

INMIGRACIÓN CLANDESTINA. PROSTITUCIÓN

JOSÉ IGNACIO ESQUIVIAS JARAMILLO
Fiscal

Palabras clave: inmigración clandestina, continuidad delictiva, prostitución.

ENUNCIADO

Una organización de personas, durante un año, se dedicó a trasladar a tres mujeres, en tres viajes diferentes, desde Rusia hasta España, de manera ininterrumpida, con el pretexto de que encontrarían trabajo legal. En realidad, siempre tuvieron la intención de dedicarlas al ejercicio de la prostitución, mediante la coacción y el engaño. Sirviéndose de una agencia de viajes como enlace, les procuraban la documentación y los billetes de avión. Volaban hasta nuestro país y, una vez aquí, las alojaban en locales de alterne, donde eran obligadas a ejercer la prostitución.

El único dato económico existente radica en que las mujeres pagaban a la organización con el dinero que obtenían del trabajo desarrollado. La mitad era el pago directo impuesto y con la otra mitad pagaban las deudas contraídas por el viaje y su propia manutención. No hubo en la investigación judicial otra prueba más seria o profunda sobre la capacidad económica de los delincuentes, sus necesidades u obligaciones, etc.

CUESTIONES PLANTEADAS:

1. ¿Cómo han de sancionarse las conductas?
2. ¿Es posible la continuidad delictiva en el delito de inmigración clandestina?

3. Teniendo en cuenta la prueba practicada en la investigación judicial y los escasos datos económicos indicados en el caso: ¿se puede imponer una cuota diaria de multa de 150 euros o debe ser aproximada al mínimo legal (dos euros), habida cuenta lo dispuesto en el artículo 50.5 del Código Penal?

SOLUCIÓN

1. La primera cuestión es muy interesante y ha dado lugar a varios pronunciamientos de la jurisprudencia y acuerdos no jurisdiccionales del Pleno de la Sala Segunda. Nos hallamos ante el peligro de la doble imposición, proscrita por el principio del *nom bis in idem*. Además, no sólo corremos el riesgo de sancionar doblemente, sino de considerar doblemente «la intención de la explotación sexual».

Dicho lo anterior, vamos a descifrar el enigma que se nos plantea. Por el artículo 188.1 del Código Penal se castiga a quien determine, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución. Evidentemente que el caso contempla esta situación delictiva. Las mujeres son trasladadas, mediante el engaño correspondiente (y la coacción), a España con el fin de que ejercieran la prostitución. Por su parte, el artículo que sanciona la inmigración clandestina se expresa en los siguientes términos (art. 318 bis): «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». También parece evidente que este caso se da en el presente supuesto fáctico. Así, no parece haber problemas de tipificación porque el primer artículo castiga la determinación a la prostitución y el segundo, la inmigración clandestina. Son, por consiguiente, bienes jurídicos diferentes que entran en concurso. Se deben castigar ambas conductas. Ahora bien, si nos fijamos en el número 2 del artículo 318 bis: «si el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas», la pena que se impone será mayor que por el apartado anterior.

Y aquí radica el problema, porque nadie duda de que existen dos delitos en concurso, pero de lo que se trata es de saber cómo sancionar las conductas, pues sucede que aplicar la pena del apartado segundo del artículo 318 bis con la del artículo 188.1 es considerar doblemente la intención de la explotación sexual a efectos punitivos y esto por la jurisprudencia se ha considerado incorrecto.

¿Cómo solucionar la punición de ambas conductas? Veamos: un primer acuerdo de la Sala Segunda del Tribunal Supremo sobre estos delitos cuando entran en concurso, de 22 de abril de 2007, reconoce la existencia del concurso de delitos –que no de normas–. Ese concurso de delitos es concurso real de delitos, ya que nos hallamos ante bienes jurídicos distintos, como ya se ha dicho. Por tanto, el Tribunal Supremo ya va delimitando el tipo de concurso inequívoco que existe entre las dos figuras. Podemos decir que la organización de personas dedicada a la inmigración ilegal de mujeres a España es un delito del artículo 318 bis y la determinación al ejercicio de la prostitución otro del artículo 188.1. Y esos dos delitos entran en concurso real de delitos.

