

ESTUDIOS

TRÁFICO ILÍCITO DE PERSONAS. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 318 BIS DEL CÓDIGO PENAL (y II)

JOSÉ MARÍA LÓPEZ CERVILLA

Fiscal

SUMARIO: 4. Tipo agravado: Tráfico de personas para su explotación sexual. Artículo 318 bis 2: 4.1 Tipificación del tráfico sexual cometido con anterioridad a la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril. 4.2 El artículo 188.2 CP (tráfico de personas para su explotación sexual) introducido por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril. 4.3 La nueva tipificación del tráfico sexual de personas. El artículo 318 bis 2 CP.-5. Otros tipos agravados: 5.1 Cualificación por el ánimo lucrativo, por los medios empleados, por la puesta en peligro o por la menor edad o incapacidad de la víctima (art. 318 bis 3 CP): 5.1.1 Cualificación por el ánimo de lucro del sujeto activo. 5.1.2 Cualificación por los medios empleados (violencia, intimidación, engaño, abuso de situación de superioridad o vulnerabilidad de la víctima). 5.1.3 Cualificación por la puesta en peligro de la vida, salud e integridad de las personas. 5.1.4 Cualificación por ser la víctima menor de edad o incapaz. 5.2 Cualificación por el prevalimiento de la condición de autoridad, agente de ésta o de funcionario público (art. 318 bis 4 CP). 5.3 Cualificación por la pertenencia a una organización dedicada al tráfico ilegal de personas (art. 318 bis 5 CP).-6 Tipo atenuado (art. 318 bis 6 CP).-7. Bibliografía.

4. TIPO AGRAVADO: TRAFICO DE PERSONAS PARA SU EXPLOTACIÓN SEXUAL. ARTÍCULO 318 BIS 2

La recluta y el tráfico de mujeres de diversos países para enviarlas a otros para ser explotadas ejerciendo la prostitución es conocido desde finales el siglo XIX como trata de blancas, haciendo referencia a la raza de las víctimas, pero también a que había nacido una nueva forma de esclavitud una vez que se había conseguido abolir la que, durante muchos siglos había sido la ignominia de la humanidad, aunque, hoy día, la víctima no se caracteriza por la raza, sino por proceder de países menos desarrollados económicamente que los llamados «occidentales». Desde 1904 hasta la reciente Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 19 de julio de 2002 (2002/629/JAI) son muchos los textos internacionales que han reclamado la necesidad de represión de estas conductas.

El Legislador español, mediante la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, sobre «Medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros», ha añadido un nuevo número 2 al artículo 318 *bis* que establece que «*Si el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas, serán castigados con la pena de cinco a diez años de prisión.*» Se configura así el delito de tráfico de personas con el fin de su explotación sexual como un subtipo agravado del delito de tráfico ilegal de personas que requiere, como elemento subjetivo, el propósito de explotar sexualmente a la víctima. La reforma, y con independencia del régimen penológico que parece exacerbado, parece acertada, puesto que, mejora la tipificación de estas conductas de tráfico sexual al no exigir medios comisivos determinados y al configurarse como un subtipo del artículo 318 *bis* 1, pone fin a la confusión que había generado la aplicación práctica del artículo 188.2 CP.

La Ley Orgánica 11/2003 deroga el tipo del artículo 188.2 que castigaba al que directa o indirectamente favorezca la entrada, estancia o salida del territorio nacional de personas, con el propósito de su explotación sexual empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima. Este precepto, introducido por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, y que había sido celebrado por la doctrina como una forma de adelantar la protección penal en la lucha contra el tráfico sexual de personas, resultó ser innecesario y perturbador.

El delito del artículo 188.2 era innecesario porque estas conductas de tráfico internacional de personas extranjeras, con independencia de que el fin fuera su explotación sexual o cualquier otro, ya estaban tipificadas por el artículo 313.1 CP relativo a la inmigración clandestina de trabajadores que era reiteradamente aplicado por nuestros Tribunales a los supuestos de tráfico de personas para el ejercicio de la prostitución. Es cierto que no existía una agravante específica, del todo recomendable, que agravara el favorecimiento de la inmigración clandestina cuando ésta tuviera por finalidad la explotación sexual del inmigrante, pero, de lo que no existían dudas es que, si tras producirse la inmigración se obligaba a la víctima a ejercer la prostitución, nos encontraríamos ante un concurso de delitos entre el de inmigración clandestina del artículo 313.1 y el de prostitución coactiva del artículo 188.1. El delito de inmigración clandestina del artículo 313.1 presentaba deficiencias en su tipificación que provocaban ciertas lagunas, de las que se hablará posteriormente al estudiar esta figura delictiva y que, en cierto modo, fueron corregidas con la introducción del artículo 318 *bis* por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, pero, en la práctica jurisprudencial, la prostituta tenía la consideración de trabajador a la hora de entender subsumidas estas conductas en el tipo del artículo 313.1. Tras esta última reforma que tipificó el tráfico de personas con independencia de las circunstancias del sujeto pasivo en el artículo 318 *bis*, se reveló, con mayor motivo, la innecesariedad de un delito específico que contemplara el tráfico de personas para su explotación sexual, aunque, el legislador omitió la creación de una figura agravada del artículo 318 *bis* cuando el tráfico de personas tuviera aquellos fines, omisión que finalmente ha sido subsanada por la Ley Orgánica 11/2003. Por otro lado, tras aquella reforma que elevó las penas del artículo 313, se ponía de manifiesto cierta incongruencia penológica, el tráfico de trabajadores estaba castigado con pena superior (de 2 a 5 años) que el tráfico sexual de personas (de 2 a 4 años y multa).

El artículo 188.2 fue perturbador, en cuanto que, su aplicación práctica ha sido totalmente divergente con pronunciamientos contradictorios de las Audiencias provinciales, especialmente en lo relativo a su relación concursal con el delito de prostitución coactiva del artículo 188.1. La doctrina discutía si, una vez realizada la conducta del artículo 188.2 (por ejemplo favorecer la entrada en España de una persona para explotarla sexualmente mediante

engaño) se perpetraba la conducta del artículo 188,1, por ejemplo obligando a esa misma persona a ejercer la prostitución mediante violencia, nos encontrábamos ante un concurso de normas a resolver por el principio de consunción en favor del artículo 188.1 o ante un concurso de delitos (un delito de favorecimiento de la entrada en España con el fin de explotación sexual y un delito de prostitución coactiva). Aunque, en principio, parece que la cuestión en la práctica no debería ofrecer dificultades y resolverse a favor del concurso de delitos, puesto que, el desvalor del injusto del artículo 188.1 no comprende todo el desvalor de la conducta tipificada en artículo 188.2, en cuanto que, también hay un tráfico internacional de personas y deberían ser sancionados ambos delitos. O si, por el contrario, se consideraba que existía progresión delictiva entre el tipo del artículo 188.1 y el del artículo 188.2, posición que, no me parece acertada, pero que, es defendible, se debería aplicar sólo el delito del artículo 188.1, pero también se habría de sancionar el tráfico ilegal de personas extranjeras (en todos los casos la entrada en España de la víctima era ilegal o en fraude de ley) y aplicar el artículo 318 *bis* o el artículo 313 en concurso de delitos con el de prostitución coactiva.

En la práctica, sin embargo, esta solución no ha sido siempre contemplada por las Audiencias y se han producido pronunciamientos totalmente contradictorios ante un mismo supuesto de hecho. Así por ejemplo, se reitera en la declaración de hechos probados de las sentencias el siguiente supuesto: el sujeto activo propone a mujeres, generalmente latinoamericanas o de países del Este de Europa, venir a España a trabajar como camareras y les facilita los pasajes y dinero para la bolsa de viaje con el fin de que entren en España como turistas. Una vez aquí las recluye en locales o pisos y con actos violentos y amenazas las obligan a prostituirse hasta que satisfagan una supuesta deuda. Pues bien, ante este mismo supuesto, y como veremos a continuación, unas sentencias condenan sólo por el delito del artículo 188.1, otras sólo por el delito del artículo 188.2, alguna por un sólo delito del artículo 188.1 y 2, otras por un delito del artículo 188.1 y otro del artículo 318 *bis* o por uno del artículo 188.1 y otro del artículo 313.1. Finalmente sólo he encontrado una sentencia que aplique la solución, que me parece correcta, un concurso de delitos entre el delito de tráfico sexual del artículo 188.2 y el delito de prostitución coactiva del artículo 188.1. No se trata de poner de manifiesto errores de nuestros Tribunales, o nuestros, de los Fiscales que, con nuestras calificaciones, determinamos en muchos casos, y en virtud del principio acusatorio, el contenido de la sentencia, porque no son equivocaciones sino interpretaciones divergentes, perfectamente admisibles, motivadas por una deficiente técnica de tipificación penal. Por este motivo, digo que, la introducción del artículo 188.2 fue perturbadora, en cuanto que, introdujo confusión en la respuesta penal hacia estas conductas. Con anterioridad Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, el mismo supuesto de hecho antes contemplado habría sido calificado como delitos del artículo 188.1 y del artículo 313.1, y de hecho muchas sentencias posteriores a aquella reforma, pero que analizan hechos anteriores a aquella, ofrecen esta solución.

