al hermano que sólo pretende escapar de una situación de miseria, ignorancia y desesperanza, cuando esa ayuda, además, no supone ninguna participación en la mecánica operativa del tráfico, ni en los beneficios de éste, no puede en modo alguno colmar la exigencia de conducta reprochable que todo delito conlleva [STS 28/4/2006 (RNº 479/2006)].

5.4. Ánimo de lucro. La aplicación del subtipo agravado de actuar con ánimo de lucro, por el contrario, es más dificultosa debiéndose fundar en hechos indiciarios muchas veces y en las declaraciones de los propios trasladados.

En este sentido, la afirmación de la sentencia de instancia "como ya ha resuelto esta Sala en otras ocasiones, al resultar acreditado que el acusado colaboraba en el tráfico ilegal de extranjeros en España, y no existir una relación de conocimiento, amistad o parentesco próximo entre los inmigrantes y el mismo, deberá estimarse que dicha colaboración la prestó con ánimo de lucro, por cuanto que no es lógico pensar que en esta Ciudad, dado lo conocido del reseñado tráfico, pueda alguien arriesgarse a facilitar el paso a la Península de cualquier desconocido, sin que medie un interés o lucro personal" no es aceptada por el Tribunal Supremo argumentando que "lo que resulta de las actuaciones es que M T, con carta de residencia francesa, se dirigía a ese país acompañado de su esposa y de siete hijos con edades comprendidas entre los 2 y 13 años. Viaje familiar difícil a un destino lógico, que no parece encaminado a realizar un tráfico ilegal de personas, pudiendo ser perfectamente que las personas transportadas, ligadas al acusado por lazos de parentesco o amistad, no hubieran convenido el pago en dinero, sino que la motivación fuera ajena al lucro, de carácter personal, como afirma el acusado" [STS 4/5/2004 (Nº 610/2004)]. Por el contrario, sí se desprende del hecho de que el acusado haya realizado modificaciones en el compartimento del motor de su vehículo para acondicionar un espacio en el que pudiera alojar a una persona; de lo que cabe pensar que no habría realizado tales modificaciones sino pretendiera algún beneficio de ello [STS 21/11/2006 (RNº 10458/2006)]. En primer lugar nadie prepara un doble fondo si no es con la intención de pasar a personas ilegalmente. Este tráfico de personas es normalmente retribuido pues no entra en la naturaleza de las cosas que nadie arriesgue una pena de cárcel por mero ánimo de liberalidad. Debemos examinar todo el material probatorio para establecer si la conclusión responde a criterios de verosimilitud y sobre todo de probabilidad, no contradicha por elementos compensatorios de signo exculpatorio. Las manifestaciones de los inmigrantes tienen que ser sometidas también a este proceso. Las dos más expresivas que hablan de un parentesco lejano por el matrimonio de un pariente con una prima y de la vecindad, resultan inconsistentes y poco verosímiles como justificantes de la buena acción del acusado. Los demás ni siquiera llegan a este extremo limitándose a manifestar escuetamente, sin explicación alguna, que no pagaron dinero. Por otro lado, al acusado se le ocupan 3.215 euros y 41.300 dirhams... En todo caso, el juicio de verosimilitud o su contrario, ausencia de incredulidad subjetiva, no encaja ni corrobora la versión facilitada. Se trata de ocho personas que no se conocen entre sí que necesariamente han tenido que contactar uno a uno con el acusado. No es creíble que éste fuese una especie de ONG destinado a trasladar extranjeros fuera de su país a una zona de la Unión Europea. El acceso a la furgoneta tampoco se realiza de forma alternativa sino que, para colocarse uno encima de otro en un espacio de treinta centímetros de ancho, es necesario proceder a una carga conjunta, lo que implica un convenio previo cuya única explicación es el pago del precio concertado [STS 8/2/2007 (RNº 10492/2006)]. Teóricamente, la declaración de los testigos es un prueba directa cuya percepción por el órgano juzgador no le sitúa ante la realidad de lo sucedido sino ante la narración de la misma [STS 8/2/2007 (RNº 10492/2006)].

5.5. Subtipo cualificado de puesta en peligro de la vida del inmigrante. La concurrencia de la circunstancia de puesta en peligro de la vida o integridad física del extranjero dependerá exclusivamente de las circunstancias concretas de su escondrijo, por lo que su valoración deberá hacerse caso a caso teniendo en cuenta fundamentalmente la posibilidad de asfixia y la duración de la inmovilización. Cuando se produce el fallecimiento del inmigrante el artículo 31b bis CP entrará en concurso ideal con el delito de homicidio imprudente del artículo 142 CP [STS 19/12/2008 (Nº 886/2008)].

Se aprecia grave riesgo: *A nadie escapan las condiciones inhumanas y de efectiva puesta en peligro de la vida del mencionado inmigrante teniendo en cuenta el bolso de viaje en que fue ocultado, debajo de dos maletas, mantas y otros bultos, con la posibilidad más que evidente de asfixia. El inmigrante fue encontrado con síntomas de desorientación y asfixia [STS 4/5/2004 (Nº 610/2004)]; Entendemos que se aplicó correctamente el mencionado apartado 3, pues los hechos probados de la sentencia recurrida nos dicen que Y permaneció oculto en un doble fondo (sic) de reducidas dimensiones, aproximadamente dos horas, de modo que cuando fue sacado de allí se encontraba desorientado y aturdido. Basta examinar las fotografías de los folios 21 y 22 para percatarnos de la postura de singular incomodidad que tuvo que adoptar dicho Isaac para poder viajar ocultado en el taxi, aunque fuera un vehículo amplio de la marca Mercedes. Se trataba de un joven de 24 años que tuvo que permanecer allí muy incómodo y encogido durante dos horas aproximadamente. Consideramos razonable el que la sentencia recurrida considerase que en tales circunstancias hubo peligro para la salud de quien así tuvo que permanecer inmovilizado durante tanto tiempo [STS 30/6/2005 (Nº 887/2005)] [STS 19/1/2006 (RNº 1111/2004)]. Transportar a ocho personas en un habitáculo que sólo tiene treinta centímetros de ancho y que obliga a sus ocupantes a situarse unos encima de otros, supone, por su propia estructura, un riesgo gravísimo que afortunadamente no tuvo resultados [STS 8/2/2007 (RNº 10492/2006)].* **No se aprecia grave riesgo:** *Por cuanto se encontraba tras una alfombra ocupando el lugar destinado al depósito de combustible del automóvil comprobaron la existencia de una persona de rasgos hindúes dispuesta en posición fetal que evidenciaba ciertas dificultades de respiración y entumecimiento por razón de las reducidas dimensiones del habitáculo en cuestión [STS 13/12/2004 (Nº 1514/2004)]; oculto en el salpicadero [STS 19/1/2006 (RNº 1111/2004)]; por la forma y lugar en que se transportaba al inmigrante, dentro del motor, en un espacio de reducidas dimensiones, con el capó cerrado. Necesariamente el inmigrante debió soportar unas altas temperaturas, propias de la combustión del motor, consecuencia lógica de encontrarse cerrado, de reducidas dimensiones, de escasa ventilación, en el que debió soportar las emanaciones del motor, y los golpes derivados de la circulación del vehículo. En contra afirma el Tribunal Supremo que no queda acreditada la duración del tiempo en que estuvo en esa situación, lo que hubiera sido necesario para apreciar el riesgo [STS 21/11/2006 (RNº 10458/2006)].*

5.6. Compatibilidad del Nº 3 y del Nº 6 del artículo 318 bis CP. Cuando concurre la circunstancia de la puesta en peligro de la vida de inmigrante, difícilmente es posible apreciar la rebaja de pena prevista en el Nº 6 del artículo 318 bis. Sin embargo, ésta es aplicable cuando existe una relación de parentesco entre el introductor y la víctima, e incluso la atenuante mixta de parentesco en sentido favorable [STS 19/12/2007 (Nº 1109/2007)].

