



UNIVERSIDAD DE JAÉN
Centro de Estudios de Postgrado

LA TRATA DE SERES HUMANOS

Alumno: Castilla Fernández, Francisco Manuel

Tutor: D. Enrique del Castillo Codes

Cotutor: D. Juan Manuel de Faramiñán Gilbert

Dpto: Derecho Público y Común Europeo

Febrero, 2016

Índice

1. Antecedentes.....	3
2. Objetivos.....	4
3. Génesis del tipo de trata de seres humanos previsto en el art. 177 bis del Código Penal. Legislación internacional	4
4. Distinción con el delito de inmigración clandestina del artículo 318 bis del Código Penal.....	12
5. Elementos del delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación sexual: doctrina y jurisprudencia.	14
6. Estudio del caso	21
7. Conclusiones.....	28
8. Bibliografía.....	29

1. Antecedentes

En el presente caso nos encontramos con un escrito de conclusiones provisionales evacuado por el Ministerio Fiscal. En él se recogen los siguientes términos:

Primera.- Federico es titular de los clubes de alterne A y B, y es quien los dirige personalmente destinándolos a la prostitución de chicas, principalmente de nacionalidad paraguaya, quienes vienen a España para ejercer la prostitución como única salida y posibilidad de ganar dinero y enviarlo a sus familias de aquel país.

Para traerlas a España, el acusado se ponía en contacto con una organización en Paraguay, que se encargaba de seleccionarlas, prepararles el viaje y facilitarles la cantidad de dinero necesaria para los primeros gastos y justificar ante las autoridades españolas su estancia en España.

Para la devolución de las referidas cantidades prestadas, Federico se quedaba con parte del dinero que las mujeres ganaban en los citados clubes ejerciendo la prostitución, en concreto, el primer “pase” era en su totalidad para el club, y el resto para ellas, y de las copas que se tomaban con los clientes, la mitad era para ellas y el resto para el club, y las cantidades así retenidas eran enviadas por Federico a Paraguay, siendo el principal destinatario Luis Ángel, esposo de una de las mujeres paraguayas.

Las mujeres se hospedaban en los dos citados locales de alterne, propiedad del acusado, ocupando una habitación y en régimen de pensión completa.

Segunda.- Los hechos relatados son constitutivos de un delito de Trata de seres humanos del art. 177 bis. 1) y 3 del Código Penal.

Tercera.- Del referido delito es responsable en concepto de autor el acusado por sus actos materiales y directos, a tenor de lo previsto en el art. 28 del Código Penal.

Cuarta.- No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

Quinta.- Procede imponer al acusado la pena de 6 años de prisión.

2. Objetivos

El desarrollo del presente trabajo girará en torno al estudio del delito de trata de seres humanos, viendo la legislación nacional e internacional al respecto así como los elementos definitorios del tipo, que a su vez nos servirán para diferenciar esta figura con otros delitos existentes en nuestro ordenamiento jurídico y que pueden parecer relacionados al delito que nos interesa en este trabajo.

Finalmente enfocaremos el asunto de una manera más práctica buscando (a través de lo que se ha ido desarrollando) una solución que permita la libre absolución del acusado o, con carácter subsidiario, se le rebaje la pena de seis años inicialmente pedida por el Ministerio Fiscal.

3. Génesis del tipo de trata de seres humanos previsto en el art. 177 bis del Código Penal. Legislación internacional

La regulación del delito de trata de seres humanos ha ido variando en los últimos años conforme se han ido produciendo reformas legislativas adecuándose a la realidad jurídica y a las normas internacionales tendentes a armonizar las leyes nacionales para poder combatir una lacra tan perjudicial como antigua.

Así, 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 modificaba algunos artículos de nuestro Código Penal, entre ellos el relativo a la inmigración clandestina incluyendo dentro de ella la explotación sexual de personas, recogiendo por tanto dentro del artículo 318 bis del Código Penal ambas conductas.

La regulación fue uniforme pese a ser dos conductas delictivas independientes, no siendo tipificadas por separado hasta la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Como la propia exposición de la reforma señalaba, *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* así como también se recuerda que dicha separación es

necesaria tanto para cumplir con los mandatos de los compromisos internacionales como para poner fin a los constantes conflictos interpretativos.¹

Dicha importante reforma supuso la creación del Título VII bis llamado “de la trata de seres humanos” donde se recogía un único artículo, el 177 bis, que ha sido recientemente retocado por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Por lo tanto, en la actualidad el delito de trata de seres humanos se encuentra recogido independientemente en el artículo 177 bis de nuestro Código penal, dentro del Libro II Título VII bis. Este artículo desarrolla a lo largo de sus once apartados una serie de acciones que conviene desgranar.

Primer apartado: tipo básico²

Este primer apartado recoge el tipo básico del delito, indicando la pena a imponer oscilando entre los cinco y los ocho años de prisión, los medios comisivos del hecho (violencia, intimidación, engaño, situación de superioridad o vulnerabilidad, entrega o recepción de pagos o beneficios –esto último añadido por la Ley Orgánica 1/2015-), la acción que ha de consistir en captar, transportar, trasladar, acoger, recibir o

¹ Exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2010.

² *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, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la captare, transportare, trasladare, acogiere, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con cualquiera de las finalidades siguientes:*

a) La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad.

b) La explotación sexual, incluyendo la pornografía.

c) La explotación para realizar actividades delictivas.

d) La extracción de sus órganos corporales.

e) La celebración de matrimonios forzados.

Existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso.

intercambiar a la víctima (que puede ser nacional o extranjera) y por último las finalidades con las que se realiza la acción, que abarcarán desde la imposición de trabajos forzados o la mendicidad, hasta la explotación sexual, la explotación para la realización de actividades delictivas, la extracción de sus órganos corporales e incluso la celebración de matrimonios forzados, siendo ésta última conducta y la relativa a las actividades delictivas introducidas por la Ley Orgánica 1/2015.

También se indica en este apartado que la conducta no sólo puede cometerse *en España* -cuando todos los hechos ocurran en nuestro país-, sino que también puede cometerse *desde España* -si el sujeto pasivo es reclutado en territorio español pero será explotado en otro país-, *en tránsito* -siempre que alguna conducta entre la captación y la entrega se produzca aquí- o *con destino a ella* -en caso de que en España sea la recepción de la víctima y su entrega definitiva-³.

Segundo y tercer apartado: consentimiento inválido de los menores⁴ e ineficacia del consentimiento viciado⁵

Aquí se protege al menor de edad aun cuando no se use ninguno de los medios señalados, simplemente requiriéndose que haya fines de explotación. De tal modo que cualquiera de los actos tipificados cometidos sobre menores será ilícito siendo independiente la presencia de un consentimiento válido, libre, real y espontáneo del menor.