4.1 Tipificación del tráfico sexual cometido con anterioridad a la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril

Algún autor⁽⁹¹⁾ ha señalado que antes de la reforma de la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, la mera introducción en nuestro país de personas a las que se pretendía explotar sexualmente eran impunes y sólo podía actuarse jurídico-penalmente cuando se produjera una

⁽⁹¹⁾ HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U., «El delito de tráfico de personas para su explotación sexual» en «Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate» Tirant lo blanch, 2002.

explotación sexual efectiva, es decir cuando se obligaba a ejercer la prostitución. No se puede compartir esta opinión, porque, como se ha indicado anteriormente, la recluta de extranjeros para su explotación sexual en España era subsumible en el tipo del artículo 313.1 que sancionaba la inmigración clandestina de trabajadores a España. El principal obstáculo que cabría oponer a esta subsunción era la necesidad de que el sujeto pasivo del delito fuera trabajador. Sin embargo, el Tribunal Supremo no ha vacilado en atribuir esta condición a las personas que ejercían la prostitución a los efectos de este delito. La, ya antigua, sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de abril 1991, RJ 1991/2704, que contemplaba un supuesto de hecho parecido al antes descrito, confirma una sentencia que condenaba por delito de prostitución del artículo 452 *bis a*) del CP de 1973, por un delito de estafa (por incrementar falsamente la supuesta deuda de la víctima del delito) y por un delito contra la libertad y seguridad en el trabajo del artículo 499 *bis. 1* (cuando mediante maquinaciones o procedimientos maliciosos se impongan condiciones laborales o de seguridad social al trabajador, que perjudiquen sus derechos legales o derivados de convenios colectivos de trabajo) y 3 (el que trafique de cualquier manera ilegal con la mano de obra o intervenga en migraciones fraudulentas) El Tribunal Supremo no se refiere a la tipificación por el número 3 del artículo 499 *bis* pero respecto a la aplicación del número 1 de ese precepto señala « *La primera alternativa del delito previsto en el artículo 499, 1.º CP se da cuando mediante maquinaciones o procedimientos maliciosos se impongan condiciones laborales o de seguridad social al trabajador, que perjudiquen sus derechos legales o derivados de convenios colectivos de trabajo. La cuestión que aquí se presenta, por lo tanto, es la de verificar si este delito también se comete por el que emplea a otro, cuando el vínculo laboral provenga de un contrato con causa ilícita en los términos del artículo 1275 CC o con objeto ilícito en el sentido del artículo 1215 CC pues, según la primera de estas disposiciones, tales contratos «no producen efecto alguno». Dicho de otra manera: se trata de saber si en una relación laboral, que tiene por objeto la prostitución, se generan a cargo del «empleador», en realidad del que comporte los beneficios de la mujer, deberes respecto de la Seguridad Social. La respuesta debe ser positiva: el artículo 499 bis 1.º CP no protege las consecuencias de un contrato de trabajo formalmente válido, sino la situación de personas que prestan servicios para otra. De lo contrario el más desprotegido debería cargar también con las consecuencias de su desprotección.» Queda claro que la prostituta, a efectos penales, es un trabajador (Se deberá volver a esta pionera sentencia cuando se analice el delito de explotación laboral del extranjero del artículo 312,2 inciso 2.º)*

La sentencia del Tribunal Supremo número 143/1998, de 5 de febrero, RJ 1998/424, también contempla el supuesto de hecho tantas veces mencionado. La sentencia de instancia, aplicando el CP de 1973, condenó por un delito de prostitución y por otro de migración fraudulenta. Respecto al delito de migración fraudulenta del artículo 499 *bis 3*, el Tribunal Supremo señala «*Estos hechos deben ser considerados, sin duda de ningún género como un delito de intervención —aunque sería más exacto decir de ejecución— en migraciones laborales fraudulentas, que el Tribunal de instancia ha calificado como continuado, porque, de una parte, migración laboral fraudulenta es toda recluta y traslación ilegal o clandestina de mano de obra de un país a otro y, de otro, el bien jurídico que se tutela mediante la prohibición y castigo de esta conducta —el derecho de los trabajadores a que sea respetada su libertad y seguridad y, en última instancia, su dignidad de personas— se viola gravemente cuando, como en el caso que nos ocupa, se les seduce, abusando de su situación de necesidad y exigiéndoles a cambio una cantidad de dinero para ellos exorbitante, para que abandonen su país y vayan a otro que ofrece, en principio, mayores posibilidades de bienestar, pero en el que su condición de inmigrantes ilegales les expone con bastante probabilidad —téngase en cuenta que hablamos de un delito de riesgo abstracto— a la marginación, el desarraigo y la aceptación forzada de condiciones de trabajo mucho*

más desfavorables a las que se tiene derecho en el país de recepción.» Es decir, el tráfico de personas para su explotación sexual era subsumible en el tipo de migración laboral fraudulenta. Las dos sentencias, que aplican el CP de 1973, estiman que hay un concurso de delitos (al parecer real) entre el delito de prostitución coactiva y el de migración fraudulenta.

Aplicando el CP de 1995 anterior a la reforma de la Ley Orgánica 11/1999, el concurso (al parecer real) de delitos entre el delito de prostitución coactiva y el de inmigración clandestina es la solución contemplada en la Sentencia Tribunal Supremo número 2194/2001, de 19 de noviembre, RJ 2002/1517. La sentencia de instancia condenó, entre otros delitos, a los acusados como autores de 9 delitos de prostitución coactiva del artículo 188.1 y un delito de inmigración clandestina del artículo 313. El Tribunal Supremo, que confirma la sentencia impugnada, no se pronuncia sobre este último delito porque en el recurso no se alegaba su indebida aplicación (bien sea porque la pena impuesta por este delito, 1 año y 6 meses, era intrascendente para los recurrentes atendido el resto de las penas impuestas o porque se consideraba inatacable la aplicación del artículo 313.1 dada la declaración de hechos probados) La Sentencia Tribunal Supremo número 2205/2002, de 30 de enero, RJ 2003/2027, sí analiza la aplicación del artículo 313.1 a este supuesto, también anterior a la Ley Orgánica 11/1999. La Audiencia condena por un delito de detención ilegal, un delito de prostitución coactiva del artículo 188.1 y un delito de inmigración clandestina del artículo 313.1. Frente a la alegación de que los hechos no son legalmente integradores del delito de favorecimiento de la inmigración clandestina porque la denunciante no tenía relación laboral con el recurrente ni con el titular del club, por lo que, no era una trabajadora, el Tribunal Supremo razona: *«El precepto maneja, a efectos penales, un concepto amplio de trabajador, incluyendo no sólo a los trabajadores comprendidos en los artículos 1.1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores, sino también a los extranjeros que desean obtener un puesto de trabajo en nuestro país. De no entenderse el concepto en estos términos amplios, la norma carecería de contenido pues precisamente la inmigración clandestina se realiza por personas que pretenden obtener trabajo, pero que aún no disponen del permiso necesario para ser considerados legalmente como trabajadores en nuestro país...El motivo, por todo ello, debe ser desestimado, pues es claro que el recurrente promovió la inmigración clandestina de una persona, reclutándola en el Ecuador, pagándole el billete hasta España y proporcionándole una cantidad en metálico, para que pudiese entrar como turista, cuando la finalidad de la inmigración era que trabajase en nuestro país en un Club de alterne regentado por un amigo suyo. Una vez en España le exigió la devolución del dinero en metálico prestado para defraudar los controles de inmigración y también que pagase con sus servicios el precio del viaje, colocándola en una situación de penuria y desprotección que constituye uno de los peligros que pretende conjurar el tipo penal.»*

En esta línea, apreciando un concurso de delitos entre el delito de prostitución coactiva y el delito de inmigración ilegal a hechos cometidos antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 11/1999, también se puede citar las siguientes sentencias de Audiencias Provinciales: Sentencia Audiencia Provincial Baleares número 217/1999 (Sección 2.^a), de 7 de diciembre, ARP 1999/4601; Sentencia Audiencia Provincial Murcia número 41/2000 (Sección 3.^a), de 28 de marzo, JUR 2000/154535; Sentencia Audiencia Provincial Burgos (Sección 1.^a), de 29 de octubre 2001, ARP 2001/836 y Sentencia Audiencia Provincial Madrid número 218/2003 (Sección 15.^a), de 12 mayo, JUR 2003/222802. Entre estas sentencias, sólo la de Madrid se pronuncia expresamente por el tipo de concurso de delitos aplicado, declarándolo medial. Las otras tres no se pronuncian sobre esta cuestión pero penan ambos delitos por separado. Por las penas impuestas (que superan las de un concurso medial) la de Burgos aprecia concurso real. Las penas impuestas por las otras dos Audiencias podrían corresponder tanto a un concurso real como a un concurso medial.