El tipo de delito que estamos examinando se introdujo en el CP por LO 4/2000. Su regulación ha sido modificada por otra LO, la nº 11/2003, que, ante el cariz que iba tomando el fenómeno social de la inmigración ilegal y la gravedad de las conductas de quienes se aprovechaban de las necesidades de los inmigrantes clandestinos, decidió elevar sustancialmente las sanciones correspondientes, si bien al final, en su apartado 6, confiere a los tribunales la facultad de imponer la pena inferior en un grado, para evitar penas tan graves en casos que no lo merecieron por su particular levedad. Nos indica este apartado 6 tres criterios para la posible aplicación de esta rebaja de pena: 1º. **La gravedad del hecho.** Por supuesto, prescindiendo de aquellos datos que ya se hubieran tenido en cuenta para la aplicación de las diferentes circunstancias que en definitiva determinan cuál de los cinco apartados anteriores ha de aplicarse (ánimo de lucro, minoría de edad, peligro para la salud, condición de funcionario en el sujeto activo, pertenencia a una organización, etc.). En el presente caso no cabe tener en cuenta la existencia de un peligro para la salud que ya sirvió para aplicar el tipo cualificado del apartado 3. Por el contrario, sí hemos de considerar el referirse el hecho al intento de introducir en España a una sola persona, no a varias, como es lo habitual en estos casos. Hecho favorable para los acusados. 2º. **Las condiciones del culpable.** Aquí sólo conocemos la carencia de antecedentes penales de los dos recurrentes, así como la condición de taxista y dueño del taxi respecto de M, circunstancias que consideramos prácticamente irrelevantes a los efectos de la aplicación de esta rebaja de pena. 3º. **La finalidad perseguida** por el sujeto activo del delito. Al respecto hay aquí un dato importante: la construcción de un habitáculo oculto entre los asientos traseros del coche y el maletero revela la intención del dueño del vehículo de dedicarse de modo más o menos continuado a realizar hechos como el aquí examinado. Si, como ciertamente ocurrió, hay un elemento favorable a la disminución de la pena, el ser una sola persona la transportada, sin embargo la existencia de ese hueco, aislado a propósito en el coche para permitir el transporte de una persona ocultada, nos impide el que podamos considerar que nos encontramos ante un hecho de los más leves que pudieran cometerse respecto de esta clase de infracciones que habrían de ser los merecedores de la rebaja de pena permitida en este apartado 6 del art. 318 bis CP. Esta argumentación es válida para el dueño del taxi principalmente, persona que habría de beneficiarse con esta clase de actividades ilícitas; pero también lo es respecto del otro acusado que conoció la forma en que fue trasladado el joven liberiano IY. Se trata de un elemento objetivo del hecho que ha de perjudicar al coautor, conforme al principio que podemos deducir de lo dispuesto en el art. 65.2 CP [STS 30/6/2005 (RNº 651/2004)] ► A efectos dialécticos se pudiera considerar la existencia de una relación afectiva derivada del parentesco que pudiera ocasionar respecto del hermano la aplicación de la circunstancia mixta de parentesco, esta vez atenuada. Conjugando esta circunstancia se debe destacar que la Sala sentenciadora ha aplicado el *párrafo 6º del artículo 318 bis* e impone la pena de dos años, valorando la entidad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida, lo que le lleva a rebajar la pena en un grado, disminución que estimamos correcta [STS 19/12/2007 (Nº 1109/2007)].

5.7. Minoría de edad del inmigrante. No es posible apreciar el subtipo agravado de minoría de edad cuando el menor se encuentra bajo la protección y en compañía de sus padres.

Como ya hemos visto, el tipo básico de este delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis 1 CP) tiene como bien jurídico protegido tanto el interés general de controlar los flujos migratorios como la protección de la dignidad de la persona en sus distintas facetas jurídicamente más relevantes (su libertad, su seguridad, sus derechos laborales, etc.). El art. 318 bis 3 del Código Penal, por su parte, describe una serie de subtipos agravados del mismo delito, en función de la concurrencia de diversas circunstancias que implican una mayor antijuricidad de la conducta enjuiciada (el ánimo de lucro, el empleo de violencia, intimidación, engaño, abuso de una situación de superioridad o de la especial vulnerabilidad de la víctima, o ser la víctima menor de edad o incapaz, o cuando se ponga en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas) y, por supuesto, en cuanto se refiere a los menores de edad, todo cuanto pueda afectar al conjunto de manifestaciones inherentes a la protección debida a la infancia y a la juventud que, como es notorio, incumbe primariamente a los padres. Desde esta perspectiva, en los hechos aquí enjuiciados, es patente la desvinculación de los dos acusados respecto del menor, dado que éste aparece directamente unido y relacionado únicamente con su madre. Consiguientemente, no es posible apreciar la lesión - o el peligro de lesión - de los derechos e intereses legítimos del menor implicado en estos hechos, al estar en todo momento al amparo de su madre y sin ninguna implicación negativa conocida de los dos acusados [STS 6/6/2007 (RNº 10101/2007)].

5.8. Extensión de la autoría y participación. El que facilita los medios, locales o vehículos para la realización de estas conductas responde a título de coautor. Del mismo modo el conductor del vehículo y quien lo prepara.

Por lo demás, en los hechos declarados probados, se implica en forma especialmente relevante al hoy recurrente, en cuanto propietario de hecho del local utilizado para estas actividades (lo que podría ser suficiente para su condena, dada la trascendencia que debe reconocerse a esta aportación a los hechos de autos), y que desarrollaba además una conducta de vigilancia y control de las personas y vehículos que allí acudían habitualmente. Dado que el art. 318 bis 1 y 3 castiga al que, "directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, desde, en tránsito o con destino a España", "con ánimo de lucro", que es lo aquí sucedido, según se desprende del relato fáctico de la sentencia de instancia, resulta evidente que no puede apreciarse la infracción legal denunciada en este motivo [STS 14/11/2007 (Nº 945/2007)].

5.9. Comiso del vehículo. Común a los dos apartados anteriores es la doctrina relativa al comiso de los objetos e instrumentos del delito que, en estos casos lo constituyen los vehículo a motor utilizado. Recordando la STS 21/6/2006 (Nº 676/2006) que no procede cuando aquél no es propiedad del acusado ni de tercero involucrado en los hechos.

6. Introducción en España de migrantes en vehículos de motor sin ocultamiento.

SSTS 15/2/2005 (Nº 147/2005); 10/11/2005 (Nº 1352/2005); 23/5/2006 (Nº 545/2006); 21/6/2006 (Nº 676/2006); 29/6/2006 (Nº 714/2006); 10/7/2006 (Nº 773/2006); 10/11/2006 (Nº 1087/2006); 13/11/2006 (Nº 1119/2006); 28/2/2007 (Nº 153/2007); 27/11/2007 (Nº 964/2007).

Probablemente uno de los supuestos de hecho más conflictivos en orden a su calificación jurídica (hasta el punto de que aparentemente se han producido resoluciones contradictorias en la jurisprudencia) se produce en los casos en que el inmigrante que pretende acceder a territorio español no se oculta en el interior del vehículo, permaneciendo visible al posible control de los agentes de fronteras.

En estos supuestos se ha considerado que la conducta desarrollada por el *introductor* en España, cuando su actuación fuere desinteresada, ocasional y *sin una artificial elaboración previa de documentos o la utilización de artimañas destinadas a burlar los controles policiales*, es atípica por inocua. En contra se pronuncia la STS10/7/2006 (Nº 773/2006), tras recordar que el tipo básico no exige la existencia de ánimo de lucro.

El relato de hechos probados atribuye al acusado la pretensión de acceder al ferry que desde el recinto portuario de Ceuta se dirigía a Algeciras. Añade que en el vehículo llevaba a un ciudadano extranjero indocumentado y de origen marroquí cuyo nombre, finalmente, se identifica. El sentido del precepto va encaminado a castigar a los que de una manera más o menos subrepticia o tratando de burlar los controles legales, introduce en nuestro país a una persona con la que realiza un acto de tráfico. Traficar equivale a comerciar, aprovecharse u obtener un lucro de esta actividad que puede ser simplemente transitoria, ocasional o permanente. Según el hecho probado se descarta cualquier propósito de lucro porque no afirma que percibiera cantidad alguna por realizar la conducta que se le imputa. La decisión no se ajusta a las previsiones del legislador al regular este tipo delictivo. No se puede incluir en el mismo la conducta de una persona que de manera ostensible lleva en su automóvil a una persona extranjera que parece inicialmente indocumentada y que después se identifica. El que actúa de esta manera realiza una conducta absolutamente inocua e incluso ingenua ya que sabe que cualquier persona que sea visible en su automóvil va a ser requerida para que muestre los documentos identificativos necesarios para realizar el viaje. En cualquier puerto del mundo las autoridades y los empleados de los transbordadores solicitan los documentos necesarios para acceder a

bordo de un barco. No parece por otro lado que la ilegalidad se pueda predicar del que transporta a una persona sin documentos falsificados y sin ni siquiera ponerse de acuerdo con el mismo para burlar los controles policiales. El hecho probado sólo dice que trataba de introducirlo ilegalmente en la Península. Para que exista ilegalidad es necesaria la puesta en marcha de una artificial elaboración previa de documentos o la utilización de artimañas destinadas a burlar los controles policiales [STS 15/2/2005 (Nº 147/2005)]. La STS 10/7/2006 (Nº 773/2006) confirma la condena por delito del artículo 318 bis fundándose exclusivamente en estos hechos probados: *El control de pasajeros como agente de la Guardia Civil, fue sorprendido por funcionarios de la Policía Nacional con tarjeta profesional NUM000 y NUM001, cuando intentaba acceder al barco con destino a Algeciras llevando con él, a la inmigrante de origen marroquí S El S, a quien pretendía introducir ilegalmente en la Península.*

Especialmente han resultado conflictivas las acusaciones contra transportistas de camiones, autobuses o furgonetas de inmigrantes *sin papeles* provenientes del espacio Schengen. En estos casos puede ocurrir que la participación del imputado y conocimiento de la ilegalidad de su actuación, significadamente la condición de ilegalidad de la situación del inmigrante, solo puedan ser apreciados mediante prueba indiciaria débil o insuficiente, provocando la absolución.