El tercer apartado invalida el consentimiento cuando se haya obtenido a través de alguno de los medios señalados en el primero de los apartados del artículo. Es decir, si la víctima presta su consentimiento en virtud de algún medio tipificado en el tipo básico se entenderá que hablamos de un consentimiento irrelevante que, por tanto, carecerá de cualquier tipo de validez.

³ Mayordomo Rodrigo, V. (2011), “Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI (ISSN 1137-7550), p. 358.

⁴ *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 indicadas en el apartado anterior cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación.*

⁵ *El consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados en el apartado primero de este artículo.*

Cuarto apartado: agravaciones⁶

Tras la última reforma en profundidad del Código Penal, este apartado pasa de tres a dos agravaciones, imponiéndose la pena superior en grado (de ocho a doce años) cuando se ponga en peligro la vida de la víctima o su integridad física o psíquica (esto de nueva implantación) o cuando la víctima sea menor o especialmente vulnerable (algo que en la anterior regulación se encontraba en dos apartados diferentes y ahora se encuadran ambos en el apartado b), imponiéndose la pena en su mitad superior si concurriese más de una circunstancia.

Ambas agravaciones tienden a aumentar el castigo de la persona responsable cuando se ponga en peligro real a la víctima de la trata o cuando dicho delito tenga como sujeto pasivo a un menor de edad o a una persona que por la situación en la que se encuentra se vea dependiente del sujeto pasivo, pudiendo concurrir ambas agravaciones y aplicándose en ese caso la pena en su mitad superior.

Quinto apartado: condición de autoridad del sujeto activo⁷

El apartado quinto impone la pena superior en grado junto con inhabilitación absoluta de seis a doce años, cuando el sujeto activo se haya prevalido de su condición de autoridad. Además se interpondrá la pena en su mitad superior si concurre alguna circunstancia del apartado cuatro.

Por autoridad hemos de entender un tipo de funcionario que tiene mando o ejerce jurisdicción propia, de tal modo que tiene la facultad de reclamar obediencia y

⁶ Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo cuando:

a) se hubiera puesto en peligro la vida o la integridad física o psíquica de las personas objeto del delito;

b) la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o sea menor de edad.

Si concurre más de una circunstancia se impondrá la pena en su mitad superior.

⁷ Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación absoluta de seis a doce años a los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. Si concurre además alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en su mitad superior.

una potestad que se extiende a la relación entre la Administración y el resto de ciudadanos⁸.

Sexto apartado: organizaciones dedicadas a estas actividades⁹

Nos encontramos ante un apartado dirigido a aquellos que pertenecieran a organizaciones o asociaciones de dos personas o más que se dedicasen a realizar este tipo de actividades, aplicando también las agravaciones anteriores del apartado cuatro y cinco. Éstas también se interpondrán sobre los encargados de este tipo de organizaciones, a quienes se les aplicará la pena en su mitad superior.

A la hora de delimitar una asociación de este tipo se requiere algo más que la unión de varias personas para delinquir, siendo necesario una estructura, una dirección y una jerarquía que planifique la actuación del grupo¹⁰.

Séptimo apartado: personas jurídicas responsables¹¹

El apartado séptimo prevé el castigo a las personas jurídicas que sean responsables en base al artículo 31 bis. Y es que no podemos olvidar que las personas jurídicas actualmente tienen una responsabilidad penal de la que antaño carecían y que pueden dar lugar a sanciones que oscilan entre una multa o el cierre de sus instalaciones.

⁸ Javato Martín, A.M. (2011), “El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, N° 23 (ISSN 1696-6759), p. 167-168.

⁹ *Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 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 dedique a la realización de tales actividades. Si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en la mitad superior. Si concurriera la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo se impondrán las penas señaladas en este en su mitad superior.*

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. En todo caso se elevará la pena a la inmediatamente superior en grado si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 o la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo.

¹⁰ Mayordomo Rodrigo, V. (2011), “Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI (ISSN 1137-7550), p. 364-365.

¹¹ *Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa del triple al quíntuple del beneficio obtenido. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.*

Para la consideración de persona jurídica hemos de acudir al artículo 35 del Código Civil donde se recoge que gozaran de tal condición *las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la Ley y las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia.*

Octavo apartado: punibilidad de los actos preparatorios¹²

Como ocurre en otros tipos penales aquí se castigan también los actos preparatorios, tipificándose la provocación, conspiración y proposición para el delito de trata de seres humanos, castigando estas conductas con la pena inferior en uno o dos grados del delito que corresponda.

Los actos preparatorios no son delitos por sí mismos sino que dependen del que se pretender cometer. Así, los actos punibles en nuestro ordenamiento son tres: la conspiración, que se da cuando dos o más personas se ponen de acuerdo para cometer un delito; la proposición, consistente en invitar a otra persona a participar en un delito; y la provocación, que supone incitar a través de la imprenta, la radio o cualquier medio de eficacia semejante, a cometer un delito.

Noveno apartado: reglas concursales¹³

El apartado noveno nos remite a las reglas concursales por los delitos efectivamente cometidos, indicando expresamente el 318 bis. Estamos ante un delito que no exige el resultado de explotación efectiva de la víctima, por tanto cuando dicha explotación realmente se produzca estaremos ante un concurso entre el delito de trata y el delito cometido en relación a la trata, inclinándose el Tribunal Supremo por el concurso real¹⁴.

¹² *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.*

¹³ *En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación.*

¹⁴ Mayordomo Rodrigo, V. (2011), “Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI (ISSN 1137-7550), p. 373.

Por ejemplo, habrá concurso cuando una mujer venga engañada a España como objeto de trata de seres humanos y se vea efectivamente explotada sexualmente a través del delito de prostitución forzada.

Décimo apartado: reincidencia internacional¹⁵

El décimo apartado castiga la reincidencia a nivel internacional por delitos de la misma naturaleza siempre que el antecedente no haya sido cancelado o pudiera serlo.

Undécimo apartado: exención penal de la víctima¹⁶

El último apartado prevé la exención penal para la víctima de este delito por aquella conducta tipificada penalmente que hubiera cometido a causa de la situación de explotación, bajo condición de que su participación delictiva se deba a la violencia, intimidación, engaño o abuso a la que es sometida y exista proporcionalidad entre esa situación y el hecho criminal.

Obviamente se pretende con esto proteger a las víctimas, tratando de evitarles una mayor victimización y entendiendo que actuaron bajo una presión que les impedía actual con libertad, excluyendo de manera lógica la exención para aquellos delitos en los que hubiera participado la víctima de manera voluntaria¹⁷.