4.2 El artículo 188.2 CP (tráfico de personas para su explotación sexual) introducido por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril

La Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, modificó el artículo 188 del CP tipificando un nuevo delito en su número 2 que establecía «*será castigado con las mismas penas (prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses) el que directa o indirectamente favorezca la entrada, estancia o salida del territorio nacional de personas, con el propósito de su explotación sexual empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima.*» Este delito ha sido derogado por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, que introduce un nuevo subtipo agravado del artículo 318 bis cuando el tráfico de personas tenga por finalidad la explotación sexual. No obstante, dado que las penas que establece el nuevo artículo 318 bis 2 (prisión de 5 a 10 años para la conducta básica) son muy superiores a las que establecía el artículo 188.2, este último precepto deberá ser aplicado al enjuiciamiento futuro de las conductas que se perpetraron durante su vigencia (desde el 21 de mayo de 1999 hasta el 30 de septiembre de 2003).

Sujeto activo del delito podía ser cualquier persona. Sujeto pasivo en las conductas relativas a la entrada o permanencia sólo podía serlo un extranjero. Respecto a la permanencia señalaba Conde-Pumpido Ferreiro⁽⁹²⁾ que la conducta sólo puede ser cumplida cuando el sujeto pasivo es un extranjero, cuya presencia en España se favorece, ya que, por principio, la estancia de los nacionales es una situación ordinaria y adecuada a su condición de ciudadano, que difícilmente puede ser facilitada por un tercero. En la conducta relativa a la salida del territorio nacional el sujeto pasivo podía ser tanto español como extranjero. Al hacer referencia al extranjero en la conducta relativa a la entrada en España, creo que, no se debe excluir al nacional de algún país de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, puesto que, como veremos posteriormente se castiga el traslado internacional con el propósito de explotación sexual con independencia de que la entrada en territorio nacional sea legal o ilegal.

La *conducta típica* consiste en favorecer directa o indirectamente la entrada, estancia o salida de personas empleando para ello violencia, intimidación, o engaño o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima. La redacción del precepto es desafortunada, porque, como señalaba Orts Berenguer⁽⁹³⁾, no deja claro si el favorecimiento para la entrada, estancia o salida, ha de hacerse para la posterior explotación violenta, intimidatoria, etc. o si el favorecimiento mismo ha de llevarse a cabo con violencia o intimidación. Como apunta De León Villalba, el problema se podría haber solucionado con una coma (tras explotación sexual) pero la interpretación correcta (y la que ha seguido la Jurisprudencia) es que las formulas de realización (violencia, intimidación, engaño...) se refieren a la conducta tipificada que es la de favorecimiento de la entrada estancia o salida guiada con el ánimo de explotación sexual pero respecto de ésta no establece ninguna forma de realización.

La amplitud del verbo utilizado (favorecer) al que se añade los adverbios directa o indirectamente motivan que cualquier conducta de apoyo al traslado de la persona sea típica y dificulta la posibilidad de apreciar formas accesorias de participación. Se ha de favorecer la entrada, estancia o salida del territorio nacional. Es decir se ha de colaborar en la entrada del extranjero en España, o en la permanencia en nuestro país o en la salida hacia otro país del

⁽⁹²⁾ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. «Actualización 1999» al «CP Doctrina y Jurisprudencia.» Trivium, 2000.

⁽⁹³⁾ Orts Berenguer «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales» En varios autores «Derecho Penal. Parte Especial» Tirant lo blach, 1999, cit por DE LEÓN VILLALBA, *op. cit.*

español o del extranjero. Aunque la referencia a la estancia podía llevar a interpretar que eran típicas las conductas de tráfico sexual de personas, incluido españoles, dentro del territorio nacional, como señala Maqueda Abreu⁽⁹⁴⁾ tanto gramaticalmente como teleológicamente, la interpretación que se impone es la de excluir del ámbito típico esas situaciones que escapan del tráfico internacional de personas y que seguramente se adaptan mejor a las previsiones del número 1 del artículo 188 CP relativas a la determinación coactiva o abusiva de la prostitución⁽⁹⁵⁾. A diferencia del artículo 318 *bis*, el precepto no exige que el traslado sea ilegal, es decir, no se precisa que sea contrario las normas de la legislación de extranjería para el cruce de fronteras o con fraude de esas normas. No obstante, en la práctica, y considerando los países de origen de las víctimas de este delito, la entrada en España se suele producir en fraude de la normativa de extranjería.

La conducta de favorecimiento de la entrada, permanencia o salida ha de realizarse con alguno de los medios típicos que señala el artículo 188.2, es decir empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima. Estos conceptos, excepto el relativo al abuso de la situación de necesidad, son empleados para constituir subtipos agravados del artículo 318 *bis* y posteriormente se hablará de ellos. Si la víctima accede libremente, es decir, sin que su consentimiento esté viciado por el abuso de alguna de las situaciones que describe el tipo, a trasladarse a nuestro país para ejercer la prostitución, la colaboración prestada para ello no sería punible por el artículo 188.2. Podría ser constitutiva de un delito de tráfico ilegal de personas del artículo 318 *bis* o de inmigración clandestina del artículo 313.1 si la entrada en España se produce contraviniendo la normativa de extranjería.

Respecto al *tipo subjetivo* se ha de señalar que se trata de un delito doloso que requiere como elemento subjetivo el propósito de explotar sexualmente a la víctima, lo que impide la comisión por dolo eventual. La doctrina suele identificar explotación sexual con la práctica forzada de la prostitución⁽⁹⁶⁾. Comparto esta opinión en lo referente a la identificación de la explotación sexual con el ejercicio de la prostitución dada la rúbrica del capítulo en que se ubica (de los delitos relativos a la prostitución) pero, discrepo en la necesidad de que esta sea forzada, porque, el tipo no lo requiere. Los medios a los que se refiere el artículo 188.2 (violencia, intimidación, engaño...) se refieren al favorecimiento de la entrada en nuestro país pero no condicionan el modo en que posteriormente se realizará la explotación sexual. Por ejemplo, creo que, sería típica la conducta del que mediante engaño, ofertando falsamente un trabajo, pretende que la víctima se traslade a España con la intención de, una vez aquí, proponerle el ejercicio de la prostitución en su local de alterne pero sin emplear ningún medio que determine su libre decisión e incluso ofreciéndole un pasaje de vuelta en caso de que no aceptare. Por otro lado, una vez ejecutada la conducta típica, el consentimiento de la víctima para el ejercicio de la prostitución es irrelevante, pues el delito ya estaría consumado. Finalmente no se requiere que el sujeto activo tenga el propósito de explotar sexualmente por sí mismo a la víctima, sino que, basta la intención de que la víctima sea explotada por él o por un tercero.

⁽⁹⁴⁾ MAQUEDA ABREU, M. L., «El tráfico sexual de personas» Tirant lo blach, 2001, cit. PÉREZ CEPEDA, *op. cit.*

⁽⁹⁵⁾ En el mismo sentido, de considerar subsumibles en el artículo 188.2 únicamente los supuestos de traslados internacionales, se pronuncia DE LEÓN VILLALBA, *op. cit.* considerando el contexto teleológico de la norma, respecto de la situación que se pretende normativizar.

⁽⁹⁶⁾ MAQUEDA ABREU «Una nueva forma de esclavitud: El tráfico sexual de personas» en «Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate» Tirant lo blanch, 2002 quien atiende a una interpretación sistemática de este precepto con su rúbrica (Delitos relativos a la prostitución) por lo que considera excluidas otras formas de explotación sexual como la pornografía, el tráfico de óvulos o los matrimonios forzados. HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U., *op. cit.*

Sobre la *consumación* del delito caben dos interpretaciones. Entender que el delito se consuma cuando el sujeto pasivo entra, permanece o sale del territorio nacional por lo que sería exigible un resultado o bien, considerar, que al igual que los otros delito que tipifican el tráfico de personas (arts. 318 *bis* y 313.1) se consumaría con la realización de los actos de favorecimiento con independencia de que efectivamente se hubiera producido la entrada o salida del territorio nacional. A diferencia de aquellos delitos, el Tribunal Supremo, analizando esta figura delictiva y como *obiter dicta*, parece que se inclina por la primera de las posibilidades al señalar que «*Se trata de un delito de comisión instantánea que, en esta modalidad concreta, se perfecciona con el arribo al territorio nacional*» (Sentencia Tribunal Supremo número 1755/2003, de 19 de diciembre, RJ 2003/9316).

Al delito del artículo 188.2 (al igual que al de prostitución coactiva del artículo 188.1) le eran aplicables las *agravaciones* contenidas en los números 3 (prevalimiento del carácter público) y 4 (cuando la víctima fuera menor de edad o incapaz).