Absolución por falta de prueba: Como viene sosteniendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 61/2005 y las que en ella se citan), a falta de prueba directa de cargo también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento de condena sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que: a) parta de hechos plenamente probados y b) que los hechos constitutivos del delito se deduzcan de los indicios a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, detallado en la Sentencia condenatoria. La jurisprudencia de esta Sala también se ha ocupado en reiteradas ocasiones de la prueba indiciaria, y exige que el razonamiento se apoye en elementos de hecho y que éstos sean varios, salvo los casos excepcionales en que a un solo indicio pueda reconocerse un especial valor; que estén suficientemente acreditados; que se relacionen reforzándose entre sí, y que la conclusión obtenida fluya de modo natural según las reglas del recto criterio humano, en definitiva, según las reglas propias del razonamiento lógico y con respeto a las enseñanzas de la experiencia. Desde el punto de vista formal se exige que el juicio de inferencia pueda considerarse razonable y que la sentencia lo exprese. La razonabilidad del juicio de inferencia no supone la imposibilidad de otras versiones distintas de los hechos, de manera que el Tribunal haya debido inclinarse por la única certeza posible (STS Nº 499/2003, de 4 de abril), pero sí exige que no se opte por una ocurrencia fáctica basada en una inferencia débil, inconsistente o excesivamente abierta, (STS Nº 1090/2002, de 11 de junio). En el caso, el único dato indiscutible es la atribución formal de la propiedad de la furgoneta al recurrente, pues no existe ninguna prueba que lo vincule de otra forma a los hechos. Se trata de un dato que pierde valor demostrativo si se tiene en cuenta la antigüedad del vehículo y las declaraciones de las personas relacionadas con él en cuanto a su traspaso. Ello conduce necesariamente a una inferencia excesivamente abierta, de insuficiente consistencia como para sustentar una condena, de forma que debemos mantener la subsistencia de la presunción de inocencia [STS 29/6/2006 (Nº 714/2006)].

Del mismo modo, la Sala II del Tribunal Supremo ha declarado la inexistencia de conducta típica cuando el acusado se ha limitado a efectuar, aún cobrando una cierta cantidad, una mera realización de transporte de ciudadanos extranjeros: a) provistos de pasaporte genuino; b) sin ocultamiento de su existencia e intención; c) y, **con desconocimiento de que los ciudadanos extranjeros tenían prohibida la entrada en España o se les había denegado previamente**. Este último requisito puede ser entendido como decisivo para solventar la cuestión relativa a la diferenciación entre el delito y las conductas constitutivas de una mera infracción administrativa, única manera de resolver las posibles contradicciones jurisprudenciales.

En cualquiera de los casos, no es posible elevar a la categoría de delito, y además severamente castigado, conductas que en la legislación de extranjería vienen configuradas como una mera infracción administrativa (artículo 54 de la LO 4/2000), de manera que el interés del Estado en el control de los flujos migratorios, ya protegido mediante la acción administrativa, sólo encuentra protección penal si los derechos de los ciudadanos extranjeros se ven sería y negativamente afectados por la conducta, sea de modo actual y efectivo o al menos ante un riesgo de concreción altamente probable. Desde las perspectivas expuestas, el recurso no puede ser estimado. El acusado se limitó a transportar a dos súbditos rumanos hacia España, discurriendo por un puesto fronterizo, disponiendo ambos de sus correspondientes pasaportes, sin ocultar su existencia ni su intención, y sin que el acusado contribuyera con otra cosa que con la mera realización del transporte, ejecutado, por otro lado, en condiciones de absoluta normalidad, en lo que se refiere a las condiciones en las que viajaban los dos súbditos rumanos. El primer motivo se apoya en la existencia de un error de hecho demostrado por documentos. La jurisprudencia de esta Sala exige que el documento acredite un particular relevante para el fallo y que haya sido tenido en cuenta erróneamente por el Tribunal, lo cual debe desprenderse del propio contenido literal del documento designado. En el caso, el previo rechazo policial en la frontera a los dos súbditos rumanos, que el recurrente pretende acreditado por los documentos designados, no ha sido ignorado por el Tribunal y además no resulta relevante, dado que en la sentencia se argumenta razonadamente la imposibilidad de establecer que el acusado conociera esa circunstancia. En cualquier caso de su conducta no se desprende la ejecución de ninguna maniobra de ocultación orientada a burlar la eficacia de ese control policial. Mantenido los hechos probados en su redacción original, el hecho no puede considerarse delictivo. No se aprecia ninguna afectación negativa a la dignidad humana ni a los derechos fundamentales de los ciudadanos extranjeros transportados por el acusado. Este se limitó a acordar el transporte, circulando con normalidad, a la vista de las autoridades fronterizas, y sin que se haya acreditado ninguna actuación anterior ni ninguna finalidad posterior a su conducta de la que pudiera desprenderse un riesgo para la integridad de aquellos derechos. Tampoco se afecta el control del Estado en los flujos migratorios, dado que las dos personas transportadas se manifestaron a la vista de las autoridades sin que el acusado participara de simulación alguna de su situación real [STS 10/11/2006 (RNº 712/2006)]. Con idéntico relato de hechos, salvo lo concerniente al señalado requisito c), la STS 13/11/2006 (RNº 392/2006)

afirma: *Consiguientemente, la entrada, en el caso, ha de considerarse ilegal, pues ya relatan los jueces "a quibus" que no se les había permitido previamente la entrada en España por el puesto fronterizo de La Junquera, como consta en las actuaciones, no habiéndose planteado cuestión alguna acerca de tal ilegalidad que se produjo, como ya hemos visto, por no justificar el objeto y condiciones de la estancia prevista en España, por lo que quedaron en Francia, a donde fueron devueltos en virtud del Convenio existente con tal país, y ya en una gasolinera fueron captados por el acusado, el cual, mediante precio, trató evidentemente de burlar la frontera anterior, por la que habían tratado de pasar en autobús de línea regular, y pasar por otra frontera, llevándoles en su vehículo a cambio de 100 euros, que pagaron cada uno de los cuatro ocupantes de la furgoneta. La entrada, pues, fue ilegal (art. 25 LODYLEEYIS), y además, fraudulenta, por la forma en que ésta se produjo (**inmediatamente después del rechazo por otra frontera**), con artimañas [STS 13/11/2006 (Nº 1119/2006)]. La STS 28/2/2007 (Nº 153/2007) no solo niega que en estos casos nos encontremos en presencia de una **entrada ilegal** (más aún la realidad física del puesto fronterizo dentro del marco de la Unión Europea y en concreto entre España y Francia ha desaparecido como es un dato de experiencia, y ello se predica tanto del cruce por autopistas o carreteras principales como de secundarias, lo que no impide la existencia aleatoria de controles a uno y otro lado de la frontera) y **clandestina** (no puede calificarse de clandestino porque se utilizó una vía normal, aunque no principal --se efectuó en vehículo por una carretera secundaria--. Tampoco puede calificarse de clandestino porque se utilizase algún fraude o engaño. Las cuatro personas concernidas no iban ocultas ni provistas de documentación falsa. Iban como viajeros de un turismo y todos provistos de su identificación legal constituida por el respectivo pasaporte. El hecho de la persecución policial, ya en territorio español no altera la naturaleza inocua de la acción ejercitada, ya que el propio recurrente como residente irregular en España era el primer interesado en no ser localizado por la policía), sino también que concurra el **elemento subjetivo del injusto**: finalmente, en relación a que las cuatro personas transportadas hubieran sido rechazadas por las autoridades fronterizas de España, hecho reconocido en el factum, ha de ser completado con el dato, también incluído, de que no consta es que este rechazo fuera conocido por el recurrente, y aún reconociendo la dificultad en la acreditación de este dato dada su naturaleza de hecho subjetivo, es lo cierto que si no ha alcanzado en la sentencia sometida al presente control casacional el necesario juicio de certeza respecto al previo conocimiento de este dato por parte del absuelto, ha de estarse a ello. La ignorancia de este dato es un argumento más que impide el éxito del recurso, ya que se está en presencia de un delito esencialmente doloso y de acuerdo con el principio de culpabilidad reconocido en el art. 5 del Código Penal, el dolo es el presupuesto de la responsabilidad penal, de forma exclusiva en este tipo de delito en el que no está prevista la comisión por imprudencia [STS 28/2/2007 (Nº 153/2007)]. ► La STS 27/11/2007 (Nº 964/2007) introduce una pluralidad de aspectos confusos: Estima en este sentido que los ciudadanos búlgaros que transportó hasta la frontera podían ingresar en España sólo con el documento de viaje que efectivamente portaban. El motivo debe ser estimado. La Audiencia ha entendido erróneamente que el acusado llegó a facilitar la entrada de los ciudadanos búlgaros, que se proponían permanecer clandestinamente en el territorio español. La acción que habría facilitado la inmigración clandestina sería la proposición, realizada en territorio francés, de introducirlos en España, para lo cual los transportó hasta la frontera, lugar en el que fueron rechazados. Al acusado se le ocuparon 550 euros, pero en los hechos probados no se ha consignado que los hubiera recibido como contraprestación por el transporte. En primer lugar es de señalar que la acción que se le imputa al recurrente tuvo lugar fuera del territorio nacional y que, si pudiera ser considerada típica, no constituye ninguna de las que permiten la aplicación extraterritorial del derecho español. Es cierto que la estructura del tipo, al referirse al favorecimiento de la inmigración clandestina de personas en tránsito o que se dirigen a España parecería admitir, por sí mismo, que el lugar de comisión puede ser extraterritorial. Sin embargo, es necesario distinguir el lugar de realización de la acción del lugar en el que se encuentra el eventualmente favorecido por la misma. En todo caso, la estructura del tipo sólo permitiría considerar consumado el delito por acciones realizadas en el territorio nacional con efectos extraterritoriales. Lo que no es posible es deducir del texto del art. 318 bis-1 CP una norma de derecho penal internacional que habilite una aplicación extraterritorial del derecho nacional. Pero, sin perjuicio de ello, lo cierto es que, en todo caso, se trata de un acto preparatorio no punible, dado que no ha llegado a favorecer de ninguna manera jurídicamente relevante la entrada de los extranjeros en España. Los hechos probados no relatan ningún comportamiento que haya favorecido o facilitado una acción de los ciudadanos búlgaros que éstos no llegaron a realizar, dado que sólo intentaron pasar la frontera por vías normales, sin que sea posible extraer de los hechos probados que dieron comienzo a alguna clase de procedimiento que pueda ser calificado de clandestino. Tales actos son, por lo tanto, socialmente adecuados, como es adecuado el rechazo de su pretensión de ingreso en España por parte de los funcionarios que lo dispusieron y, por tal motivo, no cabe pensar en una acción de favorecimiento de carácter antijurídico, toda vez que no es antijurídico cooperar de alguna manera en actos no típicos por ser socialmente adecuados.*