Regulación internacional

En el ámbito internacional esta materia goza de gran trascendencia al ser un tipo delictivo cuya acción puede afectar a más de un estado y que requiere para su mejor enfrentamiento la actuación conjunta del mayor número de estados posibles. Es por esto

¹⁵ *Las condenas de 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.*

¹⁶ *Sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales de este Código, la víctima de trata de seres humanos quedará exenta de pena por las infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado.*

¹⁷ Mayordomo Rodrigo, V. (2011), “Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI (ISSN 1137-7550), p. 369.

que el tema de la trata se encuentre recogido en diversos textos normativos, siendo de especial relevancia:

- El Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Convenio nº 197 del Consejo de Europa);
- La Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI;
- El Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

Nuestra legislación se ha amoldado a dichos preceptos a la hora de armonizar el tema que nos atañe, de ahí que la definición que hacen de trata de personas tanto el Convenio en su artículo 4 a)¹⁸ como la Directiva en su artículo 2 apartados 1 y 3¹⁹ y el Protocolo en su artículo 3 a)²⁰ coincida prácticamente en la totalidad con lo que se recoge en el artículo 177 bis del Código Penal español.

¹⁸ La expresión «trata de seres humanos» designa la contratación, el transporte, el traslado, el alojamiento o la acogida de personas mediante amenazas de recurrir a la fuerza, recurso a la fuerza o cualquier otra forma de obligación, mediante raptos, fraude, engaño, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad o mediante la oferta o la aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra con fines de explotación. La explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena o bien otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.

¹⁹ 1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que sean punibles las conductas siguientes cuando se cometan intencionadamente:

La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, incluido el intercambio o la transferencia de control sobre estas personas, mediante la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el raptos, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona, con el fin de explotarla.

3. La explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena, u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, incluida la mendicidad, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre, la explotación para realizar actividades delictivas o la extracción de órganos.

²⁰ Por "trata de personas" se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al raptos, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena

También nuestro texto legal trata con su actual redacción de acercarse a lo que persiguen estos textos internacionales, que no es más que establecer unas normas mínimas sobre la trata de seres, prevenir la comisión de este delito, proteger a las víctimas y promover la cooperación internacional, tal y como se desprende del artículo 1 del Convenio²¹, del artículo 1 de la Directiva²² y del artículo 2 del Protocolo²³.

4. Distinción con el delito de inmigración clandestina del artículo 318 bis del Código Penal.

El delito de inmigración clandestina guarda cierta relación con el de trata de seres y es que como hemos visto anteriormente se encontraban regulados en el mismo artículo, aunque como también se ha dicho son delitos totalmente independientes cuyas diferencias radican en base a los siguientes conceptos:

- Consentimiento

Una de la principales diferencias entre ambos delitos radica en el consentimiento de la víctima, totalmente inexistente en la trata y prestado libremente en la inmigración clandestina²⁴.

u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.

²¹ *El presente Convenio tiene como objeto:*

- a) *prevenir y combatir la trata de seres humanos, garantizando la igualdad entre las mujeres y los hombres;*
- b) *proteger los derechos de la persona de las víctimas de la trata, crear un marco completo de protección y de asistencia a las víctimas y los testigos, garantizando la igualdad entre las mujeres y los hombres, así como garantizar una investigación y unas acciones judiciales eficaces;*
- c) *promover la cooperación internacional en el campo de la lucha contra la trata de seres humanos.*

²² *La presente Directiva establece normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en el ámbito de la trata de seres humanos. También introduce disposiciones comunes teniendo en cuenta la perspectiva de género para mejorar la prevención de este delito y la protección de las víctimas.*

²³ *Los fines del presente Protocolo son:*

- a) *Prevenir y combatir la trata de personas, prestando especial atención a las mujeres y los niños;*
- b) *Proteger y ayudar a las víctimas de dicha trata, respetando plenamente sus derechos humanos;*
- c) *Promover la cooperación entre los Estados Parte para lograr esos fines.*

²⁴ Pomares Cintas, E. (2011), "El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (ISSN 1695-0194), p. 11.

Del artículo 177 bis se desprende que el consentimiento en caso de existir ha sido obtenido a través del uso de violencia, intimidación, engaño, situación de superioridad o vulnerabilidad, entrega o recepción de pagos o beneficios, lo que significa que dicho consentimiento no ha sido prestado libremente y, por tanto, carece de validez.

Por su parte, en la inmigración clandestina existe el consentimiento libre de los inmigrantes que arriesgan su vida en busca de una situación mejor. Ciertamente es que muchos se ven abocados a tomar esa decisión pero también es cierto que deciden libremente y se entiende que consisten esa situación clandestina²⁵.

- **Explotación**

Otra diferencia estriba en el ánimo de explotar a las personas, algo que sufren las víctimas del delito de trata y no los inmigrantes clandestinos ya que el hecho tipificado en el artículo 318 bis señala únicamente la entrada o permanencia en territorio español mientras que la trata supone la explotación continuada de las víctimas «a posteriori»²⁶. Es decir, en el delito de trata del 177 bis ha de haber una intención explotadora que abarque más allá de la mera entrada o permanencia en España que ya se castiga en el 318 bis.

- **Transnacionalidad**

También nos encontramos una distinción clara a nivel territorial y es que cuando hablamos de inmigración clandestina hablamos de un delito transnacional mientras que la trata puede darse en todo momento dentro del territorio nacional, a diferencia por tanto del 318 bis que será siempre transnacional.

- **Sujetos pasivos**

Esta distinción guarda mucha relación con la transnacionalidad anteriormente tratada. Y es que en este caso la nacionalidad también es un motivo a tener en cuenta

²⁵ United Nations Office on Drugs and Crime. “Trata de Personas y Tráfico Ilícito de Migrantes”.

²⁶ García Vázquez, S. “Inmigración ilegal y trata de personas en la Unión Europea: la desprotección de las víctimas”.

pues como indica el artículo 177, la víctima puede ser *nacional o extranjera* mientras que en un delito de inmigración obviamente no puede ser sujeto pasivo un ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea²⁷.

- **Bien jurídico protegido**

Según la exposición de motivos de la LO 5/10 *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* y añade que en el delito de inmigración clandestina lo que predomina es la *defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios*²⁸.

5. Elementos del delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación sexual: doctrina y jurisprudencia.

A la hora de determinar los elementos que presenta la trata de seres con fines de explotación sexual resulta de gran ayuda la sentencia número 269/2014 de 7 de julio de la Audiencia Provincial de Castellón, donde a colación de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y del Protocolo que la complementa, la AP castellanense nos dice que los elementos derivados de la aplicación de ambos textos internacionales son los siguientes²⁹:

1) La acción:

Estamos ante un delito que recoge los comportamientos habituales en la trata de seres humanos, que vienen a ser: la captación, el transporte, el traslado, el acogimiento, la recepción y el intercambio o transferencia del sujeto pasivo. A grandes rasgos podemos definir cada una de las conductas descritas:

- Captación:

²⁷ Mayordomo Rodrigo, V. (2011), “Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI (ISSN 1137-7550), p. 338.

