

DELITO DE PROSTITUCIÓN Y TRÁFICO ILÍCITO (Comentario a la STS, Sala de lo Penal, de 17 de mayo de 2011) ¹

JOSÉ IGNACIO ESQUIVIAS JARAMILLO
Fiscal (Fiscalía Provincial de Madrid)

Extracto:

LA existencia de 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. 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, estaríamos en presencia de un concurso real de delitos, pero tales conductas serán tipificadas con arreglo a los artículos 188.1 y 318 bis.1. No obstante, en sede de tipicidad, esta polémica ha quedado, en cierto punto, solventada por la reforma operada en el artículo 318 bis por la Ley Orgánica 5/2010, que ha suprimido el subtipo agravado del apartado 2, por considerar inadecuado el citado precepto para el tratamiento penal unificado de los delitos de seres humanos e inmigración clandestina, cuando el nuevo Título VII (art. 177 bis) castiga la trata de seres humanos, entre otras finalidades, con la explotación sexual, pero refiriéndose, como medios comisivos, el empleo de la violencia, intimidación o engaño o abusando de una situación de superioridad o de necesidad de la víctima.

Palabras clave: delito de prostitución y tráfico ilícito, inmigración ilegal.

¹ Véase el texto de esta sentencia en *Ceflegal. Legislación y Jurisprudencia*, núm. 131, diciembre 2011.

CRIME OF PROSTITUTION AND PERSONS' ILLICIT TRAFFIC (Commentary on the Tribunal Supremo of may 17, 2011) ¹

JOSÉ IGNACIO ESQUIVIAS JARAMILLO
Fiscal (Fiscalía Provincial de Madrid)

Abstract:

THE existence of spirit of profit is inherent in the purpose of sexual exploitation, generally across activities of prostitution. So that the one who exploits or tries to exploit the prostitution of others, does not do it of form detached from the economic earnings that the exercise of this trade supposes. In the suppositions of illegal traffic or clandestine immigration, to which it continues, already in our territory, the coercive determination to the exercise of the prostitution, we would be in presence of a royal contest of crimes, but such conducts will be typified in accordance with the articles 188.1 and 318 bis.1. Nevertheless, in headquarters of tipicidad, this polemic has remained, in certain point, settled by the reform produced in the article 318 bis for the Law 5/2010, that has suppressed the subtype aggravated of the paragraph 2, for considering the mentioned rule to be inadequate for the penal treatment unified of the crimes of human beings and clandestine immigration, when the new Title the VIIth (art. 177 bis) he punishes treats her as human beings, between other purposes, with the sexual exploitation, but using the employment of the violence, intimidation or deception, or abusing a situation of superiority or need of the victim.

Keywords: crime of prostitution and illicit traffic, illegal immigration.

¹ Véase el texto de esta sentencia en *Ceflegal. Legislación y Jurisprudencia*, núm. 131, diciembre 2011.

Si bien es cierto que de la lectura de la sentencia que se va a comentar se pueden conocer muchos temas de interés (motivación de la sentencia, delito contra los derechos de los trabajadores, indemnizaciones, error en la apreciación de la prueba, presunción de inocencia, etc.), he creído conveniente centrar el comentario en la relación existente entre los delitos que afectan a la libertad e indemnidad sexual, los derechos de los extranjeros, en su redacción anterior a la reforma de la Ley Orgánica 5/2010 (art. 318 bis, apdos. 1, 2 y 3) y el actual 177 bis, dentro del Título VII bis, «De la trata de seres humanos».

Importa, y mucho, de esta sentencia, entrar en el análisis de la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010 en el artículo 318 bis, por la supresión del subtipo agravado del apartado 2.º, al incluirse como novedad el Título VII bis, que integra el artículo 177 bis, del Código Penal.

Consecuencia de lo anterior es la impugnación de la sentencia por entenderse indebidamente aplicado dicho subtipo al caso. Es decir, el recurso considera que no cabe aplicar el artículo 318 bis en su apartado agravado 2.º, por la incompatibilidad entre la inmigración clandestina de personas con la finalidad de dedicarlas a la «explotación sexual» y el lucro que se pretende obtener, pues parece evidente que la explotación sexual y el lucro son dos elementos inseparables. No se comprende que la explotación sexual no vaya acompañada, en la idea del explotador, de la ventaja económica que pretende obtener.

Se llega a la conclusión de no aplicar el subtipo agravado del artículo 318 bis, porque cuando «se favorece o facilita el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, desde, en tránsito o con destino a España», por quien explota o pretende la explotación de la prostitución, se presume que lo hace por un comercio y por las ganancias que espera obtener del mismo.