Igualmente carecen de relevancia penal los actos de mera intercesión a favor de inmigrantes sin papeles.

Así, el policía que trata de introducir en España por puesto habilitado al efecto a ciudadanos extranjeros indocumentados pidiendo a los agentes actuantes que como favor les dejaran pasar para que uno de ellos contrajera matrimonio con un familiar. La decisión no se ajusta a las previsiones del legislador al regular este tipo delictivo. No se puede incluir en el mismo la conducta de una persona que de manera ostensible lleva en su automóvil a una persona extranjera que parece inicialmente indocumentada y que después se identifica. El que actúa de esta manera realiza una conducta absolutamente inocua e incluso ingenua ya que sabe que cualquier persona que sea visible en su automóvil va a ser requerida para que muestre los documentos identificativos necesarios para realizar el viaje. En cualquier puerto del mundo las autoridades y los empleados de los transbordadores solicitan los documentos necesarios para acceder a bordo de un barco. No parece por otro lado que la ilegalidad se pueda predicar del que transporta a una persona sin documentos falsificados y sin ni siquiera ponerse de acuerdo con el mismo para burlar los controles policiales. El hecho probado sólo dice que trataba de introducirlo ilegalmente en la Península. Para que exista ilegalidad es necesaria la puesta en marcha de una artificial elaboración previa de documentos o la utilización de artimañas destinadas a burlar los controles policiales". De acuerdo con tal doctrina la pretensión de introducir dos personas en nuestro país no era para "traficar", equivalente a "comerciar, negociar o realizar negocios lucrativos", tráfico que ha de calificarse de ilegal, esto es, fuera de los cauces o requisitos reglamentarios exigidos que pretenden ser burlados a través de mecanismos o artimañas de cualquier índole. Tal finalidad respecto a los ciudadanos extranjeros se amplía en la expresión "inmigración clandestina", esto es, encubierta u oculta a la vigilancia y al control de las autoridades y sus agentes. En nuestro caso ni un supuesto ni otro se daban, ya que se trata de acceder al país a la luz de los controladores del paso del Estrecho, sin

posibilidad de soslayar, dada la mecánica comisiva desplegada, los controles policiales y aduaneros. Las personas, perfectamente identificadas, a las que se trataba de introducir en la España peninsular, eran, por un lado el cuñado del acusado J M, subinspector de policía español, casado con su hermana y por otro una mujer marroquí con la que quería contraer matrimonio el otro acusado español, J A V, circunstancia que no resultó ser un pretexto sino que el enlace matrimonial, en la actualidad vigente, se produce poco después del incidente. Es obvio que en la hipótesis que nos concierne no fue atacado el bien jurídico que el legislador quiere proteger con el precepto, integrado por dos tipos de intereses: el interés general de controlar los flujos migratorios, evitando que tales movimientos sean aprovechados por grupos mafiosos de criminalidad organizada y el interés mediato de proteger la libertad, la seguridad, la dignidad y los derechos laborales de los inmigrantes. Contrastando el *factum* y la *ratio legis* punitiva del precepto, es patente que la conducta enjuiciada no debe subsumirse en el mismo, ante la carencia de la denominada *antijuricidad material*, que en nada se ve afectada [STS 23/5/2006 (Nº 545/2006)].

7. Facilitación de documentación falsa o a nombre de otra persona para pasar los controles fronterizos.

SSTS 25/7/2003 (Nº 1116/2003); 26/11/2003 (Nº 1451/2003); 10/6/2004 (Nº 727/2004); 10/11/2005 (Nº 1352/2005); 7/12/2005 (Nº 1531/2005); 19/5/2006 (Nº 569/2006); 21/6/2006 (Nº 676/2006); 21/12/2007 (Nº 1072/2007); 27/2/2008 (Nº 124/2008).

7.1. Hechos. Al margen de los supuestos en que la falsedad de documento oficial cualquiera que fuere su clase (especialmente pasaportes y visados) es el medio utilizado por las organizaciones criminales para introducir inmigrantes en España, en este apartado reflejamos aquellos casos en que la conducta del acusado es individual y, a veces, meramente esporádica: a) Confección de documento falso a partir de las fotografías facilitadas por el inmigrante para que pudiera pasar desde Melilla a la península; b) Tratar de pasar a ciudadanos extranjeros por el puesto fronterizo en su vehículo sabiendo que eran portadores de documentos identificativos falsificados (tarjetas de identidad extranjeras, pasaportes y visados); c) Cesión de documentación legítima propia a un inmigrante para que la utilice en el paso de frontera previo pago de cantidad; d) Manifestación de conocimiento sobre la identidad del inmigrante que se pretende introducir realizada a los funcionarios de policía, con o sin existencia de documentación falseada.

7.2. Calificación jurídica. El Tratamiento jurídico será diferenciado según los supuestos.

a) El que realiza la falsificación de un documento hábil para lograr acceder a territorio español por el correspondiente paso fronterizo, realiza el tipo básico del artículo 318 bis CP (en su caso, el subtipo del Nº 3 si percibe dinero a cambio) en **concurso medial** con un delito de falsedad en documento oficial cometida por particular del artículo 392 CP [STS 25/7/2003 (Nº 1116/2003)]. El que facilita la documentación extranjera legítima pero alterada de otro (sin que conste el lugar en que se produjo) para facilitar el acceso por puesto fronterizo, comete delito del artículo 318 bis CP en su tipo básico, siendo de difícil apreciación el subtipo privilegiado del Nº 6 del artículo 318 bis [STS 10/11/2005 (Nº 1352/2005)].

De las circunstancias que rodearon la conducta típica del recurrente se infiere una mayor reprochabilidad en cuanto se sirvió de los pasaportes de su esposa y de un hermano, a los que había sustituido las fotografías originales, para facilitar la entrada ilegal en la península de los dos adultos que iban como usuarios en su vehículo acompañados de sus hijos, por lo que la pena impuesta, que corresponde al mínimo legal del tipo básico e inferior a la solicitada por el Ministerio Fiscal, en modo alguno puede ser considerada desproporcionada, máxime cuando en los hechos que se declaran probados no aparece dato alguno que permita sustentar lo contrario [STS 10/11/2005 (Nº 1352/2005)].

b) El que intenta pasar a inmigrantes con documentación falsa en el vehículo que conducía en connivencia con ellos y conociendo esa circunstancia incurre en el delito del artículo 318 bis, tipo básico del ordinal 1º [SSTS 10/6/2004 (Nº 1352/2005); 21/6/2006 (Nº 676/2006)]. Pueden concurrir el subtipo agravado de prevalimiento de agente de la autoridad (Nº 4 del artículo 318 bis) si es realizado por un funcionario del Cuerpo Nacional de Policía o, del Nº 3, si hubo ánimo de lucro [STS 21/12/2007 (Nº 1072/2007); 27/2/2008 (Nº 124/2008)].