²⁸ Exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2010.

²⁹ SAP Castellón de 7 de julio de 2014 (nº 269/2014).

Esta conducta supone el momento inicial del delito y requiere el vencimiento de la voluntad de la víctima, introduciéndola en el ámbito de dominio del sujeto activo quien se encargará con su conducta de forzar la voluntad del sujeto pasivo³⁰, utilizando para ello *cualquier conducta realizada por medios materiales o intelectuales que orienten a la víctima hacia los fines típicos perseguidos por el sujeto activo*³¹.

- Transporte:

En este caso el sujeto activo se encargará de alterar la ubicación de la víctima teniendo en todo momento el control sobre la misma, ya sea por sí mismo o por un tercero³².

- Traslado:

Al igual que el transporte, consiste en toda conducta tendente en facilitar el desplazamiento de la víctima al lugar donde será explotada³³.

- Acogimiento:

Supone no sólo recibir a la víctima sino que ha de existir una relación de permanencia en el tiempo cobijando al sujeto pasivo y poniendo a su alcance los medios mínimos para su subsistencia^{34 35}.

- Recepción:

³⁰ Mayordomo Rodrigo, V. (2011), “Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI (ISSN 1137-7550), p. 353-354.

³¹ SAP Castellón de 7 de julio de 2014 (nº 269/2014).

³² Pomares Cintas, E. (2011), “El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (ISSN 1695-0194), p. 9.

³³ Mayordomo Rodrigo, V. (2011), “Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI (ISSN 1137-7550), p. 354.

³⁴ Pomares Cintas, E. (2011), “El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (ISSN 1695-0194), p. 9.

³⁵ Mayordomo Rodrigo, V. (2011), “Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI (ISSN 1137-7550), p. 354.

Puede considerarse esta actuación como la entrega del sujeto pasivo con el fin de ser explotada, en este caso sexualmente³⁶. Como ocurre con el acogimiento, la conducta se entiende realizada con mantener alojada a la víctima en el lugar donde se producirá la situación de explotación³⁷.

- Intercambio:

Esta conducta, al igual que la transferencia, es de reciente aplicación y sigue lo dispuesto por el artículo 2.1 de la Directiva 2011/36/UE que se encarga de establecer ambas medidas como nuevas formas para poder explotar a una persona, en este caso logrando el *consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona, con el fin de explotarla*.

- Transferencia:

Tanto el intercambio como la transferencia tienen el mismo fin, sólo que en el primero el objeto de la negociación son los sujetos pasivos mientras que en la transferencia entra en juego también el dinero a cambio de una víctima de trata.

Por todo lo anteriormente dicho en cuanto a la acción, podemos decir que el artículo 177 bis *recoge todo el proceso por el que se moviliza a una persona de un lugar a otro para su dominación y explotación, si bien no exige que el explotador sea el mismo tratante* ya que estamos ante un delito que se entiende consumado aunque los tratantes no logren de manera efectiva el cumplimiento de sus propósitos, pues en caso de que lo lograsen entraría el delito de trata en concurso con cualquiera de los delitos consumados³⁸.

2) El empleo de determinados medios:

Estamos ante un delito de medios determinados, ya que los mismos aparecen perfectamente señalados en el artículo 177 bis y aquí veremos los medios a través de los

³⁶ Mayordomo Rodrigo, V. (2011), “Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI (ISSN 1137-7550), p. 354.

³⁷ SAP Castellón de 7 de julio de 2014 (nº 269/2014).

³⁸ SAP Castellón de 7 de julio de 2014 (nº 269/2014).

cuales se consigue cualquiera de las acciones anteriormente señaladas, medios que podemos dividir en tres clases³⁹:

- Violencia, intimidación o engaño:

Por violencia hemos de entender cualquier tipo de uso de la fuerza física o coacción que doblegue la voluntad de la víctima, siendo necesario que dicha fuerza sea idónea para ello⁴⁰. Ha de ser aplicada sobre la persona inutilizando su capacidad de decisión y libertad de movimiento, de tal modo que se crea sobre ella un estado de miedo que anule o limite seriamente su libertad de acción y decisión⁴¹.

La intimidación por su parte se refiere a todo daño psicológico causado mediante una amenaza que infunde un temor al sujeto pasivo capaz de hacer torcer su voluntad. Si bien, esa intimidación debe tener una entidad suficiente como para vencer la resistencia del sujeto pasivo en orden a ser sometido a conductas posteriores de explotación⁴².

El uso de engaño consiste en originar un error en el sujeto pasivo a través de maniobras que resulten idóneas para ello, de tal modo que la víctima quede sometida a los fines de la trata al desconocer la transcendencia real que iban a tener sus actos^{43 44}.

- Abuso de situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad:

En estos casos estamos ante unos métodos abusivos que requieren que el sujeto activo del delito se aproveche de una situación dominante sobre el sujeto pasivo en base

³⁹ SAP Madrid de 9 de marzo de 2015 (nº 177/2015).

⁴⁰ Martos Núñez, J.A. (2012), “El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis del Código Penal”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXII (ISSN 1137-7550), p. 104-105.

⁴¹ SAP Barcelona de 15 de septiembre de 2014 (JUR 2015/10079).

⁴² Martos Núñez, J.A. (2012), “El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis del Código Penal”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXII (ISSN 1137-7550), p. 104-105.

⁴³ Pomares Cintas, E. (2011), “El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (ISSN 1695-0194), p. 9.

⁴⁴ Martos Núñez, J.A. (2012), “El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis del Código Penal”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXII (ISSN 1137-7550), p. 104.

a las circunstancias de desigualdad, necesidad o fragilidad existentes que faciliten la explotación debido a que la persona está expuesta a la voluntad del sujeto activo, y es que como recoge el propio artículo 177 bis *existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso*. Por lo que aquí entran todas las circunstancias derivadas de una situación personal que se aprovechen de la misma para lograr la explotación de la víctima⁴⁵.

- Entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima:

Esta nueva circunstancia añadida con la Ley Orgánica 1/2015 supone incluir también aquellos casos donde, si bien la persona que tiene el control sobre la víctima no comete directamente la explotación, facilita la misma a cambio de dinero o cualquier otro beneficio. Con esta nueva inclusión se castiga tanto al vendedor como al comprador del sujeto pasivo, requiriéndose un efectivo control de la víctima por parte del primero que sea capaz de forzar su consentimiento, obligándola a ser vendida como si de un objeto se tratase.

3) La finalidad:

La finalidad en estos delitos es la explotación, aunque no es necesario que llegue a producirse para poder hablar del delito de trata⁴⁶.

