

LA INMIGRACIÓN CLANDESTINA CON EL FIN DE EJERCER LA PROSTITUCIÓN

JOSÉ IGNACIO ESQUIVIAS JARAMILLO
Fiscal

Palabras clave: extranjeros, prostitución, tipicidad.

ENUNCIADO

En el año 2005, Luis, de nacionalidad española, contacta con una ciudadana extranjera en su país de origen. Le propone venir a España, en calidad de turista, a trabajar en un local como camarera. La mujer accede y viaja a España en un autobús, no acompañada de Luis, con su pasaporte personal en regla, pero sin contrato de trabajo. Entra en España por el lugar adecuado, por la frontera común.

Ya en España, la mujer, además de ejercer como camarera, es obligada a mantener relaciones sexuales con los clientes. Luis, en todo momento, vigila a la mujer e incluso la sigue cuando sale al exterior y duerme con ella, por lo que su libertad o autonomía personal eran inexistentes.

CUESTIONES PLANTEADAS:

1. La entrada voluntaria en España, tal y como se produce, ¿es inmigración clandestina del artículo 313 o del artículo 318 bis 1?
2. ¿Es compatible el artículo 188.1.º con el 318 bis 1.º, ya que en ambos se regula la predeterminación de la ciudadana extranjera al ejercicio de la prostitución? ¿Qué delito o delitos habrá cometido Luis?
3. Según la respuesta a la cuestión 2.^a, ¿cómo se individualizaría la pena?

SOLUCIÓN

1. Para contestar a esta cuestión, conviene resaltar la sutileza de ambos artículos. El primero, el 313, sanciona promover o favorecer la «inmigración clandestina de trabajadores a España»; el segundo castiga promover o favorecer «la inmigración clandestina de personas con destino a España». Por tanto, pocas parecen las diferencias y, al existir algunas, el caso plantea el problema de tener que decidir entre el artículo 313 o el 318 bis. Uno regula el delito contra los derechos de los trabajadores; el otro el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.

La ciudadana extranjera entra en España sin contrato de trabajo, voluntariamente y como turista. Luego viene la verdadera celada de lo querido por Luis. Ella es extranjera, va a trabajar y es, en todo caso inmigrante.

El Pleno no jurisdiccional de 13 de julio de 2006 adoptó el siguiente acuerdo sobre la inmigración clandestina: «El hecho de entrar en el país bajo la condición de turista con el propósito de permanecer allí trabajando» aun cuando se carezca de permiso de trabajo y de residencia en España. Esta decisión, que ampara la aplicación del artículo 313 (no el 318 bis), nos conduce a considerar que la entrada de la extranjera como turista, sin contrato de trabajo, es un delito contra el derecho de los trabajadores extranjeros.

Ahora bien, lo que protege el artículo 318 bis es la entrada controlada de extranjeros en España para la protección de sus derechos, y tras la redacción otorgada a esta artículo por la Ley de 29 de septiembre de 2003, se puede decir que la diferencia entre los dos preceptos radica, no en el elemento objetivo (la delimitación típica) sino en el sujeto, porque el artículo 313 habla de «trabajador» y el 318 bis de «extranjero», entendiéndose que inmigrantes lo son los dos. La ciudadana del caso práctico tanto es trabajadora como extranjera que viene a España.

Por tanto, en qué galimatías nos encontramos, pues la definición de inmigración del Pleno de 13 de julio de 2006 nos vale tanto para el artículo 313 como para el 318 bis. En la práctica se ha dicho por la doctrina que, tras la reforma legal indicada, el artículo 313 ha quedado derogado tácitamente por el 318 bis. La inmigración clandestina se produce no solo cuando la persona entra en nuestro país por un sitio diferente del ordinario (la frontera común). Hay inmigración clandestina cuando, aun entrando con pasaporte propio y por la frontera común, la ciudadana extranjera escapa al control o resulta oculta su llegada a España para trabajar, solapada con pretensiones turísticas. Basta con el incumplimiento de las normas de la Ley de Extranjería o el desconocimiento de las autoridades españolas sobre la actividad, el tiempo de estancia, etc.

En conclusión, se comete un delito del artículo 318 bis 1.º del Código Penal (CP), incompatible con el 313 del mismo texto legal, el cual deberá entenderse derogado tácitamente por la redacción que la Ley de 13 de julio de 2003 dio al artículo 318 bis del CP.