El que se encontrasen los ciudadanos extranjeros ya en territorio nacional no puede, en modo alguno, excluir el tipo del artículo 318 bis, pues éste no se refiere sólo a la "inmigración clandestina" de personas o al favorecimiento de su ingreso ilegal en nuestro país, sino, en general, al "tráfico ilegal" de las mismas, lo que evidentemente se da en este supuesto, al haber buscado la evitación de los controles existentes, precisamente, para vigilar ese tránsito prohibido incluso dentro de nuestras fronteras. En segundo lugar, tampoco el acceso por los lugares oficialmente habilitados para la circulación de las personas excluye la comisión del delito pues, como con tanto acierto nos dice el Fiscal en su escrito de impugnación del Recurso, no debe identificarse "ilegalidad" con "clandestinidad" y, además, la ilicitud de la circulación de los extranjeros no sólo puede provenir de la vía utilizada para el acceso o desplazamiento por nuestro territorio sino, también, por la forma, encubierta mediante la

exhibición de documentos de identidad inauténticos, en la que ésta, como en el presente caso, se lleva cabo. Y, en definitiva, el dato de que en los Hechos Probados de la Sentencia recurrida no se recoja mención acerca del conocimiento por quien recurre del carácter falso de esos documentos de identidad utilizados por las personas que acompañaba, transportándolas en su vehículo, no sólo no supone infracción de Ley, ya que ese extremo pertenece a la esfera psíquica interna del sujeto y, por ende, no es imprescindible su consignación en el relato objetivo de lo recurrido, sino que, además, se encuentra perfectamente incorporado a la Resolución en la cumplida explicación que de tal extremo se ofrece en el Tercero de sus Fundamentos Jurídicos. Mientras que por lo que respecta, por último, a la indebida aplicación del subtipo agravado del apartado 4 del artículo 318 bis, a que se refiere el motivo Segundo del Recurso sobre la base de la improcedencia de la consideración de prevalimiento de la condición de agente de la autoridad o de funcionario público del autor del ilícito, ya que no se cometió en el ejercicio de sus funciones policiales, hay que rechazar igualmente una tal alegación, toda vez que ese prevalimiento, efectivamente concurrente, en esta ocasión se produjo, como con toda precisión se afirma en la Resolución de instancia, al exhibir Amar ante los responsables de los controles policiales sus credenciales como funcionario de policía, con la intención de beneficiarse indudablemente, de ese modo, de la confianza que su conducta podía generar ante quienes, en definitiva, eran sus propios compañeros. Comportamiento que debe considerarse como una forma de ese "prevalerse", o aprovecharse, de la condición de policía para facilitar la ejecución del delito, que es la verdadera razón de ser del subtipo agravado [STS 10/6/2004 (Nº 1352/2005)].

c) El que mediante precio cede su documentación genuina (pasaporte y tarjeta de residencia) a otro para que pueda pasar la frontera española comete el tipo básico del artículo 318 bis CP, pero dado que los bienes jurídicos protegidos por ese precepto sufren una mínima afectación, es posible aplicar el subtipo atenuado del apartado Nº 6 [STS 7/12/2005 (Nº 1531/2005)].

Esos hechos evidencian la concurrencia de los elementos constitutivos del tipo recogido en el art. 318 bis, 1 y 3, CP conducta favorecedora del establecimiento ilegal (contrario a la LO 4/2000) en España de un marroquí en condiciones de vulnerabilidad, mediante la entrega de un pasaporte cuya titularidad correspondía a otra persona, el acusado, quien actuaba dolosamente y mediante precio. El siguiente motivo es deducido al amparo del art. 5.4 LOPJ, por vulneración del derecho fundamental a la libertad reconocido en el art. 17.1 en relación con el 53 CE. El recurrente basa su impugnación en que la conducta es atípica, inidónea e inadecuada para la comisión del delito, dada la diferencia de rasgos personales entre el usuario y el acusado. Ello supondría la existencia de una tentativa relativamente inidónea, incluíble en el art. 16 CP, de no ser porque, dada la amplitud de las expresiones contenidas en el apartado 1 del art. 318 bis, nos hallamos ante un delito de consumación anticipada. El mero favorecimiento determina la perfecta realización, lo que excluye apreciar tan sólo un tipo de imperfecta ejecución. Lo cual no descarta que las específicas características del caso permitan una disminución de la pena con arreglo al apartado 6 del art. 318 bis. En el quinto motivo, es denunciada la violación del principio de proporcionalidad en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva y se sostiene que, en caso de no absolución, debería ser aplicado aquel apartado 6. La LO 11/2003 ha introducido en el art. 318 bis un apartado 6, que permite, a la hora de la determinación judicial de la pena, un mayor ajuste a la culpabilidad en sentido amplio. Para ello marca tres criterios: la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida. Si los bienes jurídicos protegidos mediante el tipo que nos ocupa son los derechos de los ciudadanos extranjeros, según se desprende de la rúbrica que encabeza el Título XV bis, la afectación de esos derechos aparece como mínima en el presente caso, según se desprende del *factum*, cuyo elemento más significativo es que fue sencillamente detectado el artificio que se empleaba para intentar eludir el control de paso: el uso de un pasaporte con una imagen no correspondiente a quien lo exhibía. Sin que aparezcan apoyos fácticos para que los demás criterios establecidos en ese apartado conduzcan a negar la mínima culpabilidad, que vino a reconocer la Audiencia en el quinto de sus fundamentos jurídicos. En consecuencia procede rebajar en un grado la pena de prisión que señalan los apartados 1y 3, por lo que resulta una extensión de tres años y un día a seis años, que, atendiendo a la regla 6ª del art. 66 en relación con lo hasta aquí expuesto, ha de fijarse en los tres años y un día. Sin perjuicio de que la Audiencia, en la última faceta de la determinación judicial de la pena, sustituya prisión por expulsión, de acuerdo con el art. 89 CP [STS 7/12/2005 (Nº 1531/2005)].

d) Sin embargo, cuando la intervención del acusado consiste exclusivamente en tratar de ayudar al inmigrante manifestando que le conoce y que a su juicio el pasaporte que lleva es el suyo, la conducta carece de relevancia penal por inocua.

Dicho esto, aunque en relación también con ello, ha de tenerse en cuenta asimismo que las exigencias de taxatividad de los tipos penales imponen una interpretación de los elementos del tipo objetivo que no amplíe desmesuradamente el campo de la infracción, incluyendo en ella conductas inocuas o irrelevantes en relación con el fin de protección pretendido por la norma. Por ello es preciso entender el tipo de forma que la sanción penal quede reservada para los ataques al bien jurídico protegido que sean realmente graves o que, al menos, revistan una cierta entidad, excluyendo aquellos otros casos que, aun cuando formalmente pudieran quedar comprendidos en la descripción legal según su sentido literal, vengan integrados por acciones irrelevantes desde el punto de vista de la integridad del bien jurídico. En el caso, el tercero al que se refiere el hecho pretendió superar los controles policiales presentando un DNI perteneciente a otra persona. Lógicamente, tan ingenuo proceder, fue detectado inmediatamente por la Policía, que lo retuvo inicialmente impidiéndole continuar. Según el hecho probado, en ese momento se acercó el acusado que manifestó a los agentes que conocía al individuo y que el DNI, en su opinión, era suyo. Aunque esta forma de actuar pueda interpretarse como la expresión de un deseo de ayudar a esa persona a traspasar el control policial, es ilusorio, al menos desde el punto de vista de un observador objetivo e imparcial, pretender que las sospechas de los agentes policiales respecto de la utilización indebida de una documentación oficial por un desconocido, que además pretende entrar en un País procedente de otro distinto, van a desaparecer de modo inmediato solo por la intervención de un tercero, que no alega ni acredita vinculación alguna con el sospechoso que porta el documento, y que tampoco es una persona conocida de alguna forma por los propios agentes, de modo que pudiera emplear cualquiera de esas relaciones para convencer a aquellos de la legalidad de la documentación [STS 19/5/2006 (Nº 569/2006)].

8. Corrupción de funcionarios de fronteras.

SSTS 14/7/2006 (Nº 814/2006); 27/12/2006 (Nº 1294/2006); 30/6/2009 (Nº 740/2009).