La explotación que sanciona el artículo 177 bis comprende una vertiente laboral (que incluye desde la imposición de trabajos forzados hasta la mendicidad), sexual (conteniendo también la pornografía), delictiva, la extracción de órganos corporales de la víctima y la celebración de matrimonios forzados. Pero la que en este trabajo vamos a estudiar será la relativa a la explotación sexual.

- Explotación sexual

⁴⁵ Martos Núñez, J.A. (2012), “El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis del Código Penal”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXII (ISSN 1137-7550), p. 105.

⁴⁶ SAP Castellón de 7 de julio de 2014 (nº 269/2014).

Dentro de las distintas conductas que aparecen en el delito de trata la relativa a la explotación sexual es la que merece toda la nuestra atención en este apartado. La explotación sexual no sólo protege la dignidad y libertad del sujeto pasivo sino que también esta modalidad de trata tiende a proteger la libertad sexual y, por tanto, al ser un bien jurídico de titularidad individual estaremos ante tantos delitos como sujetos pasivos haya⁴⁷.

A la hora de hablar de violencia sexual conviene diferenciar varios conceptos. Por “violación” se ha entender no tanto a la fuerza o coacción que se emplea sobre la víctima sino a la falta de consentimiento de la misma, lo que supone determinar que lo fundamental no es la conducta objetiva del autor sino la voluntad en contra de la víctima. Otro término que nos podemos encontrar en este ámbito es la “esclavitud sexual”, entendida tal conducta como una forma específica de esclavitud donde se fuerza a la víctima a cometer prácticas sexuales, mientras que la “prostitución forzada” requiere que el sujeto activo, valiéndose del empleo de fuerza o coacción, consiga que el sujeto pasivo cometa actos de naturaleza sexual. Por último también conviene hablar de la “esterilización forzada”, cuando el autor priva a la víctima de su capacidad reproductora, conducta habitual dentro de la explotación sexual y que supone otro agravio más para la víctima. Todo ello nos lleva a observar que en los casos de violencia sexual estamos ante una falta absoluta de consentimiento válido de la víctima en lo referente a su libertad sexual⁴⁸.

Además, como se ha dicho varias veces el delito de la trata no requiere una efectiva consumación, y el caso de la explotación sexual no es una excepción ya que, *como cualquiera de los fines que el apartado 1º del art. 177 bis enumera, no precisa que llegue a tener realidad. Basta realizar la acción descrita con un dolo preordenado a alguno de aquellos fines para la consumación del delito*⁴⁹.

Por lo tanto, la posibilidad de producirse un concurso entre la trata y los delitos cometidos con la explotación sexual es totalmente probable en caso de que alguno de

⁴⁷ Mayordomo Rodrigo, V. (2011), “Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI (ISSN 1137-7550), p. 378.

⁴⁸ Martos Núñez, J.A. (2012), “El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis del Código Penal”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXII (ISSN 1137-7550), p. 123-124.

⁴⁹ STS de 13 de mayo de 2015 (nº 298/2015).

éstos últimos llegue a producirse. Al hablar de tema sexual el principal delito con el que podrá haber concurso suele ser la prostitución no consentida ya que en el delito de trata se protege también la libertad sexual, al realizarse el tráfico con la finalidad de explotación sexual sin el consentimiento de la víctima⁵⁰.

Y es que la trata de personas con fines de explotación sexual, siendo un delito donde solo cabe dolo directo, puede configurarse como *un tipo de resultado cortado o mutilado en dos actos, según que sea el mismo sujeto u otro distinto el que vaya a llevar a cabo, además de las conductas típicas de este delito, aquellas otras de materialización de los fines de explotación. Se alude a la consideración de dolo mutilado, de dos actos, el dolo inicial del autor que favorece el tráfico forzado, fraudulento o abusivo de personas y el dolo ulterior tendencial, enderezado a la explotación, en este caso, sexual, mediante la prostitución coactiva, de las personas víctimas de la trata*⁵¹.

Esto nos lleva a reafirmarnos en la idea de que en los casos donde realmente se produzca la explotación sexual habrá un concurso de delitos entre el 177 bis y el delito posterior, que podrá ser básicamente el de prostitución del artículo 187 o 188 (relativo a menores), e incluso podríamos hablar del 189 que tipifica el uso de menores o discapacitados en espectáculos exhibicionistas o pornográficos. Así, abriendo la posibilidad del concurso se pretende combatir cualquier actividad de índole sexual tendente a imponer comportamientos sexuales que vayan en contra de la libre voluntad de la víctima⁵².

De todo nuestro marco legal, sin duda la trata con fines sexuales guarda mucha relación con la prostitución, y es que *la trata de seres humanos y la prostitución forzada, en su modalidad de explotación sexual coactiva, constituyen dos fenómenos diversos, en ocasiones convergentes, pero no plenamente coincidentes, con sus propias singularidades*. En ambos tipos existe una situación de vulnerabilidad de la víctima que

⁵⁰ SAP Barcelona de 15 de septiembre de 2014 (JUR 2015/10079).

⁵¹ SAP Barcelona de 15 de septiembre de 2014 (JUR 2015/10079).

⁵² Martos Núñez, J.A. (2012), “El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis del Código Penal”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXII (ISSN 1137-7550), p. 111.

le impide actuar con libertad al carecer de otra solución real y aceptable que someterse al abuso. Esa vulnerabilidad puede darse por razones físicas, psicológicas, emocionales, familiares, sociales, económicas e incluso culturales, manteniéndose esa situación durante todo el tiempo que la víctima dependa del sujeto activo⁵³.

6. Estudio del caso

En el presente caso nos encontramos ante un escrito de conclusiones provisionales evacuado por el Ministerio Fiscal que recogíamos en el primer apartado de este trabajo. A la hora de elaborar un dictamen jurídico sobre dicho escrito debemos de comenzar diciendo que para condenar por el delito de trata de seres humanos hemos visto que los medios que han de emplearse deben ser violencia, intimidación, engaño, abuso de una situación de superioridad o de necesidad, o entrega o recepción de pagos, algo que en ningún momento queda acreditado en el escrito del Ministerio Fiscal.

Efectivamente, las chicas se encontraban trabajando en los clubes de alternes que eran propiedad de Federico, donde acudieron sin ningún tipo de presión que alterase su consentimiento para prestar libremente sus servicios en dichos clubes. Allí también se hospedaban las chicas a cambio del primer pase y la mitad de las copas de sus clientes, algo que para nada resulta llamativo ya que es una práctica habitual en muchos tipos de negocios (piénsese en el jornalero que se hospeda y come en la finca donde recoge aceituna o en el músico que habita en el mismo hotel donde actúa).