En cuanto a los *supuestos concursales*, la doctrina⁽⁹⁷⁾ atendiendo a que el bien jurídico protegido es de carácter individual, y pese a la fórmula legal que se refiere a personas, consideraba que habrá tantos delitos como número de personas a las que se haya favorecido la entrada, estancia o salida del territorio nacional. En estos casos frecuentemente habrá que aplicar la continuidad delictiva. Como se dijo anteriormente, el concurso de normas entre el artículo 188.2 y el artículo 318 *bis* ha de resolverse de conformidad con el principio de especialidad (art. 8.1 CP) en favor del artículo 188.2 atendiendo al elemento especializante consistente en el propósito de explotación sexual. Al mismo principio habrá que acudir para resolver el concurso de normas entre el artículo 188.2 y el artículo 313.1 (inmigración clandestina) siendo la solución la misma que la del supuesto anterior. Ahora bien, pese a que el propósito del autor sea la explotación sexual, cuando no se utilicen los medios comisivos del artículo 188.2 (violencia, intimidación, engaño...) y la entrada en España haya sido ilegal (en la práctica, en la totalidad de los casos) se deberá aplicar el artículo 318 *bis* o el artículo 313.1. La confusión creada por el artículo 188.2 CP, también tiene su reflejo en la doctrina, así por ejemplo, algún autor⁽⁹⁸⁾ cree que puede darse un triple concurso de delitos entre el delito previsto en el artículo 188.2 y los delitos de los artículos 318 *bis* y 313.

Mas problemática es la relación concursal entre el artículo 188.2 y el artículo 188.1 (prostitución coactiva). Es decir, nos referimos a aquellos supuestos en los que el sujeto activo además de favorecer la entrada en España de la víctima, por ejemplo mediante engaño, una vez en nuestro país, mediante violencia o intimidación u otro medio típico, determina que aquella ejerza la prostitución. La doctrina se dividió en dos interpretaciones diferentes. Por un lado se defiende⁽⁹⁹⁾, que entre el artículo 188.2 y el artículo 188.1 existe una relación de progresión delictiva, por lo que, de conformidad con el principio de consunción (art. 8.3 CP) sólo es aplicable el artículo 188.1. Al defenderse esta interpretación parece partirse de que el único bien jurídico protegido por el artículo 188.2 es la libertad sexual y los autores olvidan pronunciarse sobre que sucede con el desvalor del injusto derivado del tráfico internacional de personas. Esta tesis, que no considero acertada, podría llegar a ser admisible si, una vez que se decide aplicar únicamente el artículo 188.1, se aplica también el artículo 318 *bis* o el artículo 313.1 para comprender todo el desvalor del injusto realizado que no contempla aquél precepto. Otros

⁽⁹⁷⁾ HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U., *op. cit.*; PÉREZ CEPEDA *op. cit.*

⁽⁹⁸⁾ HIGUERA GUIMERÁ, J. F., «Tráfico ilícito de personas» en «Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales» III-2000, Ministerio de Justicia, 2000. Fundamenta esta interpretación en que se vulneran bienes jurídicos distintos: La libertad sexual, los derechos de los trabajadores, y los derechos de los ciudadanos extranjeros.

⁽⁹⁹⁾ HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U., *op. cit.*; PÉREZ CEPEDA *op. cit.*

autores⁽¹⁰⁰⁾ considerando que en la conducta del artículo 188.2 se ven implicados otros bienes jurídicos, además de la libertad sexual, proponen un concurso de delitos entre el artículo 188.1 y el artículo 188.2. Esta parece ser la solución más correcta, ya que, se comprendería el desvalor inherente al ataque a la libertad sexual y el derivado del tráfico de la persona. Cuestión diferente es la naturaleza del concurso, que a diferencia de la doctrina citada que lo considera medial, estimo que en la mayoría de los casos será real. (Sin embargo, el Tribunal Supremo lo considera ideal o medial).

Son pocas las sentencias del Tribunal Supremo que aplican el delito del artículo 188.2 y aunque todavía recaerá algún pronunciamiento más, dada la derogación del tipo es difícil que clarifique todas las dudas que se han planteado a propósito de su aplicación. Respecto a la cuestión más problemática, la relación concursal entre el artículo 188.1 y el artículo 188.2, una sentencia lo analiza, como *obiter dicta*, considerándolo como concurso de delitos pero ideal. Se trata de la sentencia del Tribunal Supremo número 187/2003, de 14 de febrero, RJ 2003/2498. La audiencia condenó por un delito de prostitución coactiva del artículo 188.1. El recurrente alega que subsunción correcta hubiera debido practicarse bajo el tipo del artículo 188.2 CP. El Tribunal Supremo responde que *«la tipicidad de los hechos respecto del artículo 188.1 CP no es incorrecta. Consecuentemente, si se aceptara la tesis de la Defensa esa tipicidad no se excluiría por un concurso aparente de normas, sino que, en todo caso se deberían acumular según las reglas del concurso ideal, es decir, de la doble lesión jurídica en unidad de acción. Es innecesario poner de manifiesto que esta solución perjudicaría a los recurrentes y, por tal motivo, no puede ser acogida aquí.»*

También hay una referencia a la relación entre el artículo 188.1 y el artículo 188.2 en la Sentencia Tribunal Supremo número 1755/2003, de 19 de diciembre, RJ 2003/9316. La Audiencia Provincial de Madrid (Sentencia número 181/2003 Sección 15.ª, de 14 de abril, JUR 2003/204088) pese a que el supuesto de hecho es el que se comentó anteriormente (el autor favorece mediante engaño el traslado a España de la víctima y luego la obliga a ejercer la prostitución) condena sólo por el delito del artículo 188.2 sin hacer referencia al delito del artículo 188.1 (además de condenar por delitos de detención ilegal y agresión sexual). El Tribunal Supremo señala *«La relación de concurso ideal o medial se produjo entre este último delito (delito de detención ilegal) y otro también relativo a la prostitución, pero que en este caso no se aplicó: el del artículo 188.1 que sanciona al que determine a otra persona a ejercer la prostitución empleando violencia o intimidación, entre otros varios medios de comisión que esta última norma penal relaciona.»* Por lo demás, respecto del delito del artículo 188.2 indica *«El artículo 188.2, según su nueva redacción dada por Ley Orgánica 11/1999, ya vigente cuando el caso presente se produjo, como se deduce del uso repetido de la conjunción «o», prevé diferentes formas de comisión del delito que define. La que aquí nos interesa se halla integrada por los siguientes elementos:*

- 1.º Favorecer la entrada de una persona en territorio nacional.
- 2.º Con el propósito de su explotación sexual.
- 3.º Empleando engaño.

Tales elementos concurrieron cuando, tras las gestiones engañosas, realizadas por Esteban en Rumania de acuerdo con los otros tres que estaban en España, llegó C. N. T. al aereo-

⁽¹⁰⁰⁾ MAQUEDA ABREU, M. L., «El extranjero víctima del tráfico ilícito. Tráfico de personas y tráfico sexual: cuestiones concursales» Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal IV-2002, Ministerio de Justicia, 2003, que se pronuncia a favor de un concurso medial.

puerto de Barajas el 8.10.2001. El propósito de explotación sexual, encubierto con el argumento de que en España trabajaría como cocinera o lavando platos (engaño), ya existía antes de tal llegada, aunque se manifestara después por los hechos ocurridos en el piso y en la Casa de Campo.

Esta figura delictiva, a diferencia de otros delitos relativos a la prostitución, no prevé la práctica efectiva de este oficio, sino sólo un propósito al respecto en su autor o autores. Se trata de un delito de comisión instantánea que, en esta modalidad concreta, se perfecciona con el arribo al territorio nacional.»

Otra sentencia del Tribunal Supremo que se refiere al artículo 188.2 es la Sentencia número 293/2004, de 8 de marzo, pero no entra a analizar este delito porque los condenados no recurrieron y sólo lo hizo un condenado por el delito de los derechos de los trabajadores del artículo 312.2 inciso segundo. La Audiencia de Granada, como veremos posteriormente, sólo aplicó el artículo 188.2 y no el artículo 188.1 El Tribunal Supremo confirma esta resolución.