Fijarse en la redacción de los artículos 188.1, 318 bis, números 2.º y 3.º, y el nuevo 177 bis del Código Penal nos permite comprender mejor el razonamiento del conjunto de la sentencia. Véamoslo. Conforme dispone el 188.1:

«El 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, será castigado con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de 12 a 24 meses. En la misma pena incurrirá el que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma.»

De la redacción de este artículo se desprende que no solo se sancionan las conductas de determinación a la prostitución, sino que se precisan actos concretos para que se ejerza o mantenga en la prostitución.

Obsérvese, asimismo, que aquí habrá tantos delitos como sujetos queden determinados al ejercicio de la prostitución, mientras que en el delito del artículo 318 bis solo habrá uno, independientemente de que sea una, o sean varias, la persona o personas que pueden dedicarse, tras la inmigración, a la explotación sexual y se produzca o no dicha explotación sexual al final, pues el tipo penal no es en este caso de resultado concreto, a diferencia del delito de determinación de la prostitución del artículo 188.1.

Se deduce, por consiguiente, la relación existente entre ambas figuras; por ello, cuando la sentencia se plantea la impugnación de la resolución porque, según refiere el impugnante, la explotación de la prostitución y el lucro, al ser inseparables, son incompatibles, no pudiendo aplicarse el subtipo 2.º al 3.º del artículo 318 bis, la jurisprudencia no puede dejar de comentar que las diferencias entre este artículo y el 188.1 permiten resolver los problemas concursales que se infieren. Si, además, sucede que por la Ley Orgánica 5/2010 ha desaparecido el apartado 2.º del artículo 318 bis, para formar parte de un artículo independiente (el art. 177 bis, dentro del Título VII bis del CP), sucede que el problema de la causa desaparece. Ahora el artículo 318 bis, al suprimir el apartado 2.º, queda de la siguiente guisa:

«El 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, o con destino a otro país de la Unión Europea, será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión.

Los que realicen las conductas descritas en el apartado anterior con ánimo de lucro o empleando violencia, intimidación, engaño, o abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, o poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas, serán castigados con las penas en su mitad superior. Si la víctima fuera menor de edad o incapaz, serán castigados con las penas superiores en grado a las previstas en el apartado anterior.»

Se observa, por consiguiente, que ya no es subtipo agravado el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina para la explotación sexual; con lo cual, el ánimo de lucro, que tantos problemas de aplicación suponía, ya no está en relación con la explotación sexual; no existiendo,

por tanto, problemas de compatibilidad entre el número 2.º (ya derogado) y el 3.º, antes de la reforma de la Ley Orgánica 5/2010.

Ahora, los problemas concursales podrían plantearse entre el 318 bis (actual) y el nuevo 177 bis, pues sucede que la redacción de este artículo («Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, la capture, transportare, trasladare, acogiere, recibiere o la alojare con cualquiera de las finalidades siguientes: la imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre o a la mendicidad. La explotación sexual, incluida la pornografía») choca con el 188.1 (léase).

Para solucionar esta situación concursal nos puede servir el contenido de los acuerdos del pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2007 y 26 de febrero de 2008, de donde se infiere que nos hallaríamos ante un concurso real de delitos en el que las conductas delictivas serían calificadas por separado. Probablemente se trate de aplicar el artículo 188.1 y, por separado, el artículo 177 bis, prescindiendo de «cualquier intención referente a una explotación sexual futura, porque en el nuevo Título VII bis se protege la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos y la libertad o indemnidad sexuales».

La exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2010 explica las razones de la modificación legal, de la supresión del apartado 2.º y de la creación de un nuevo título que tiene por leyenda «De la trata de seres humanos». Su transcripción literal nos ayudará mejor a comprender las diferentes razones aludidas:

«El tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina que contenía el artículo 318 bis resultaba a todas luces inadecuado, en vista de las grandes diferencias que existen entre ambos fenómenos delictivos. La separación de la regulación de estas dos realidades resulta imprescindible tanto para cumplir con los mandatos de los compromisos internacionales como para poner fin a los constantes conflictos interpretativos.

Para llevar a cabo este objetivo se procede a la creación del Título VII bis, denominado "De la trata de seres humanos".

Así, el artículo 177 bis tipifica un delito en el que prevalece la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren. Por otro lado, resulta fundamental resaltar que no estamos ante un delito que pueda ser cometido exclusivamente contra personas extranjeras, sino que abarcará todas las formas de trata de seres humanos, nacionales o transnacionales, relacionadas o no con la delincuencia organizada.

En cambio, el delito de inmigración clandestina siempre tendrá carácter transnacional, predominando, en este caso, la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios.

Además de la creación del artículo 177 bis, y como consecuencia de la necesidad de dotar de coherencia interna al sistema, esta reestructuración de los tipos ha requerido la derogación de las normas contenidas en los artículos 313.1 y 318 bis 2.»