Por tanto, nada parece hacer desvirtuar la presunción de inocencia, esto es, el derecho a no ser condenado salvo en virtud de pruebas de cargo obtenidas con todas las garantías existentes y que acrediten de forma razonable tanto el hecho punible como la intervención del acusado⁵⁴. Lo que nos lleva a recordar lo que reitera el Tribunal Constitucional y es que la prueba es el único medio para desvirtuar la presunción de inocencia, ya que tal y como dice la STC 143/2009 de 15 de junio *el derecho a la presunción de inocencia se configura, en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo*

⁵³ SAP Barcelona de 15 de septiembre de 2014 (JUR 2015\10079).

⁵⁴ STC 238/2006 de 17 de julio.

válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito, y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos. De modo que, como se declara en la STC 189/1998, de 28 de septiembre, "sólo cabrá constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, por ilógico o por insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado..."

Como vemos, el derecho a la presunción de inocencia supone el derecho a ser condenado únicamente mediante pruebas de cargo obtenidas con las debidas garantías, de manera que queden acreditados a través de una argumentación razonable todos los elementos fácticos del hecho punible, la intervención del acusado en el mismo y el elemento subjetivo consistente en el vínculo entre los hechos probados y la intención que se perseguía con su realización ellos. En definitiva, se configura como el derecho a no ser condenado sin prueba de cargo válida.

En este caso, del relato de los hechos que formula el Ministerio Fiscal no se desprende en ningún momento la comisión del tipo delictivo que requiere el 177 bis pues no se argumenta ni siquiera de manera sucinta la existencia de cualquiera de los medios tipificados en dicho artículo. Además, la falta de cualquiera de estos medios impide la condena por este delito ya que sin ninguno de ellos se entiende que el consentimiento ha sido prestado de manera totalmente válida (salvo que las chicas fuesen menores de edad ya que en ese caso sería irrelevante la presencia del consentimiento). Es decir, siempre habrá delito cuando no exista consentimiento, pero si realmente lo hay únicamente se podrá castigar cuando la persona afectada sea menor.

Aquí, ni estamos ante menores ni estamos ante un consentimiento irrelevante sino que estamos ante mujeres que, para mejorar su situación económica, optaron libremente por venir a España para ayudar a sus familiares. Con tal fin decidieron ejercer de manera voluntaria la prostitución ayudándose de los locales de Federico, donde no sólo trabajaban sino que también vivían allí a cambio de una parte de las ganancias que obtenían por trabajar en dichos locales.

En cuanto a la aplicación subsidiaria del delito de prostitución, concretamente la prostitución lucrativa, hemos de abordar la presencia del tipo recogido en el segundo párrafo del 187.1 del Código Penal. Este artículo impone la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses *a quien se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma* entendiendo que hay explotación cuando la víctima se encuentre en una situación de vulnerabilidad o cuando se le impongan condiciones gravosas.

La prostitución se define como una forma de prestar servicios de índole sexual de manera habitual mediante una contraprestación generalmente económica. El Tribunal Supremo la define en la STS 484/2007 como el mantenimiento de relaciones sexuales a cambio de dinero cualquiera que se la importancia del precio⁵⁵. Por lo tanto, la existencia del ánimo de lucro es inherente y consustancial a la finalidad de explotación sexual, generalmente a través de actividades de prostitución, de manera que quien explota o pretende explotar a través de la prostitución a otros no lo hace de forma desvinculada de las ganancias económicas que el ejercicio de ese comercio supone⁵⁶.

Lucrarse con la prostitución se castiga con prisión de dos a cuatro años y multa mientras que la trata tiene una pena de prisión que oscila entre los cinco y los ocho años de pena privativa de libertad, por lo que a la hora de realizar la defensa de este caso resultará más conveniente ser juzgado por el 187.1 más que por el 177 bis.

Para ello habría que distinguir el delito de trata del delito de prostitución, de tal modo que las conductas que enumera el 177 bis de captación, transporte y etcétera no queden en ningún momento acreditadas en el procedimiento, limitando la responsabilidad penal al hecho tipificado en el 187.1 relativo al lucro explotando la prostitución de otra persona, omitiendo todas las conductas que recoge la trata de personas y asumiendo únicamente que se ha obtenido beneficio de la prostitución de una persona que ha dado su consentimiento válido para ello aunque se debería discutir si se observa una situación de vulnerabilidad de la que se aprovechó el sujeto activo o la imposición de condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas para el ejercicio de la prostitución.

⁵⁵ SAP Barcelona de 15 de septiembre de 2014 (JUR 2015/10079).

⁵⁶ SAP Barcelona de 15 de septiembre de 2014 (JUR 2015/10079).

Se podría considerar por tanto encuadrable así la conducta en el 187.1 párrafo segundo letra a) donde se considera explotación cuando concurra una situación de vulnerabilidad personal o económica y se aplica a esa conducta una pena inferior a la que corresponde al delito de trata de personas, en parte porque la acción típica del 177 bis requiere mayor participación del sujeto activo mientras que el 187.1 únicamente requiere sacar provecho de una víctima explotada sexualmente aprovechándose de la situación de necesidad en la que ésta se encuentra y contando en todo momento con su consentimiento, pues de lo contrario sería prostitución forzosa.

Si bien, también podría discutirse la aplicación del 187.1 ya que no queda probada realmente la existencia de esa *situación de vulnerabilidad personal o económica* que requiere el tipo para poder hablar de explotación aun con el consentimiento de la víctima. Para apreciar esa situación se requiere la presencia de ciertos factores que prueben la existencia de la misma, y en el tema que requiere nuestra atención en ningún momento se demuestra que Federico se aproveche de las chicas. Ellas optan por venir a España en búsqueda de unas condiciones mejores a las tenidas en Paraguay y para poder ganarse la vida eligen ejercer la prostitución en los clubes propiedad de Federico, donde trabajan y viven en buenas condiciones pues hasta el Ministerio Fiscal reconoce que vivían allí, a cambio del primera pase y la mitad de las copas, mientras que el resto de pases y la otra mitad de las copas correspondían a las chicas, lo que denota que Federico no se aprovechaba de ellas sino que únicamente cobraba una parte para que pudieran hospedarse en los locales, algo que también desmonta la posibilidad de aplicar la imposición de condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas para el ejercicio de la prostitución ya que las chicas trabajaban en el negocio de Federico en buenas condiciones, de ahí que se hospedasen allí.

Por otro lado, subsidiariamente en caso de que no se admita la libre absolución, podríamos alegar la presencia en los hechos que expone el Ministerio Fiscal del artículo 318 bis relativo a la inmigración clandestina y es que del relato de los hechos se nos dice que *para traerlas a España, el acusado se ponía en contacto con una organización en Paraguay*. Dicha conducta sería encuadrable en ese artículo 318 bis, donde en su primer apartado se castiga a quien *intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o*

tránsito de extranjeros, con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año, interponiéndose la pena en su mitad superior si concurriera ánimo de lucro.