También hay sentencias del Tribunal Supremo que enjuiciando hechos perpetrados con posterioridad a la reforma de la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, es decir a la tipificación del artículo 188.2, aplican el artículo 318 *bis* o incluso el artículo 313 a estas conductas de tráfico de personas para su explotación sexual. Bien sea porque en el tráfico de personas no concurría las modalidades ejecutivas del artículo 188.2 (violencia, intimidación, engaño etc.) o porque, tras la confusión creada en torno a la subsunción del artículo 188.2 por el artículo 188.1, muchos Fiscales optaron por calificar además del delito prostitución coactiva, otro delito (arts. 318 *bis* o 313.1) que comprendiera el desvalor derivado del tráfico de la persona y las Audiencias en muchos casos han estimado esta interpretación. Se puede citar la sentencia del Tribunal Supremo número 1306/2003, de 6 de octubre, RJ 2003/7632. La Audiencia condenó por un delito del artículo 318 *bis* y por otro del artículo 188.2 (no por el artículo 188.1). El Tribunal Supremo respecto al delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros señala « *Si el tipo descrito en este precepto (318 bis) se integra por la conducta que consiste en promover, favorecer o facilitar el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a España –con lo que la previsión legal de conductas delictivas es sumamente amplia– difícilmente cabe discutir que ha realizado actos comprendidos en el tipo quien, como el acusado Ricardo, ha recibido y dado acogida en España a una persona que entró ilegalmente en territorio nacional habiéndole sido remitida por quienes, en el país de origen, la habían reclutado, aun con su consentimiento, para que se dedicase en el nuestro al ejercicio de la prostitución. Ninguna duda puede plantear que tal conducta debe ser calificada como favorecimiento del tráfico ilegal de personas*» Sin embargo, revoca la condena por el delito del artículo 188.2, porque «*el empleo de tales medios (los descritos en el artículo 188.2), que eliminan o restringen gravemente la libertad de la persona sexualmente explotada, no está suficientemente descrito en la declaración de hechos probados*»). También cabe citar el Auto Tribunal Supremo número 2023/2003, de 18 de diciembre, JUR 2004/22056, que inadmite el recurso de casación contra una sentencia de la Audiencia de Málaga⁽¹⁰¹⁾ que aprecia un concurso (real) de delitos entre el artículo 318 *bis* y el, ahora sí, artículo 188.1.

Muy interesante es la Sentencia Tribunal Supremo número 1045/2003, de 18 de julio, RJ 2003/5460, que refiriéndose a hechos perpetrados tras la tipificación del artículo 188.2, aprecia un concurso de delitos (al parecer real) entre el de prostitución coactiva y la inmigración clandestina del artículo 313.1 Respecto al delito de prostitución coactiva señala « *En tal sen-*

⁽¹⁰¹⁾ Sentencia Audiencia Provincial Málaga número 81/2002 (Sección 3.ª), de 27 mayo, JUR 2002/250859

tido podemos aceptar que el ejercicio de la prostitución fue asumido inicialmente por las mujeres desde su país de origen (Colombia), pero no es menos cierto que fueron objeto de posterior engaño y lo que a las jóvenes se les prometió no se cumplió una vez introducidas en España. Es posible que dentro de las modalidades comisivas alternativas del artículo 188-1.º pueda afirmarse que la coactividad no fue muy intensa o no fue directa, pero indirecta y medianamente las mujeres sí estaban seriamente condicionadas en su autodeterminación, concurriendo el engaño, el aprovechamiento de la situación de superioridad de la recurrente y consiguiente vulnerabilidad de las víctimas. Si el precepto aplicado lo que trata de proteger es la libertad sexual individual, es obvio que las jóvenes no fueron enteramente libres de ejercer la prostitución. La oferta hecha a las mismas en Colombia, francamente interesante para mujeres necesitadas (hechos probados), se tornó, merced al engaño, en una situación de agobiante constreñimiento». Admite la aplicación del artículo 312.2 inciso 2.º (explotación laboral del extranjero) a la explotación de la prostitución, «El bien jurídico protegido (por el artículo 313.2 inciso 2.º) está constituido por un conjunto de intereses concretos referidos a la indemnidad de la propia relación laboral, mediante la sanción de aquellas conductas de explotación que atenten contra los derechos laborales de los trabajadores, incluyendo a todos aquellos que presten servicios remunerados por cuenta ajena, concepto en el que deben incluirse las mujeres que ejercen la prostitución por cuenta y encargo de otro.» Recuerda que no cabe la continuidad delictiva en el delito de prostitución coactiva «siguiendo la línea jurisprudencial de esta Sala debemos entender cometidos tantos delitos como mujeres coactivamente dedicadas a la prostitución existan.» Y aplica el delito de inmigración clandestina del artículo 313.1, aclarando que la entrada fraudulenta en España debe considerarse clandestina «La razón que aduce la Audiencia para decretar la absolución por tal delito, es que tal actividad migratoria no fue clandestina, al haber entrado las mujeres colombianas por una de las fronteras habilitadas, habiéndose autorizado legalmente tal entrada en concepto de turistas. Mas, la clandestinidad en la inmigración no es aquella que se oculta o se hace a espaldas de la administración (subrepticia), sino que alcanza también a las entradas fraudulentas, aun conocidas por los organismos oficiales.

En nuestro caso se produjo un claro fraude de ley. El recurso a la condición de turistas, sólo constituía una tapadera, patraña o subterfugio que encubría una verdadera inmigración ilegal, ajustada a un plan o diseño inicial.

Ni las mujeres colombianas ocuparon en ningún momento el hotel reservado, ni realizaron el viaje de vuelta previsto, ni se dedicaron a hacer turismo en el país, sino que desde el primer instante, privadas del dinero que poseían, de su pasaporte y demás documentos, se les exigió dedicarse a la prostitución (actividad originariamente aceptada), pero imponiendo severas restricciones y con unos condicionamientos leoninos no anunciados ni esperados por las jóvenes mujeres (engaño).

Aunque hipotéticamente estimáramos que existió un propósito serio de hacer turismo en España (circunstancia que no se acepta), transcurrido el tiempo límite de la autorización sin regresar a su país, la estancia en el nuestro se tornaba ilegal y, por ende, clandestina, al no haberse otorgado a tales personas el derecho de residencia a efectos laborales.»

Como se dijo en la Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales existen pronunciamientos divergentes en la calificación de una misma conducta, especialmente en la relación concursal entre los tipos de los artículos 188.1 y 188.2. Sólo he encontrado una sentencia que aprecia el concurso (medial) entre aquellos delitos. Se trata de la Sentencia Audiencia Provincial Málaga número 19/2002 (Sección 8.ª), de 14 de febrero, JUR 2002/135722, dictada en apelación.

Muchas sentencias, pese a que en los hechos probados se recoge que la explotación de la prostitución llegó efectivamente a ejecutarse, sólo condenan por un delito. La Sentencia Audiencia Provincial Madrid número 94/2002 (Sección 7.ª), de 25 de octubre, ARP 2003/287, condena por un sólo delito de prostitución coactiva del artículo 188.1 y 2 (en concurso ideal con un delito de asociación ilícita). La Sentencia Audiencia Provincial Madrid número 637/2003 (Sección 23.ª), de 29 de julio, ARP 2003/788, por un sólo delito del artículo 188.2 (también en concurso con otro de asociación ilícita). La Sentencia Audiencia Provincial Almería número 139/2002 (Sección 2.ª), de 31 mayo, UR 2002/223503, condena también por un único delito del artículo 188.2. La Sentencia Audiencia Provincial Granada número 140/2003 (Sección 1.ª), de 20 de marzo, JUR 2003/181493, que sólo condena por el delito del artículo 188.2 y que fue confirmada por el Tribunal Supremo, aunque, esta cuestión no se suscitó en el recurso. La Audiencia señalaba « *Por todo se entiende que la actuación de los acusados encaja en el delito relatado, pues aunque la venida a España fuera voluntaria, luego se emplearon medios y modos compulsivos suficientes para mantenerlas en la prostitución, coartando su libertad, en la que permanecieron hasta la actuación policial, con lo que se conjuga el tipo referido* ». Es decir, parece que, en lugar del 188.2, se debía aplicar sólo el artículo 188.1 (pero al no aplicarse el artículo 318 *bis* el desvalor del tráfico de la persona quedaba impune). También aplica únicamente el artículo 188.2, en un supuesto en que la víctima es forzada posteriormente a ejercer la prostitución, la Sentencia Audiencia Provincial Madrid número 181/2003 (Sección 15.ª), de 14 de abril, JUR 2003/204088. Al confirmar esta sentencia, el Tribunal Supremo, como se indicó, da a entender que también se había cometido un delito del artículo 188.1, pero esta cuestión no fue suscitada en el recurso. La Sentencia Audiencia Provincial Madrid número 262/2003 (Sección 4.ª), de 2 de julio, JUR 2003/249028, también condena sólo por delito de prostitución (no precisa si del número 1 o 2) pese a que también había traslado internacional. Quizás la sentencia más confusa sea la de la Audiencia Provincial Asturias número 91/2003 (Sección 8.ª), de 30 de abril, JUR 2003 171358, que parece afirmar que antes de la reforma de la Ley Orgánica 11/1999 la conducta constituiría dos delitos (313.1 y 188.2) y después de la reforma esa misma conducta constituiría un sólo delito del artículo 188.2. En todas estas sentencias el desvalor del injusto relativo al tráfico ilícito de personas no es sancionado.