8.1. Hechos enjuiciados.

► Tras continuadas y arduas investigaciones llevadas a cabo por miembros de la Guardia Civil se tiene conocimiento que un grupo de individuos dedicábase guiados con la intención de enriquecerse ilícitamente, a la introducción ilegal de inmigrantes en territorio nacional, a través de los pasos fronterizos existentes en la ciudad de Melilla, contando para ello con la colaboración del Guardia Civil Ángel Daniel y de otro individuo Ignacio, declarado en rebeldía. De las actuaciones practicadas ha quedado demostrado las implicaciones siguientes: Serafín: los días 21, 22, 24, 25, 26, 28, 29, 30 y 31 de agosto y 2, 3, 4, 5, 8, 12 y 28 de septiembre acepta el encargo de introducir inmigrantes ilegales (algunos de ellos menores, como reconoce en las propias conversaciones telefónicas interceptadas legalmente) en territorio nacional; así el día 30 de agosto introduce a once inmigrantes por el paso de Mariguari con la colaboración de Ignacio, así como los días 31 de agosto, 4, 20, 28 y 30 de septiembre pero esta vez por el puesto de Farhana. Así como el 21 de septiembre abona los servicios prestados a Ignacio y a su compañera sentimental en los altos de la calle Mar Chica. Constantino: los días 22, 25, 27 y 29 de agosto así como el 2, 3, 12, 15, 17, 22, 24, 25 y 28 de septiembre de 2001, acepta el encargo de introducir a inmigrantes ilegales en territorio nacional y más concretamente el día 2 de octubre, encarga que le aproximen a la frontera a nueve inmigrantes, el día 31 de ese mismo mes hace lo propio en su propio vehículo (ML-9904-E), en connivencia con el agente Ángel Daniel. Luis Alberto " Jesus Miguel ": Utiliza para su ilícita actividad a su cuñado el Agente Ángel Daniel , así los días 25, 27 y 30 de septiembre y 2, 3 y 4 de octubre acepta hacerse cargo de la introducción de quince inmigrantes ilegales. Araceli: Compañera sentimental de Ignacio (rebelde) los días 17 y 18 de septiembre de 2001 colabora en la introducción de un número indeterminado de inmigrantes ilegales. Lo propio realiza el día 20 de septiembre junto a su compañero sentimental Ignacio con cuatro inmigrantes argelinos por el puesto fronterizo de Farhana, el día 30 de septiembre es interceptada cuando en compañía del anterior intentaba pasar a tres inmigrantes iraquíes por el puesto fronterizo de Farhana. Ángel Daniel: El día 31 de agosto de 2001, encontrándose de servicio en la frontera de Farhana y en connivencia con Constantino y Luis Alberto (su cuñado), no inspecciona el maletero de un vehículo que entró a territorio nacional, procedente de Marruecos, a sabiendas de que en su interior ocultaban a tres inmigrantes ilegales. El día 9 de septiembre, permitió igual actividad dos veces (a las 18:30 horas y a la 19:17 horas). Germán: El día 9 de septiembre realiza los dos viajes descritos anteriormente portado en su propio vehículo marca mercedes matrícula-e/.... , los cuatro inmigrantes descritos. El día 28 de ese mismo mes participa junto a Luis Alberto en la introducción de cuatro inmigrantes más, dos de ellos menores como se determina de la conversación telefónica legalmente intervenida [STS 14/7/2006 (Nº 814/2006) (absolutoria por haberse obtenido ilegalmente la prueba)] ► Desde fecha no determinada, pero en todo caso anterior a Julio de 1999, los referidos acusados, de manera estable y organizada, se dedican a la introducción en territorio peninsular de ciudadanos marroquíes; los cuales una vez introducidos en Melilla, pretendían, sin poseer la preceptiva documentación acceder a territorio europeo. Para ello los acusados, se encargaban de contactar con los inmigrantes que deseaban hacer el traslado, exigiéndoles por este servicio entre 2400 y 3600 €, facilitándoles el pasaporte o documentación necesaria para entrar en territorio nacional. Una vez en Melilla y siguiendo las órdenes de los anteriormente citados los trasladan o bien al puerto o aeropuerto de la ciudad de Melilla. Siendo acompañados en su viaje o bien por el también acusado para no levantar sospechas entre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Por otro lado y para superar los controles policiales sites en los embarques de puerto y aeropuerto, contaban con la colaboración del agente del Cuerpo Nacional de Policía que tenía encomendada la función de control de documentación de viajeros en los precitados puestos, recibiendo por sus servicios una cantidad de dinero que era abonada [STS 27/12/2006 (Nº 1294/2006)]. ► Como consecuencia de las investigaciones policiales llevadas a cabo en esta Ciudad Autónoma, el grupo de funcionarios bajo el mando del Inspector del Cuerpo Nacional de Policía a quien se había encomendado esa labor, llegó a la conclusión de que Candida era la organizadora de "pases" de extranjeros, marroquíes, carentes de la documentación habilitante para su entrada en la Península, previo pago de una cantidad de dinero del orden de seis mil euros en tanto en cuanto de aseguraba el éxito de cada operación mediante la implicación retribuida de determinados policía nacionales, de servicio en el embarque de vehículos en los trasbordadores que unen la ciudad de Ceuta con Algeciras. El día 6 de julio de 2004 la menor Macarena hija de Candida , sobre las 12.00 horas, se reunió en el centro comercial denominado "Hipersol", siguiendo instrucciones de su madre, previo concierto, con los extranjeros Luis Miguel y Pilar , ésta menor de edad, ambos nacionales de Marruecos, a quienes acompañó hasta que, sobre las 16:00 horas, hizo acto de presencia Fabio , pareja de Candida , quien conduciendo el automóvil Mercedes 190, matrícula francesa-DZ-.... , dentro del plan previamente establecido, llegó al centro comercial mencionado con el fin de recoger a las dos personas, que Macarena condujo hasta el vehículo señalado, para transportarlas como pasajeros en el embarque de automóviles en el trasbordador con salida de esta Ciudad hacia Algeciras a las 16,45 horas, pues, estaba previsto que el control policial del embarque de vehículos sería llevado a cabo por el Policía Nacional Jacinto , quien a cambio de una suma de dinero no exactamente determinada habría de permitir el acceso al buque del conductor y de los dos ocupantes del vehículo pese a que los últimos presentarían documentación inadecuada para trasladarse a la Península.- Una vez que Luis Miguel y Pilar accedieron al vehículo conducido por Fabio , éste se dirigió a la estación marítima y Macarena , previa llamada de aviso por teléfono, tomó un taxi para recoger a Candida , su madre, y trasladarse a la estación marítima para embarcar en el mismo trasbordador que había de hacerlo Fabio como había sido convenido: esto es, aquél al volante del automóvil con su dos pasajeros por la rampa de acceso de los vehículos a la bodega del trasbordador; y ella, con su hija, por el lugar destinado a pasajeros a pie, de tal manera que se aseguraban así de que el policía nacional comprometido, al no hallarse en el control de pasajeros a pie, se encontrarían en el control de embarque de los vehículos. Candida , una vez que accedieron al trasbordador se dirigieron a la popa del mismo y junto a la cristalera allí existente observaban atentamente el embarque de vehículos cuando fueron detenidas.- Cuando Fabio llegó a la altura del control de policía, Jacinto se aproximó a la ventanilla correspondiente al conductor y recibió de Fabio su documentación propia, que le habilitaba para acceder a la Península, en unión de dos pasaportes (F. 32) que correspondían a sus dos pasajeros. Jacinto, de acuerdo con lo que tenían concertado, examinó tales pasaportes, y apreciando su irregularidad y sus alteraciones, se los devolvió a Fabio autorizándole a embarcar en el trasbordador con los otros ocupantes del vehículo, lo que, finalmente, no consiguió como consecuencia de la irrupción de los funcionarios de policía que en la operación montada el efecto habían seguido al automóvil conducido por Fabio. El día 8 de octubre de 2004, sobre las 11:50 horas llegó a la estación

marítima de esta ciudad el automóvil, marca Mercedes, matrículaWWW , conducido por Leovigildo , marroquí, titular del permiso de residencia en España NUM001 , que transportaba en el asiento posterior a la menor Pilar, indocumentada, situada en el asiento posterior del vehículo y a la también indocumentada nacida en Marruecos, Florencio , que viajaba junto al conductor. Cuando llegó a la altura del policía de servicio Ezequiel , que controlaba a los ocupantes de los vehículos que pretendían embarcar en el trasbordador para acceder a la Península, Leovigildo le hizo entrega de su documentación personal que le habilitaba para permanecer y transitar por territorio español en unión del pasaporte marroquí número NUM002 expedido a nombre de Eduardo y una tarjeta permiso de residencia en España número NUM003 también a nombre de Eduardo , persona diferente, según la fotografía obrante en los documentos citados, a quien manifestó ser Florencio , cuya fotografía no figuraba en aquéllos que son documentos no manipulados ni alterados. Tras examinar tal documentación Ezequiel se fijó en Pilar a quien no requirió documento alguno y, omitiendo poner cualquier obstáculo con ánimo de permitir el paso hacia la Península de ambas indocumentadas, a cambio de una cantidad de dinero no especificada, autorizó el embarque del vehículo cuyo conductor y pasajeras fueron detenidos en la bodega del trasbordador [STS 30/6/2009 (Nº 740/2009)].