Pero con todo y con ello, si bien hemos determinado el concurso y los dos delitos existentes, nos falta definir cuál será la pena. Ya hemos apuntado que no podemos sancionar el concurso por la aplicación punitiva de lo dispuesto en el artículo 188.1 (prostitución) y el 318 bis número 2 (explotación sexual), pues la aplicación del artículo 318 bis número 2, con pena más grave, supone la doble consideración de la prostitución y la explotación sexual. El artículo 318 bis número 2 castiga con la pena de cinco a diez años de prisión y el 188.1 de dos a cuatro años. Si son dos bienes jurídicos distintos, al 318 bis habrá que darle lo propio de la inmigración clandestina y al 188.1, la determinación a la prostitución. Con lo cual, no estaremos considerando doblemente la finalidad sexual del trabajo que les espera en España a las mujeres trasladadas ilegalmente. Para esto se acordó el 26 de febrero de 2008 por el Tribunal Supremo que la solución punitiva pasará por aplicar el 188.1 y el tipo básico del 318 bis número 1, es decir, la pena de dos a cuatro años del 188.1 y la del tipo base del 318 bis.1 de cuatro a ocho (y no de cinco a diez).

Concluimos el resultado de esta intrincada primera cuestión del caso diciendo que las conductas de la organización de personas serán constitutivas de tres delitos de inmigración clandestina en concurso con otros tres delitos de determinación a la prostitución, en concurso real de delitos, con aplicación de las penas de los artículos 318 bis número 1 y 188.1 del Código Penal.

2. Hay un enlace inequívoco entre la pregunta anterior y ésta. Si se han cometido, como ha quedado reflejado mas atrás, tres delitos de inmigración clandestina, ¿cabe hablar de continuidad delictiva? Si se dice que el bien jurídico que protege este delito es el control de los flujos migratorios y el interés colectivo, ¿se puede argumentar que no cabe la continuidad delictiva?

Hay que analizar varias cuestiones: con el delito del artículo 188.1 se protege a una persona que es obligada a prostituirse; con el delito del artículo 318 bis, además de a una persona, se puede estar protegiendo a una colectividad, a varias (esto es, un sujeto pasivo plural). En el caso del sujeto individual parece lógico hablar de una acción y de un delito. En este caso, el artículo 318 bis.1, en relación con el 2, no hace referencia a persona sino personas y basta con el favorecimiento, promoción o facilitación sin que el tipo penal exija para su consumación que al final se produzca la explotación sexual querida. Parece, por tanto, que puestas las miras en el artículo 188.1, por cada persona que ejerce la prostitución se producirá el delito, pues el tipo penal en este caso habla de «persona mayor de edad» (no «personas»), deduciéndose la protección del bien jurídico personal. Sin embargo, el artículo 318 bis.1 y 2 dice «personas» y como quiera que no exige que al final se produzca la explotación «sexual», se atisba la figura de un solo delito por la colectividad de personas, porque el bien jurídico es colectivo (aun cuando pudiera tratarse de una sola persona afectada). Así se desprende del tipo base: el control de flujo migratorio, los intereses colectivos estatales, los intereses de los extranjeros en España, etc. Estaríamos, entonces, ante un solo delito en cada tráfico ilegal aun cuando afecte a varias personas.

Vemos, en consecuencia, que por cada persona prostituida hay un delito y por cada inmigración clandestina un solo delito aun cuando afecte a varias personas extranjeras. Se dibuja así, poco a poco, la ausencia de continuidad delictiva en el delito del artículo 318 bis. Hay otro argumento jurídico a favor de esta tesis: el tráfico de las tres mujeres se produce «de manera ininterrumpida» (léase

el caso). Esto quiere decir que las acciones no se separan en el tiempo, o no se interrumpen, con una clara voluntad de espacios temporales, vamos a llamarlos «muertos», sin hacer delictivo. A una acción le sucede la otra, sin que haya una renovación de conductas delictivas de los distintos supuestos de inmigración. No se dan los requisitos del artículo 74 del Código Penal para la apreciación de la continuidad delictiva. No puede castigarse por separado la inmigración clandestina, diciéndose que, por cada mujer, al interrumpirse el nexo causal, se ha producido un delito de inmigración clandestina, como no cabe la continuidad delictiva por lo ya apuntado. No hay acciones separadas y no hay continuidad delictiva.