Otras sentencias sí contemplan ese desvalor del injusto aplicando el artículo 318 *bis* o el artículo 313.1 en concurso de delitos con el de prostitución coactiva. Así, por ejemplo, aprecian concurso real de delitos entre el artículo 318 *bis* y el artículo 188.1 la Sentencia Audiencia Provincial Almería número 385/2001 (Sección 2.ª), de 22 de diciembre, JUR 2002/68991 y la sentencia Audiencia Provincial Málaga número 81/2002 (Sección 3.ª), de 27 mayo, JUR 2002/250859. El concurso de delitos entre el artículo 313.1 y el artículo 188.1 (referido a hechos perpetrados tras la reforma de la Ley Orgánica 11/1999) es apreciado por la Sentencia Audiencia Provincial Guadalajara número 25/2001 (Sección 1.ª), de 9 de abril, ARP 2001/378; por la sentencia Audiencia Provincial Almería número 232/2003 (Sección 3.ª), de 14 de noviembre, JUR 2004/9206; y por la Sentencia Audiencia Provincial Baleares número 28/2002 (Sección 2.ª), de 26 de marzo, JUR 2002/182941.

Quizás ahora, y a la vista de las resoluciones, pueda comprenderse, la afirmación que hice anteriormente relativa a que el artículo 188.2 fue perturbador, en cuanto provocó gran confusión en su aplicación. En un caso para asegurar que el injusto derivado del tráfico de personas con el fin de explotación sexual fuera sancionado, el Fiscal debió calificar un hecho como delito de tráfico sexual del artículo 188.2, subsidiariamente como delito de inmigración clandestina del artículo 313.1 y subsidiariamente como delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros del artículo 318 *bis*. Las cautelas eran necesarias porque algunas sentencias se pro-

nuncian por la heterogeneidad de estos delitos. La condena fue finalmente por delito del artículo 318 *bis* (Sentencia Audiencia Provincial Las Palmas Sección 2.ª, de 9 de enero 2004, JUR 2004/68803)

4.3 La nueva tipificación del tráfico sexual de personas. El artículo 318 *bis* 2 CP

La ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, sobre «Medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros» establece una nueva redacción del artículo 188 del CP, derogando el contenido de su anterior número 2, al tiempo que introduce un nuevo subtipo agravado del delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros en el número 2 del artículo 318 *bis* que establece que «*Si el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas, serán castigados con la pena de cinco a 10 años de prisión.*» Al configurarse el delito de tráfico de personas para su explotación sexual como un subtipo del delito de tráfico ilegal de personas, el Legislador pone fin a los muchos problemas que la aplicación práctica del artículo 188.2 había ocasionado.

Siendo un subtipo del artículo 318 *bis* 1, será aplicable al tráfico sexual todos los requisitos que se han estudiado al analizar el tipo básico de tráfico de personas. A diferencia del artículo 188.2 que para determinadas conductas admitía la posibilidad de que la víctima fuera un español, el sujeto pasivo del artículo 318 *bis* 2 ha de ser necesariamente un extranjero por los motivos que se expusieron al estudiar el tipo básico. Han de ser excluidos también como sujetos pasivos los nacionales de países de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo. Si se lee el relato de hechos probados de las sentencias que aplicaban el artículo 188.2 se verá que las víctimas eran siempre extracomunitarias. Sin embargo, con la reciente ampliación de la Unión Europea, si es posible que sean objeto de estas conductas nacionales comunitarios (por ejemplo, en las sentencias citadas la víctimas eran en ocasiones polacas o lituanas). Ante la imposibilidad de aplicar el artículo 318 *bis* 2 a estos traslados internacionales y tampoco el delito de inmigración clandestina (la inmigración no sería contraria a la legislación de extranjería) creo que, las conductas podrían ser atípicas, a menos que, se considere que pueden constituir un delito de tráfico ilegal de la mano de obra del artículo 312 cuando concurren los requisitos de aquel precepto. Más fácil se presenta la calificación de la conducta castigada por el antiguo artículo 188.2 en la que el sujeto pasivo podía ser español, es decir, la salida del territorio nacional para su explotación sexual. No podrá aplicarse el artículo 318 *bis* 2 pero, sin lugar a dudas, sí el delito contra los derechos de los trabajadores del artículo 313.2 (favorecer la emigración) siempre que la conducta se hubiere efectuado simulando contrato o colocación o con otro engaño semejante. El diferente tratamiento penal cuando la víctima sea comunitaria o extracomunitaria se justifica por la mayor vulnerabilidad de esta última que, habiendo entrado ilegalmente en nuestro país, carece de los mismos derechos que la legislación otorga a aquellos, y puede ser más fácilmente víctima de la explotación.

La conducta será la misma que se estudió respecto al tipo básico, es decir cualquier acto que directa o indirectamente favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España. A diferencia del artículo 188.2, ahora sí es exigible que la entrada o salida del territorio nacional se efectúe contraviniendo la legislación de extranjería. La forma más frecuente de comisión en la práctica cuando se trata de tráfico sexual es, en fraude de ley, recurriendo a la tapadera de que son turistas. Solamente recordar ahora, que el Tribunal Supremo considera estas entradas como ilegales y que por tanto integran el tipo del artículo 318 *bis*. (Así las sentencias número 2205/2002, de 30 de

enero, RJ 2003/2027, y número 1045/2003, de 18 de julio, RJ 2003/5460, que aplican el artículo 313.1 y la Sentencia número 1735/2003, de 26 de diciembre, RJ 2003/9412, que aplica el artículo 318 bis). Aunque la referencia a la permanencia del artículo 188.2 podía llevar a interpretar que se incluía el tráfico de personas para su explotación sexual por el interior del territorio español, con la nueva tipificación, no hay ninguna duda de se ha de producir el traslado internacional de la persona. La conducta consistente en el traslado de un club de alterne a otro, de un explotador a otro de la víctima, lo que en la práctica sucede «vendiendo» a la persona no son constitutivas del delito del artículo 318 bis pero sí pueden ser calificadas como un delito de tráfico ilegal de la mano de obra del artículo 312.1⁽¹⁰²⁾. A diferencia del artículo 188.2 no se exigen ahora modalidades ejecutivas determinadas (violencia, intimidación, engaño...) sino que la utilización de estos medios comisivos (a excepción del abuso de una situación de necesidad) integrarán ahora, como veremos a continuación, subtipos cualificados del tráfico sexual.

Respecto al *tipo subjetivo*, decir que se trata de un delito doloso que requiere como elemento subjetivo el propósito de explotar sexualmente a la víctima, lo que, creo, impide la comisión por dolo eventual. No se requiere que el sujeto activo tenga el propósito de explotar sexualmente por sí mismo a la víctima, sino que, basta la intención de que la víctima sea explotada por él o por un tercero. El concepto de explotación sexual es una interesante cuestión sobre la que habrá de pronunciarse la Jurisprudencia. En principio, al no ubicarse el tipo dentro de los delitos relativos a la prostitución, no hay por qué descartar otras formas de explotación sexual distinta al ejercicio de la prostitución; recordar que la doctrina hacía referencia a la pornografía (contemplada como forma de explotación sexual por la Decisión Marco del Consejo de 19 de julio de 2002, 2002/629/JAI), el tráfico de óvulos o los matrimonios forzados. Fuera de estos casos que en la práctica, no se si suceden con frecuencia, pero no motivan la incoación de procedimientos penales, creo que se puede considerar como forma de explotación sexual el ejercicio del alterne. En la realidad el ejercicio del alterne y el de la prostitución están plenamente vinculados, pero a efectos probatorios, a veces no es así. En muchas ocasiones sólo consta que la víctima ejerce el alterne pero no se puede probar un ejercicio efectivo de la prostitución. Si atendemos a las declaraciones de las personas que han ejercido el alterne, (por ejemplo es frecuente la manifestación de que el hecho de pagar una consumición da derecho al cliente a caricias o tocamientos en partes del cuerpo de las que se infiere claramente el ánimo libidinoso) creo que, no debería ofrecer demasiadas dudas la posibilidad de que el alterne sea considerado una forma de explotación sexual. De este modo sería subsumible la conducta del que favorece la entrada del extranjero con el fin de explotarlo mediante el ejercicio del alterne sin necesidad de que estuviera interesado en que ejerciera aquél la prostitución.