8.2. Calificación jurídica. Serían constitutivos de un delito (*en su caso continuado*) contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previsto y penado en el artículo 318 bis apartado 1º, 2º, 3º y 5º en relación con el art. 74 CP, en concurso medial del art. 77.1 CP con un delito de cohecho previsto y penado en el art. 423.1 CP. El delito es consumado aunque hubiera una investigación policial que controlaba las operaciones de la organización. Está justificado no apreciar el subtipo privilegiado del Nº 6 del artículo 318 bis CP a los agentes de la autoridad corrompidos.

► Se argumenta que el previo conocimiento policial de que la acción iba a tener lugar y la disposición de un operativo para conjurar el riesgo de su realización, no permitiría estimar que el delito había sido consumado. Como es sabido el delito imputado se comete, entre otros comportamientos, por el mero favorecimiento de la ilegal inmigración. Y los actos que favorecían la inmigración habían sido ejecutados con anterioridad a la intervención policial que culminó con la detención de los protagonistas. No es aplacible aquí nuestra excepcional doctrina para casos de otros delitos, como el del *artículo 368 del Código Penal* de discurso típico ciertamente paralelo al del *artículo 318 bis* (se utilizan los mismos verbos de promover, favorecer o traficar) ya que aquella excepción solamente ha sido proclamada para actos en que la obstaculización de la operación se encuentra plenamente asegurada *ex ante*. Lo que no ocurre en el presente supuesto en el que la actuación perseguida era sospechada y, por ello, la interceptación posible pero no ineludible [STS 30/6/2009 (Nº 740/2009)]. ► Es verdad que a los particulares penados les ha beneficiado la sentencia con la rebaja de pena de indicado precepto en atención a la gravedad, menor que la que caracteriza por otros casos y sin riesgo para la integridad de las víctimas, según razona la sentencia. Pero no lo hace así respecto a los acusados que son agentes policiales ya que el citado precepto manda también atender a las circunstancias personales de los acusados. Esa calidad de agente policial, además de la agravante por la utilización de la misma, hace más reprochable en el sujeto su actuación, lo que impide rebajar la pena del tipo ordinario. Sin quebra de la igualdad dada la diversidad de condiciones personales [STS 30/6/2009 (Nº 740/2009)].

9. Otros atentados contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.

9.1. Tramitación de Tramitación de permisos de trabajo y de residencia de extranjeros para favorecer su entrada en España: artículo 318 bis CP.

A) Entre los meses de enero del año 2000 y diciembre del año 2002, una trama de individuos no identificados en esta investigación urdió el ardid de conseguir la entrada en nuestro país de trabajadores ucranianos como si fueran simples turistas.- En el diseño de ese simulación participó el acusado Manuel, como elemento clave del artificio por administrar la empresa de viajes Ost West Travel, con domicilio social en la calle Diputación nº 28, bajos de la localidad de Calella, partido judicial de Arenys de Mar, para encargarse de planificar y obtener la documentación aparentemente justificativa de tal supuesto móvil turístico para el viaje de esos trabajadores ucranianos a nuestro país, quienes una vez ingresaban en nuestro territorio nacional se sumergían en la clandestinidad del mercado laboral ilegal. Por ello, y como quiera que para obtener el visado de la Embajada española en la República de Ucrania, resultaba indispensable justificar documentalmente la finalidad turística del viaje, el citado acusado, Manuel, además de ofrecer la falsa apariencia de dicha realidad con su intervención como agencia de viajes encargada, se comprometía expresamente a la recogida del viajero desde el aeropuerto hasta el hotel contratado para su supuesta estancia, así como a realizar, al término de la estancia, el viaje de regreso desde dicho hotel hasta el aeropuerto. Porque sin este requisito jamás la Embajada facilitaba este tipo de visado.- El sistema maquinado se iniciaba mediante el empleo de anuncios por parte de una serie de agencias de viaje ucranianas, ..., todas ellas con sede en Kiev y acreditadas ante nuestra Embajada, para captar la voluntad de ciudadanos ucranianos con interés en conseguir acceder al mercado laboral español de forma ilegal. Les cobraban unas cantidades que oscilaban desde 300 hasta 1000 dólares por individuo, que cuando se anticipaban por el interesado, se iniciaban las gestiones para documentar su falsa visita turística a nuestro país. Por parte de la Embajada española en Kiev se exigía, además, del compromiso antes descrito de la agencia española co-responsable del viaje, una documentación complementaria que sólo podía cumplimentarse por la agencia ucraniana interviniente, tales como certificado de trabajo en Ucrania, copia del libro de trabajo, pasaporte interior, liquidaciones de hacienda de la empresa y otras pruebas documentales. Como documentación a presentar por "la parte española" al objeto de conseguir el anhelado visado, se debía presentar no sólo el compromiso de la agencia de viajes del acusado para hacerse cargo material del viajero a su llegada a España para trasladarlo al hotel, y su correspondiente viaje de regreso, sino que constituía además un documento indispensable la presentación de un compromiso documentado de tener reservada la estancia en un hotel determinado. Ante la necesidad de contar con esa reserva documentada el acusado Manuel entró en contacto con los acusados José Antonio y Casimiro , quienes explotaban a la sazón, el primero, el Hotel Atlántico desde enero de 2000 hasta julio de 2001 y el Hotel Universa desde el año 1999 hasta diciembre del 2002, y el segundo el Hotel Fragata, desde el año 2000 hasta el 2002, situados todos en la localidad de Calella, municipio turístico de la costa catalana. Consiguiendo que por estos acusados, mediante el

recibo de una cantidad de dinero por emigrante ilegal, librarán los documentos necesarios para demostrar ante la citada Embajada española que contaban en cada caso con la consiguiente reserva de plaza en sus respectivos hoteles. Una vez facilitados los correspondientes visados, los ciudadanos ucranianos una vez atravesaban nuestra frontera en su primera noche en nuestro país, ni siquiera llegaban a pernoctar en la mayoría de los casos en las plazas de hotel reservadas para ellos, porque desaparecían de la ruta turística legalmente definida, para sumergirse en el mercado laboral ilícito... [STS 27/7/2007 (Nº 39/2007)] ▶" El 17 de diciembre de 2004 Víctor Manuel , mayor de edad y sin antecedentes penales, presentó ante la Subdelegación de gobierno de Barcelona el modelo oficial solicitando el acogimiento por razones familiares por parte del ciudadano -chino como ella- Gabriel , del que decía ser su madre sin que lo sea. A la solicitud adjuntaba documentación alterada para acreditar tal relación materno filial, que le había sido proporcionada por persona no identificada. Al descubrirse por funcionarios del consulado español en Shangai que el alegado parentesco no era cierto, Gabriel no pudo realizar el viaje que le permitiría residir y trabajar legalmente en territorio estatal al no poder acogerse a la agrupación instada"... Esa conducta se subsume, sin duda, en el delito tipificado en el artículo 318bis .1 del Código Penal que castiga al que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España. En el tipo objetivo de esta figura delictiva, la primera de sus modalidades es la de promoción, que equivale a provocación, incitación o procurar su consecución, y tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 1059/2005, de 28 de septiembre , que está incluida en esa conducta típica cualquier acción prestada al inicio o durante el desarrollo del ciclo emigratorio o inmigratorio y que auxilie a su producción en condiciones de ilegalidad. A ello hay que añadir que el modo más frecuente de comisión, como sucede en este caso, es el del movimiento de personas desde el extranjero a España. Por otra parte, al incluirse en el tipo básico los términos "directa o indirectamente" el legislador ha querido también integrar en el tipo aquellos comportamientos que, dirigidos a esa misma finalidad, no tuvieran relación inmediata con el hecho favorecedor del tráfico ilegal o la inmigración clandestina. Y ese tráfico, entendido como traslado de personas, ha de ser ilegal, esto es, que se produzca al margen de las normas establecidas para el cruce legítimo de las fronteras o con fraude de esas normas, habiendo señalado las Sentencias de esta Sala 59/2006, de 19 de enero, y 284/2006, de 6 de marzo , que se produce la inmigración clandestina y el tráfico ilegal en todos los supuestos en que se lleva a cabo el traslado de personas de forma ilícita, es decir sin sujetarse a las previsiones que se contienen para la entrada, traslado o salida en la legislación de extranjería. Deben considerarse, pues, entradas ilegales las efectuadas mediante fraude, supuestos en los que, siendo voluntad inicial la de acceso para permanecer en España, se elude el control administrativo oportuno, bien mediante el empleo de documentación falsa con la que se pretende ocultar la verdadera identidad, bien a través de documentación, que sin ser falsa físicamente, no responde a la realidad de las cosas, como será el supuesto de visados obtenidos mediante falsas alegaciones. [STS 11/4/2009 (Nº 399/2009)].