La pena en estos casos es muy inferior a la del 177 bis y podría argumentarse que Federico únicamente se limitó a facilitar la entrada en España de las chicas. De hecho, esta conducta concuerda más con los hechos que se imputan ya que una diferencia entre el 177 bis y el 318 es la entidad del hecho acaecido. Así, nos dice la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en su Sentencia 298/2015 de 13 de mayo que *en alguno de los precedentes de esta Sala, reconociendo la convergencia entre ambos preceptos, hemos reservado el art. 177 bis del CP para aquellos atentados más severos a la dignidad de las personas. En la STS 385/2012, 10 de mayo (RJ 2012, 6183) , decíamos que "... con la nueva regulación se ha pretendido atender al fenómeno de la expansión de la emigración contemplándolo desde sus diferentes perspectivas en relación con los bienes jurídicos afectados: la inmigración ilegal de ciudadanos extranjeros (art. 318 bis del C. Penal); la inmigración de trabajadores extranjeros (art. 313); y la trata de seres humanos (nuevo art. 177 bis, bajo el título VII bis: "De la trata de los seres humanos"). El solapamiento parcial de los tres preceptos referidos puede producirse con cierta asiduidad ya que en todos ellos resulta afectados, si bien en diferente grado, la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos del delito. Los supuestos en que el menoscabo de esos bienes es severo, hasta llegar a los límites de la explotación del ser humano, integran ahora el nuevo delito del art. 177 bis, desgajándose así tales conductas del art. 318 bis, que hasta ahora contemplaba de forma inadecuada e insuficiente el fenómeno del tráfico de seres humanos hasta el límite de la explotación, fenómeno que, a tenor de los tratados y convenios internacionales firmados por España, requería una tipificación penal autónoma y de una mayor intensidad.*

Por lo tanto, aplicando esta línea jurisprudencial debemos considerar que el 177 bis está reservado a los atentados más severos a la dignidad de la persona⁵⁷, algo que aquí no resulta de aplicación pues no hemos de olvidar que las chicas entraron al país bajo su consentimiento, y una de las diferencias entre el delito de trata de seres humanos y el delito de inmigración clandestina radica en la existencia de consentimiento en el segundo, cosa que no se da en el primero.

⁵⁷ STS 298/2015 de 13 mayo.

Y es que continúa el Tribunal Supremo que *se ha puesto también el acento en la diferencia que existe entre el tráfico de personas, que generalmente cuenta con la voluntad del migrante y la trata de personas, que exige la utilización de medios instrumentales que anulan ese consentimiento, tales como la violencia, la intimidación, el engaño, el abuso de superioridad, la necesidad o la vulnerabilidad de la víctima. Suele ser frecuente en el tráfico de personas que el sujeto activo cuente con la resignada colaboración de la víctima, que presta su consentimiento como forma de facilitar la entrada ilegal en un determinado territorio. En la trata de personas, por el contrario, la persona cuya dignidad se pisotea no es parte en el negocio del tratante, éste se relaciona con terceros*⁵⁸.

La existencia de un consentimiento por parte de las chicas exoneraría a Federico del delito de trata y se le podría aplicar el 318.1 bis por ayudar a que éstas entrasen en territorio nacional, pudiendo aplicarse la pena en su mitad superior si se considera la presencia de ánimo de lucro al trabajar las chicas en los locales propiedad de Federico. Aun así, la condena bajaría de los seis años inicialmente previstos a una pena que como máximo será de un año de pena privativa de libertad.

Además, la aplicación del 318.1 bis evitaría un concurso que, en caso de que se aplicase el 177 bis y si no tuviéramos en cuenta el principio acusatorio, sí existiría ya que como hemos visto el delito de trata entra en concurso con el resto de delitos cometidos con ocasión de la trata pero el 318.1 bis no entraría en ningún concurso siempre y cuando se demuestre que la única conducta realizada fue la de facilitar la entrada o permanencia en España de personas extranjeras, sin incurrir en otra u otras acciones que dieran origen a nuevas responsabilidades penales que justificarían la posible aplicación de un concurso de delitos.

Sin embargo, también podríamos discutir este castigo penal en base al principio acusatorio, que supone un derecho constitucional tendente a informar al acusado del hecho delictivo que se le imputa para que pueda defenderse, algo básico en el proceso penal que requiere una acusación previa para poder argumentar la defensa. Este principio es el deber de congruencia entre la acusación y el fallo que jurisprudencialmente debe recaer no sólo sobre los hechos sino también sobre su

⁵⁸ STS 298/2015 de 13 mayo.

calificación jurídica, por lo que el fallo ha de ser congruente tanto con los hechos que se imputan como su calificación jurídica⁵⁹.

Esta idea aparece perfectamente desarrollada en la sentencia de nuestro Tribunal Constitucional nº 228/2002 de 9 de diciembre, donde el Tribunal recuerda que *ha consolidado una doctrina sobre el principio acusatorio que, en relación con la exigencia de la congruencia entre acusación y fallo, y, por tanto, de la vinculación a que se ve sometido el órgano judicial a los términos de la acusación, se concreta en que nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado, entendiendo por "cosa" en este contexto no únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un factum, sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae no sólo sobre los hechos sino también sobre su calificación jurídica*. Para continuar explicando que *la adecuada correlación entre acusación y fallo, como garantía del principio acusatorio, implica que el juzgador está sometido constitucionalmente en su pronunciamiento por un doble condicionamiento, fáctico y jurídico. El condicionamiento fáctico queda constituido por los hechos que han sido objeto de acusación; de modo que ningún hecho o acontecimiento que no haya sido delimitado por la acusación como objeto para el ejercicio de la pretensión punitiva podrá ser utilizado para ser subsumido como elemento constitutivo de la responsabilidad penal. El órgano judicial, en última instancia, no podrá incluir en el relato de hechos probados elementos fácticos que sustancialmente varíen la acusación, ni realizar, consecuentemente, la subsunción con ellos. Lógicamente, este condicionamiento fáctico no implica que el juzgador no tenga autonomía suficiente para redactar los hechos conforme a su libre apreciación de la prueba, incluyendo aspectos circunstanciales que no muten la esencia de lo que fue objeto de controversia en el debate procesal. El condicionamiento jurídico, a su vez, queda constituido por la calificación que de esos hechos realiza la acusación. Ahora bien, atendiendo a las propias facultades de pronunciamiento de oficio que tiene el juzgador penal, por las cuestiones de orden público implicadas en el ejercicio del ius puniendi, el Juez podrá condenar por un delito distinto al solicitado por la acusación siempre que sea homogéneo con él y no implique una pena de superior gravedad*.

⁵⁹ Carazo Liébana, M.J. (2014), “Apuntes jurisprudenciales sobre el principio acusatorio y su aplicación por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Estudios Jurídicos*, nº 14 (ISSN 2340-5066), p. 2-3.