2. Volvemos a encontrarnos con dos tipos penales que parecen sancionar lo mismo. El artículo 188.1.º, dentro de los «delitos relativos a la prostitución» castiga a quien determine a otra persona a ejercer la prostitución, con las connotaciones reflejadas en el precepto invocado. El artículo 318 bis número 2.º sanciona la inmigración con la finalidad de explotar sexualmente a un inmigrante.

Se impone delimitar si ambos tipos penales son compatibles, incompatibles, si han de castigarse por separado en concurso real; si la agravante específica de pretender la explotación sexual del extranjero en España es aplicable al artículo 318 bis exclusivamente, o también al 188 por participar de la misma naturaleza.

El bien jurídico protegido por el tráfico ilícito de inmigrantes (art. 318 bis) viene constituido por los derechos que el extranjero podría tener en nuestro país; por los derechos individuales que se ponen en peligro por los riesgos en la entrada, tránsito o establecimiento ilegal; por el interés del Estado en el control del flujo migratorio, por la relevancia en el mercado laboral.

El bien jurídico protegido por el artículo 188.1.º es diferente: trata de un delito contra la libertad sexual de la víctima, a la que se la obliga a ejercer la prostitución en contra de su voluntad.

Debe tenerse en cuenta también la pluralidad subjetiva inherente, a veces, al delito de inmigración clandestina, mientras que en el de la libertad sexual el sujeto pasivo es uno y si hubiere varios, varios serían los delitos. El caso tan solo plantea la inmigración clandestina con fines de explotación sexual de una ciudadana extranjera.

Con los antecedentes expuestos, es claro que ambos artículos definen conductas en concurso real. La consumación del artículo 318 bis se produce con la promoción, facilitación o favorecimiento de la inmigración; si, además, se produce la explotación sexual, se agrava la pena, conforme al número 2.º del artículo 318 bis. La consumación de la determinación coactiva a la prostitución (art. 188.1.º) se producirá con la determinación o mantenimiento en la prostitución. Por lo cual este tipo penal regula una conducta posterior a la del artículo 318 bis.

En conclusión, ambos artículos son perfectamente compatibles y están diferenciados, de tal suerte que las conductas no solo puede ser del artículo 318 bis o del 188, sino que lo serán de uno y otro. Luis habrá cometido dos delitos en concurso real. La inmigración con determinación a la explotación sexual será una conducta típica del artículo 318 bis, 1.º y 2.º y la coacción o el mantenimiento en la prostitución otra conducta típica del artículo 188.1.º.

3. Esta pregunta tiene una fácil respuesta. Se trata de saber cómo hemos de aplicar el artículo 66.6.º del CP, o el 66.3.º. Como hemos diferenciado claramente los dos delitos, se entiende que la inmigración clandestina para la explotación sexual es una agravante específica del artículo 318 bis, 1.º y 2.º, por lo que, por aplicación del número 3.º del artículo 66, la pena será de su mitad superior de la fijada para el delito por el referido artículo 318 bis; es decir, la mitad superior de entre la franja 5 a 10 años.

En el delito del artículo 188.1.º, como no concurren agravantes específicas porque no es trasladable la del número 2.º del 318 bis a este supuesto (concurso real; delitos diferenciados), la pena, a falta de atenuantes o agravantes, se regula por el número 6.º del artículo 66, pudiendo el tribunal recorrer, en toda su extensión, la pena que se estime adecuada, atendiendo a las circunstancias personales del delincuente o la mayor o menor gravedad del hecho. En consecuencia, y como la pena del artículo 188.1.º es de prisión de dos a cuatro años y multa, a tenor de lo indicado, el tribunal valorará las circunstancias y la gravedad para imponer la pena dentro de la franja temporal establecida, a su arbitrio, pero razonándolo en la sentencia.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 66, 188.1, 313 y 318 bis.
- Acuerdo del Pleno del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2003.
- SSTS 1381/2005, de 20 de enero, 994/2005, de 30 de mayo, 1059/2005, de 28 de septiembre, 1465/2005, de 22 de noviembre, 651/2006, de 5 de junio, y 1080/2006, de 2 de noviembre.