Considero más problemático la interpretación del término explotación. Según el diccionario de la Real Academia, explotar es en su segunda acepción «Sacar utilidad de un negocio o industria en provecho propio.» Pero, en su tercera, significa «Utilizar en provecho propio, por lo general de un modo abusivo, las cualidades o sentimientos de una persona, de un suceso o de una circunstancia cualquiera.» Estimo que, este último significado es el que se debe dar a efectos penales al término explotación, haciendo hincapié en que esa utilización de las cualidades de una persona se haga de forma abusiva. Con otro significado (sacar utilidad del negocio) no alcanzo a comprender el sentido de la reforma, también por la Ley Orgáni-

⁽¹⁰²⁾ Recientemente la Fiscalía de Almería ha formulado un escrito de acusación calificando así esta conducta por lo que próximamente la Audiencia de Almería habrá de pronunciarse sobre esta cuestión

ca 11/2003, del delito relativo a la prostitución del artículo 188.1, que junto a la conducta punible anteriormente (determinar, 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) se ha añadido *«En la misma pena incurrirá el que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma.»* O se restringe el concepto de explotación a utilizar de forma abusiva o se ha regresado al CP de 1973 en la sanción penal de las conductas relativas a la prostitución. ¿No era la libertad sexual el bien jurídicamente protegido? Como expresaba el Tribunal Supremo (Sentencia número 426/1997, de 31 de marzo, RJ 1997/1956) a propósito de la reforma de los delitos relativos a la prostitución por el CP de 1995, la conducta relativa a la regencia de un local en el que se ejercía la prostitución era punible con el CP de 1973, *aun cuando gozaba de un amplio margen de tolerancia hasta el punto de que, como es notorio, estas actividades se anunciaban profusamente en los medios publicitarios. Su persecución selectiva constituía una fuente de inseguridad jurídica, arbitrariedad e incluso corrupción, siendo doctrinalmente criticado el mantenimiento de unos tipos delictivos que se estimaba no respondían a la realidad social, como la propia aceptación de dicha publicidad venía a demostrar. En consecuencia el legislador ha estimado procedente modificar la regulación de los delitos relativos a la prostitución desde la perspectiva de que el bien jurídico que se debe tutelar es la libertad sexual (en sentido amplio, incluida la protección de quienes no tienen plena capacidad de autodeterminación sexual, es decir, menores e incapaces) y por ello las conductas relativas a la prostitución que deben sancionarse criminalmente son únicamente las que afectan a menores e incapaces (art. 187 del Nuevo CP) y las que atentan a la libertad de los mayores a través de la coacción, engaño y abuso de superioridad o de necesidad (art. 188 del Nuevo CP).*

La *consumación* del delito, al igual que el tipo básico, se producirá cuando se ejecute el acto de favorecimiento de la entrada o salida sin necesidad de que la víctima entre o salga efectivamente del territorio nacional. Será muy difícil que se produzca un supuesto de tentativa pero no tiene porqué descartarse *ab initio*.

El delito, lo mismo que el tipo básico, se agrava cuando concurren las cualificaciones de los números 3, (con ánimo de lucro o empleando violencia, intimidación, engaño, o abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, o siendo la víctima menor de edad o incapaz o poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas) 4 (prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público) y 5 (pertenencia a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades) del artículo 318 *bis*, que, se estudiarán en el apartado siguiente. Solamente señalar a este respecto aquí, la posible inherencia del ánimo de lucro con el concepto de explotación sexual. De entenderse así, no debería ser apreciada esta agravación.

La *pena* de la conducta base es de prisión de 5 a 10 años, que concurriendo la cualificación más grave (jefe de una organización) puede alcanzar la pena de 22 años y 6 meses. Creo que, a excepción de algunos delitos de terrorismo y contra la comunidad internacional (genocidio), es el delito que tiene una pena máxima más grave (supera incluso la del asesinato). En algunos casos, el excesivo rigor se puede paliar con la aplicación del número 6 del artículo 318 *bis* que permite reducir la pena un grado teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste.

Con relación a los *problemas concursales*, pese a que, debería entenderse resuelta la cuestión relativa a los supuestos en los que, además del traslado ilegal de la víctima, se la determina coactivamente a ejercer la prostitución, en el sentido de estimar un concurso de delitos entre el artículo 318 *bis* 2 y el artículo 188.1 (sobre la cuestión relativa a si es real o medial existen

pronunciamientos contradictorios), sin embargo, por la doctrina⁽¹⁰³⁾ se propone otra posible solución. Considera, que, tras la reforma, aunque el mayor desvalor del injusto del artículo 318 *bis* 2 queda absorbido por el artículo 188.1, podría apreciarse un concurso medial de delitos entre el tipo básico del delito de tráfico de personas (art. 318 *bis* 1) y el delito de explotación sexual (art. 188.1). No puedo compartir esta tesis, si antes se ha defendido la existencia de un concurso de delitos entre el artículo 188,2 (que también requería el propósito de explotación sexual) y el artículo 188.1 era porque se consideraba que no quedaba absorbido el desvalor del primer delito por el segundo. Por otro lado, de admitir esta interpretación se llegarían a consecuencias punitivas absurdas castigando con más pena la conducta menos grave. Así, si no se ejecuta la posterior explotación, sexual se aplicaría el artículo 318 *bis* 2 castigando el hecho con pena de 5 a 10 años de prisión. Pero, si el mismo sujeto obliga a la víctima a prostituirse, apreciando el concurso medial entre el artículo 318 *bis* 1 y el artículo 188.1, se penaría esta conducta, sin lugar a dudas más grave, con la pena de 6 a 8 años de prisión (pena del delito más grave en su mitad superior, artículo 77 CP), que, aun cuando el mínimo es superior a la del artículo 318 *bis*, el máximo es muy inferior. Es decir podría, que no sólo no desincentivara la comisión de un delito (art. 188.1) para quien ya ha cometido el del artículo 318 *bis* 2, sino que, al autor del artículo 318 *bis* 2 fuera impelido a cometer el delito del artículo 188.1 para que se le castigue con menor pena⁽¹⁰⁴⁾. Por ello creo que, en este supuesto, el concurso de delitos es entre el tipo cualificado del artículo 318 *bis* 2 y el delito del artículo 188.1.

En la práctica, es frecuente, que, junto al delito del artículo 318 *bis* 2, se cometan otros como detención ilegal y agresiones sexuales, pero no plantean especiales problemas concursales, puesto que, originarán concursos reales con el delito del artículo 318 *bis* 2.

5. OTROS TIPOS AGRAVADOS

5.1 Cualificación por el ánimo lucrativo, por los medios empleados, por la puesta en peligro o por la menor edad o incapacidad de la víctima (art. 318 *bis* 3 CP)

Conforme al artículo 318 *bis* 3, *los que realicen las conductas descritas en cualquiera de los dos apartados anteriores con ánimo de lucro o empleando violencia, intimidación, engaño, o abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, o siendo la víctima menor de edad o incapaz o poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas, serán castigados con las penas en su mitad superior.* Es decir, la pena será de 6 a 8 años en el supuesto de tráfico de personas en general y de 7 años y 6 meses a 10 años para el tráfico de personas con el fin de su explotación sexual.

5.1.1 CUALIFICACIÓN POR EL ÁNIMO DE LUCRO DEL SUJETO ACTIVO

Cuando el fin que se persigue con el tráfico ilícito de personas es el ánimo de lucro se aplicará el subtipo agravado. Para algunos autores⁽¹⁰⁵⁾, y considerando el principio de intervención mínima, el ánimo de lucro debería ser un elemento configurador del delito de tráfico

⁽¹⁰³⁾ PÉREZ CEPEDA, *op. cit.*

⁽¹⁰⁴⁾ Un ejemplo en el que la consecuencia punitiva se revela aún más absurda. Supongamos que concurre un agravante, por ejemplo la reincidencia, si el sujeto que ha perpetrado solamente la conducta del artículo 318 *bis* 2 no obliga a la víctima a prostituirse, la pena será de prisión de 7 años y 6 meses a 10 años. Pero, si ese mismo sujeto, la explota sexualmente (aplicando un concurso medial entre el artículo 318 *bis* 1 y el artículo 188.1) la pena sería de prisión de 7 a 8 años.

⁽¹⁰⁵⁾ PÉREZ CEPEDA, A.I. *op. cit.*; PALOMO DEL ARCO, A. *op. cit.*; GARCÍA ALVAREZ, P., y DEL CARPIO DELGADO, J. *op. cit.*

de personas o entenderse implícito en las conductas tipificadas, y esta agravación no estaría justificada. Entiendo, sin embargo, que la inclusión de esta cualificación es acertada. De un lado pone de relieve que el concepto de tráfico del artículo 318 *bis* no se identifica con el de comerciar sino con el de traslado como vimos al estudiar la conducta típica, y de otro, si el legislador hubiera incluido el ánimo de lucro como un elemento más del típico básico se producirían efectos contraproducentes en la persecución de estas conductas atendiendo a la dificultad probatoria de aquel elemento subjetivo. Basta una lectura de las sentencias de las Audiencias Provinciales para comprobar que la aplicación del subtipo agravado no se produce con carácter general sino más bien excepcional. Mas dudoso es su aplicación al tipo agravado del número 2 del artículo 318 *bis*, ya que, el ánimo de lucro parece inherente al la finalidad de explotación sexual y es difícil imaginar una conducta que tenga esta última finalidad sin incluir la finalidad lucrativa, y quizás por este motivo, el antiguo artículo 188.2 CP que castigaba estas conductas no incluía el ánimo de lucro entre los elementos que podrían dar lugar a la conducta típica. No obstante, el artículo 318 *bis* 3 establece que esta agravación se aplicará a quienes realicen las conductas descritas en cualquiera de los dos apartados anteriores.