9.2. Constitución artificiosa de una empresa ("*que en realidad no existía*") a través de la que ofertó contrataciones de extranjeros en España acogidos al contingente de 1.997, contratación que tenía por objeto la solicitud de permisos de trabajo y residencia, cobrando determinadas cantidades de dinero a las personas a las que presentaba la solicitud. Absolución por los delitos de estafa (por falta de prueba) y contra los derechos de los trabajadores extranjeros (artículos 312.2 y 313.2 CP).

El tipo penal por el que ha sido condenado, el párrafo segundo del art. 313 del Código penal, castiga a quien simulando contrato o colocación, o usando de otro engaño semejante, determinare o favoreciere la emigración. Desde el respeto al relato fáctico la subsunción no es correcta. Ciertamente, el recurrente no se limitó, como señala el recurrente a la mera tramitación de expedientes, extremo que afirma sería atípico, con independencia del reproche moral que pueda realizarse. El hecho probado lo que refiere es que el acusado mediante el artificio de crear una empresa en realidad inexistente, con datos de identificación y teléfonos de contacto correspondientes a otras personas y empresas, simula una contratación futura. Pero el relato fáctico, parco en la descripción, no refiere ningún acto favorecedor de la emigración pues no se hace constar la situación de los potenciales trabajadores, si ya en España, o en su país de origen, elemento que no obra en el hecho probado y que es determinante de la conducta típica (hechos anteriores a 2000) [STS 11/9/2003 (Nº 1145/2003)].

9.3. Formalización de escritura de constitución de sociedad mercantil, dedicada a la tramitación de permisos de residencia y trabajo en España de todos aquellos trabajadores que habían venido a España procedentes de los países de Europa del este con la finalidad de residir de forma definitiva en éste país. Concurso entre el delito del artículo 313.1 CP y 312 CP [STS 29/12/2005 (Nº 1573/2005), que declara nula la sentencia de instancia por quebrantamiento de forma].

9.4. Ofrecimiento a terceros, que intercedían por personas no identificadas o familiares o amigos que vivían en el extranjero, de la posibilidad de diligenciar la formalización de los trámites sin que tuviera intención de realizarlos. Su único propósito era engañar a los que intercedían por sus parientes y amigos, ofreciéndoles como justificación de su actividad y de su falsa promesa, unos documentos falsos. No supone favorecimiento de la inmigración clandestina sino un delito de estafa continuado de los artículos 248 y 249 CP [SSTS 24/2/2005 (Nº 221/2005); 21/11/2006 (Nº 1205/2006)].

9.5. Captación, mediante la oportuna promoción publicitaria difundida en un Estado extranjero, de ciudadanos de ese país que abonaron allí diversas cantidades de dinero por

unos ofrecimientos de viaje a nuestro país donde se les facilitaría vivienda, permisos de residencia y contratos laborales, compromisos que nunca llegarían a cumplir los condenados. Concurso medial entre los delitos de estafa continuada y contra los derechos de los trabajadores extranjeros del artículo 312.2 CP. Acuerdo mayoritario adoptado por el Pleno no jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo de 9/2/2005: el término "emigración" que se contiene en el precepto aquí analizado no ha de limitarse, exclusivamente, a la salida del trabajador desde España a un tercer país, sino que abarca también la llegada del mismo a nuestro territorio proveniente de otro lugar [STS 24/2/2005 (Nº 221/2005)].

9.6. "Compra" de un ciudadano extranjero introducido clandestinamente en España y puesto a trabajar en condiciones abusivas. Aplicación del artículo 318 bis CP en concurso real con el artículo 312 CP [STS 8/6/2007 (Nº 506/2007)].

9.7. Contratación de ciudadano extranjero para actividades domésticas: actividad no comprendida en el artículo 313. 1 ni en el artículo 318 bis al constituir una mera falta administrativa.

La invocación al derecho penal en esta materia de tráfico ilegal de mano de obra extranjera, está perfectamente justificada en función de la gravedad de la cuestión que se trata de abordar y de la puesta en peligro de bienes jurídicos que deben ser especialmente tutelados como son la vida, la seguridad e integridad física, la integridad moral y el trato igualitario y no discriminatorio, sancionando a los que se aprovechan lucrativamente de la situación ilegal de las personas afectadas. Ahora bien, no cabe una generalización indiscriminada y automática de las medidas legales. Al mismo tiempo, es necesario seleccionar rigurosamente los supuestos penales y separarlos de aquellas situaciones que merecen un reproche sancionador administrativo, que, muchas veces, puede ser incluso más gravoso que la sanción penal cuando, como sucede en el caso presente, es susceptible de suspensión. La entrada por la frontera de Melilla de una ciudadana marroquí residente en Nador que goza de un régimen de visado especial, que se hace en un vehículo de transporte público, que es controlada por la autoridades españolas y que cumple todos los requisitos legales, en ningún caso puede ser considerada como constitutiva de delito salvo las vicisitudes posteriores en las que esa persona se vea envuelta. Es evidente que si no cumple con su obligación de retorno podrá haber cometido o ser acreedora a una sanción administrativa pero nunca puede ser tributaria de un ilícito penal. La Sala sentenciadora parece deslizarse hacia la toma en consideración de las condiciones laborales impuestas por la acusada por lo que acude al contenido del actual artículo 312 imputándole tener a la persona contratada para el servicio doméstico en condiciones que supriman o reduzcan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual. Incuestionablemente la cantidad de cien euros como retribución, es realmente leonina, sin embargo, nada se dice sobre las condiciones de trabajo. Estos hechos, en sí mismo, no son constitutivos de delito alguno ya que, no dar de alta a una persona, que presta servicios domésticos, en la Seguridad Social no forma parte del ilícito penal. Ahora bien, el artículo 54.d) de la Ley Orgánica 8/2000 tiene prevista, como infracción grave, la contratación de un trabajador extranjero que no haya obtenido previamente el permiso de trabajo, lo que sucede en el caso presente. Por otro lado, la relación laboral fue convenida libremente e interesaba a las dos partes, sin perjuicio del pírrico sueldo que percibía a cambio de su estancia en territorio español, con régimen de preferencia en relación con la Unión Europea. Parece ser que la finalidad última y lógica de la persona inmigrada era la de cambiar de condiciones laborales, por lo que expresa su deseo de rescindir las. Esta declaración, según el hecho probado, provoca que la acusada en la mañana del día 3 de Octubre de 2003 la encerrase en la vivienda para que no saliese y evitar que cumplierse lo que deseaba. Incuestionablemente, este hecho que surge a los seis meses de estar trabajando, no se mantuvo durante todo este tiempo pues parece que hay constancia en las actuaciones de que salía de casa a realizar tareas encomendadas. ¿Qué se pretendía con esta decisión puntualmente referida? pues, en todo caso, evitar que ese día saliese del domicilio por lo menos mientras la acusada estuviese fuera. ¿Puede calificarse esta conducta como un delito de detención ilegal grave y sancionarla con cuatro años de prisión? Evidentemente no y así lo estima también el Ministerio Fiscal que apoya el motivo de la recurrente y se sitúa en la figura más favorable que no es otra que la prevista para los casos en los que es notorio por las circunstancias o por los antecedentes que la detención o imposibilidad de salir al exterior, en ningún caso, iba a durar más de setenta y ocho horas e incluso podría tratarse de una reacción airada momentánea que ofreciese dudas sobre su verdadero propósito. En todo caso, no se puede describir un hecho de forma tan esquemática para después llegar a la conclusión de que se trata de un caso grave penado con cuatro años de prisión. El relato fáctico debe ser un compuesto lo más sintético posible del hecho, su realidad y su contexto y no se puede seccionar una conducta o actividad como si se tratase de la disección de una pieza anatómica aislándola del resto del organismo. Si la Sala admite que la persona que trabajaba en la casa manifestó sus deseos de abandonar el trabajo, exiguamente remunerado, es lógico pensar que dicha decisión desagradara a la acusada. Nada se dice ni del momento, ni de la reacción que se desencadenó al conocer estas pretensiones. Se supone con toda racionalidad que fue antes del día del encierro. Si los días anteriores no hubo nada delictivo y el día de los hechos la encerró echando la llave, se debió extender el hecho en más consideraciones ya que la ausencia de matices nos lleva necesariamente a una interpretación favorable a la acusada. No discutimos que echase la llave pero nos preguntamos cuanto duró esta situación. Tampoco se nos dice que, en este día, la víctima había hecho la maleta, no se nos explica cuando, como y en que circunstancias se abre la puerta aunque existen datos en las actuaciones que permitían esta precisión imprescindible para completar uno de los elementos del tipo. Este relato incompleto es el mimbres de que disponemos. Su imprecisión nos lleva a considerar que nunca puede pasar de una falta de coacciones del artículo 620.2 del Código Penal penada con multa de 10 a 20 días [STS 17/5/2006 (Nº 540/2006)].