Este principio guarda mucha importancia en este caso y es que el Ministerio Fiscal únicamente acusa por el delito del 177 bis relativo a la trata de seres, pero no hace alusión al delito de inmigración clandestina del 318 bis, y el principio acusatorio requiere para que el Juzgador condene por un delito distinto que exista homogeneidad entre ambos preceptos. Para la observancia de delitos homogéneos considera el Tribunal Constitucional en su auto número 59/1997 de 26 de febrero que éstos deben tener la misma naturaleza *porque el hecho que configura los tipos correspondientes sea sustancialmente el mismo o porque exista identidad del bien o interés protegido*⁶⁰, algo que aquí no se da pues como se ha dicho anteriormente una de las diferencias entre el delito de trata de seres humanos y el delito de inmigración clandestina radica en el bien jurídico protegido, siendo la dignidad y libertad de los sujetos pasivos lo protegido en el primero mientras que es la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios lo que trata de protegerse en el segundo.

Aun así, no debemos olvidar lo dispuesto en el artículo 733 LECrim que recoge lo siguiente: *si juzgando por el resultado de las pruebas entendiere el Tribunal que el hecho justiciable ha sido calificado con manifiesto error, podrá el Presidente emplear la siguiente fórmula: «Sin que sea visto prejuzgar el fallo definitivo sobre las conclusiones de la acusación y la defensa, el Tribunal desea que el Fiscal y los defensores del procesado (o los defensores de las partes cuando fuesen varias) le ilustren acerca de si el hecho justiciable constituye el delito de .. o si existe la circunstancia eximente de responsabilidad a que se refiere el número .. del artículo .. del Código Penal»*. Es decir, aquí se faculta al Tribunal a proponer a las partes una nueva delimitación del delito objeto de litigio una vez practicadas las pruebas, entendiéndose el Tribunal que el hecho ha sido calificado de manera errónea, lo que permitiría una nueva calificación de los hechos.

7. Conclusiones

A lo largo de nuestro trabajo hemos ido viendo en profundidad el delito de trata de seres humanos penado en el artículo 177 bis de nuestro Código Penal. De lo estudiado podemos concluir que para ser condenado por este delito basta con realizar cualquier acción tipificada (captación, transporte, intercambio, etcétera) mediante el uso de los medios anteriormente estudiados (violencia, intimidación y demás) con los fines

⁶⁰ Auto del TC 59/1997 de 26 de febrero.

previstos (explotación), bastando realizar la acción sin necesidad de que se produzca el fin deseado para entender consumado el delito.

También conviene recordar la posibilidad de encontrarnos un concurso de delitos entre el delito de trata con el delito producido por la explotación, algo que se recoge expresamente en el artículo 177.9 bis y que no es descabellado apreciar en caso de que realmente se produzca cualquiera de los fines previstos en el delito de trata de seres humanos.

Sobre el caso práctico en cuestión, principalmente hemos sostenido la defensa en el derecho constitucional a la presunción de inocencia, debiendo ésta quedar desvirtuada con pruebas de cargo válidas, algo que no ocurre pues en ningún momento se observa la presencia de los medios tipificados en el delito de trata para obtener el consentimiento de la víctima. También hemos considerado oportuno hablar sobre la posibilidad de aplicar el delito de prostitución lucrativa, aunque al existir consentimiento de las chicas y no estar presente una situación de vulnerabilidad tampoco podría condenarse al sujeto activo por este delito. Finalmente, y de manera subsidiaria a la libre absolución, entendemos que puede considerarse la conducta de Federico encuadrable en el 318.1 bis del Código Penal, ya que éste ayudó a que las chicas entrasen en territorio nacional cometiendo así un delito de inmigración clandestina. Si bien, la existencia del principio acusatorio impediría acusar por este delito al no ser homogéneo con el inicialmente previsto, salvo que el Tribunal considere oportuno hacer uso de la facultad prevista en el artículo 733 LECrim que le permite (sin que ello suponga *prejuzgar* los hechos) valorar en el acto de juicio el tipo de delito que constituye el hecho sobre el que versan las actuaciones.

8. Bibliografía

- Doctrina consultada:
 - Carazo Liébana, M.J. (2014), “Apuntes jurisprudenciales sobre el principio acusatorio y su aplicación por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Estudios Jurídicos*, nº 14 (ISSN 2340-5066). Disponible on line:
<http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/download/2146/1883>

- García Vázquez, S. “Inmigración ilegal y trata de personas en la Unión Europea: la desprotección de las víctimas”. Disponible on line:
<http://www.ugr.es/~redce/REDCE10/articulos/06SoniaGarciaVazquez.htm>
- Javato Martín, A.M. (2011), “El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales”, Revista Jurídica de Castilla y León, Nº 23 (ISSN 1696-6759). Disponible on line:
<http://recaudadoresseguridadsocial.es/wp-content/uploads/AGENTES-de-la-AUTORIDAD.pdf>
- Martos Núñez, J.A. (2012), “El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis del Código Penal”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXII (ISSN 1137-7550). Disponible on line:
www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/download/896/865
- Mayordomo Rodrigo, V. (2011), “Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI (ISSN 1137-7550). Disponible on line:
www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/download/143/77
- Pomares Cintas, E. (2011), “El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (ISSN 1695-0194). Disponible on line:
<http://criminet.ugr.es/recpc/13/recpc13-15.pdf>
- Páginas web consultadas:
 - United Nations Office on Drugs and Crime. “Trata de Personas y Tráfico Ilícito de Migrantes”. Disponible on line:
<https://www.unodc.org/lpo-brazil/es/trafico-de-pessoas/index.html>
- Legislación consultada:

✓ Comunitaria

- Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Convenio nº 197 del Consejo de Europa). Disponible on line:
<https://www.boe.es/boe/dias/2009/09/10/pdfs/BOE-A-2009-14405.pdf>
- Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI. Disponible on line:
<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2011-80799>
- Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional. Disponible on line:
http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2003-22719

✓ Nacional

- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Disponible on line:
<https://www.boe.es/boe/dias/2010/06/23/pdfs/BOE-A-2010-9953.pdf>
- Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Disponible on line:
<https://www.boe.es/boe/dias/2010/06/23/pdfs/BOE-A-2010-9953.pdf>
- Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Disponible on line:
https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-3439

- Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. Disponible on line:
<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-18088>
- Real decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Disponible on line:
<https://www.boe.es/buscar/pdf/1882/BOE-A-1882-6036-consolidado.pdf>
- Jurisprudencia consultada:
 - Auto del Tribunal Constitucional de 26 de febrero número 59/1997.
 - Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de julio número 238/2006.
 - Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 7 de julio de 2014 número 269/2014.
 - Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de septiembre de 2014 (JUR 2015/10079).
 - Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 9 de marzo de 2015 número 177/2015.
 - Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2015 número 298/2015.