3. La última cuestión plantea la determinación de la cuantía de la multa a falta de prueba sobre la capacidad económica de los condenados por los delitos de referencia. Estamos refiriéndonos a la aplicación del artículo 50.5 del Código Penal. No hay una investigación patrimonial; no hay prueba sobre los ingresos que por otros conceptos (trabajo, actividades económicas, etc.) pudieran tener los delincuentes o la organización. No hay otra cosa que los datos deducidos de lo que pagan las mujeres a los «rufianes» por las deudas que dicen haber contraído o por el ejercicio de su actividad de explotación sexual impuesta. No hay datos de ingresos por conceptos lícitos en los acusados. Y sucede que el artículo 50 del Código Penal, en su apartado 5, exige para la imposición de la pena de multa, la motivación en la sentencia, «teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo».

No hay otra cosa, entonces, que los ingresos indicados en el caso, que no parecen ser datos suficientes, visto el contenido del artículo 50.5 del Código Penal para la fijación motivada de la cuantía de la multa. Pero, precisamente para estos casos, está la elaboración jurisprudencial de la doctrina sobre la suficiente motivación de la capacidad económica del reo y de lo que haya de considerarse como bastante para ser prueba válida para la motivación y la imposición de la cuantía de la multa. ¿Posible en 150 euros como sugiere la pregunta? ¿Debe imponerse, en este caso, por la falta de prueba suficiente, la pena en el mínimo legal de 2 euros, o aproximada al mínimo legal?

Tiene declarado la jurisprudencia que la insuficiencia de datos no debe llevar necesariamente a la imposición de la cuota de la multa en el mínimo legal (2 euros), pues este mínimo debe reservarse para los supuestos extremos de indigencia o precariedad o miseria. Esta misma jurisprudencia nos indica que la multa puede imponerse en base a la determinación de la capacidad económica del sujeto por una mínima acreditación o circunstancia que la demuestre. Es decir, basta para la motivación, o para la imposición, la revelación específica de la capacidad económica «por algún dato» deducido, lógicamente o racionalmente, desde la posición de inmediación que tiene el juez. Y esa multa impuesta con los criterios de racionalidad indicados y deducidos será válida mientras no sea desproporcionada por ser pequeña o excesiva.

Por consiguiente, hay algún dato en el supuesto fáctico, que le permite al investigador judicial (juez) deducir cierta capacidad económica de los delincuentes, sin que la investigación más profunda (pues no la hubo) haya revelado otra capacidad económica mayor o menor. Lo que tenemos que hacer es deducir si los 150 euros son excesivos o los 2 euros, exigua cantidad. Y a este respecto, con-

dicionaremos el juicio final sobre lo acertado de la pena de multa a aplicar en función de los criterios existentes en el artículo 50.3, pues la extensión mínima será de 10 días y la máxima pudiera llegar hasta los dos años de multa. Hagamos un simple cálculo aritmético de multiplicación entre cuota-días de multa por los días de duración predeterminados en la sentencia, en su caso, y hallaremos la respuesta a la pregunta, basada en la proporcionalidad de la sanción pecuniaria. 2 euros por un mes de extensión pueden ser poco; 150 euros por un año de duración pueden ser mucha cantidad y desproporcionada. Combinaremos cuantía de la sanción pecuniaria y duración de la misma en el tiempo, por ser el criterio legal definido en el artículo 50.2, en relación con los apartados 3 y 5 del Código Penal.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 188.1 y 318 bis.1.2.
- SSTS 1045/2003, de 18 de julio, de 28 de abril de 2005, de 12 de diciembre de 2005, de 19 de enero de 2006, de 6 de marzo de 2006, de 15 de noviembre de 2006, 746/2007, de 17 de septiembre, de 27 de noviembre de 2007, 127/2008, de 26 de febrero, 152/2008, de 8 de abril, 773/2008, de 10 de julio y 182/2009, de 13 de febrero.