El fundamento de esta agravación consiste en la mayor reprochabilidad de la conducta de quien comete el delito por intereses económicos. El concepto de ánimo de lucro elaborado por el Tribunal Supremo respecto a los delitos patrimoniales, como cualquier utilidad, ventaja o beneficio que pudiera reportarle la participación en el hecho no es aplicable para la cualificación del artículo 318 *bis*. Como señala Rodríguez Mesa⁽¹⁰⁶⁾, una interpretación tan amplia no puede hacerse extensiva en su totalidad a este supuesto, sino que, el ánimo de lucro ha de ser equiparado exclusivamente al beneficio o utilidad material que consigue o espera conseguir el autor con la realización de la conducta típica⁽¹⁰⁷⁾. Este concepto de ánimo de lucro vinculado a la finalidad de obtener un beneficio económico es el utilizado por la Jurisprudencia como veremos a continuación.

La cualificación por el ánimo de lucro será aplicable, como señala Rodríguez Mesa⁽¹⁰⁸⁾, cuando el beneficio material que pretenda obtener el autor provenga directamente del hecho del desplazamiento en sí pero también en aquellos supuestos en los que el sujeto activo, con afán lucrativo y dentro de un plan preorganizado, tenga como función la de facilitar la permanencia ilegal del ciudadano extranjero en el país de recepción o de tránsito. No lo entiende así Pérez Cepeda⁽¹⁰⁹⁾ para quien no será aplicable en aquellos supuestos en que dicho desplazamiento haya finalizado, por lo que se considerarían atípicas, a pesar de que exista un concierto previo, aquellas conductas que facilitan con ánimo de lucro, por ejemplo, el alojamiento, la permanencia de un ciudadano extranjero de forma irregular en este país. Esta última tesis no puede ser asumida, si existe un concierto previo, la conducta de proporcionar ese alojamiento no puede ser considerada nunca atípica, puesto que, favorece el desplazamiento y, por tanto, el tráfico ilegal. Si además se proporciona ese alojamiento, siempre que exista esa connivencia previa, con ánimo de lucro se aplicará la agravación. El Tribunal Supremo (Sentencia número 1735/2003, de 26 de diciembre, RJ 2003/9412) no duda en aplicar el subtipo agravado a estas conductas consistentes en facilitar el traslado de extranjeros ofreciendo hospedaje antes del desplazamiento con finalidad lucrativa.

⁽¹⁰⁶⁾ RODRÍGUEZ MESA, *op. cit.*

⁽¹⁰⁷⁾ RODRÍGUEZ MESA, M. J., *op. cit.* y considera que habría sido más acertado por parte del legislador prever, en vez del ánimo de lucro, la circunstancia consistente en realizar los hechos mediante precio, recompensa o promesa.

⁽¹⁰⁸⁾ RODRÍGUEZ MESA, M. J., *op. cit.*

⁽¹⁰⁹⁾ PÉREZ CEPEDA, A.I. *op. cit.*

El ánimo de lucro se identifica en la Jurisprudencia con la finalidad de obtener un beneficio económico. Así, por ejemplo, señala la Sentencia Tribunal Supremo número 1447/2003, de 30 de octubre, RJ 2003/7648 que *«No cabe duda que las cifras que se mencionan como entregadas por los que, acuciados por su necesidad y el deseo de mejorar de vida, utilizaron la organización de la que formaban parte los acusados eran importantes, especialmente para los que la abonaban y ello evidenciaba una explotación y evidente ánimo de lucro en los que las recibían»* El Auto Tribunal Supremo número 1532/2002, de 4 de julio, RJ 2002 7171 indica que *«Asimismo, reconoce que la patera la pagaron entre todos, él incluido, lo que no excluye de modo alguno su ánimo de lucro, como patrón de la misma, aunque el acusado no sufragase los gastos de la embarcación y la travesía por sí solo.»*

La identificación del ánimo de lucro con la obtención de beneficios económicos con la realización de la conducta típica se contempla expresamente en las sentencias de las Audiencias Provinciales, así por ejemplo en la Sentencia Audiencia Provincial Las Palmas número 48/2004 (Sección 2.^a), de 22 de marzo. Aunque, también considera esta Audiencia que el beneficio económico puede consistir en viajar de forma gratuita ayudando a patronear la patera sin tener que pagar importantes cantidades como el resto de inmigrantes (Sentencia Audiencia Provincial Las Palmas número 238/2003 Sección 2.^a, de 21 de noviembre, JUR 2004/27937). Es discutible la argumentación de la Sentencia Audiencia Provincial Cádiz (Sección 3.^a), de 19 de febrero 2003, JUR 2003/129045 para excluir el ánimo de lucro en la conducta de un taxista que se desplaza de Madrid a Cádiz para recoger a un extranjero que acababa de desembarcar y del que *recibe la cantidad de 39.000 pesetas y 2000 dirhams (toda la que portaba)*, es decir unas 69.000 pesetas, porque *no cabe hablar de ánimo de lucro cuando la cantidad de dinero entregada no llega siquiera a cubrir los gastos por desplazamiento del taxi de Madrid a Barbate.*

El ánimo de lucro ha de ser probado. Para ello se recurre frecuentemente a las declaraciones de los extranjeros víctimas del delito. Es frecuente que el inmigrante tienda a exculpar en sus declaraciones al autor del tráfico ilegal, pero esto no significa que no pueda acreditarse la finalidad lucrativa mediante otros indicios como efectúa la Sentencia Audiencia Provincial Cádiz número 304/2003 (Sección 7.^a Algeciras), de 31 de octubre, JUR 2004/7638, que tras la declaración de los inmigrantes de no haber efectuado pago alguno, considera como indicios suficientes del ánimo de lucro, la intervención al acusado de una importante cantidad de dinero y que su vehículo tuviera previamente instalado un doble fondo.

La Sentencia Audiencia Provincial Cádiz número 12/2003 (Sección 6.^a Ceuta), de 7 de mayo, JUR 2003/188757, infiere el ánimo de lucro de las circunstancias concurrentes, estimando que, no existiendo relación de conocimiento, amistad o parentesco entre inmigrantes y autor debe inferirse el ánimo de lucro. Sin embargo, en este punto en concreto, la sentencia fue revocada por la sentencia del Tribunal Supremo número 610/2004, de 4 de mayo que considera que no había existido actividad probatoria del ánimo de lucro y que atendidas las circunstancias del caso (el acusado viajaba con su familia) es posible que la motivación del acusado fuera de carácter personal y ajena al lucro.

5.1.2 CUALIFICACIÓN POR LOS MEDIOS EMPLEADOS (VIOLENCIA, INTIMIDACIÓN, ENGAÑO, ABUSO DE SITUACIÓN DE SUPERIORIDAD O VULNERABILIDAD DE LA VÍCTIMA)

La reforma de la Ley Orgánica 11/2003 suprime la agravación consistente en el abuso de una situación de necesidad de la víctima e incluye las consistentes en abuso de una situación

de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima. La reforma es acertada porque el abuso de la situación de necesidad parece implícito en la mayoría de estas conductas, pues es precisamente la situación de necesidad lo que obliga al extranjero a emigrar.

Por violencia ha de entenderse la vis física y la intimidación ha sido definida jurisprudencialmente⁽¹¹⁰⁾ como constreñimiento psicológico, amenaza de palabra u obra de causar un daño injusto que infunda miedo en el sujeto pasivo. La violencia y la intimidación pueden ser ejercidas sobre el sujeto pasivo pero también sobre un tercero. Como indica Rodríguez Mesa⁽¹¹¹⁾ entrarían dentro del tipo cualificado los supuestos en los que la violencia se ejerce sobre los familiares del inmigrante que han quedado en su país de origen con la finalidad de que satisfaga la deuda contraída. La violencia y la intimidación, indica Conde-Pumpido Tourón⁽¹¹²⁾, no tiene que dirigirse a forzar la voluntad del extranjero para inmigrar pues en tal caso estaríamos ante un secuestro, sino simplemente ser utilizadas en el curso del desplazamiento, o incluso con posterioridad para asegurar el pago⁽¹¹³⁾.

El engaño ha de ser suficiente y eficaz para viciar el consentimiento de la víctima respecto al desplazamiento. El engaño puede ir referido tanto al hecho mismo del desplazamiento como a las condiciones que el sujeto se va a encontrar en el país de destino⁽¹¹⁴⁾. El Tribunal Supremo, aplicando el antiguo artículo 188.2, doctrina que considero puede extenderse al tipo del artículo 318 *bis*, considera que existe engaño cuando se encubre el propósito de explotación sexual asegurando a la víctima que en España trabajaría, por ejemplo, como cocinera (Sentencia del Tribunal Supremo número 1755/2003, de 19 de diciembre, RJ 2003/9316).

La agravación por el abuso de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima se justifica en la inferioridad e indefensión en que se encuentra la víctima, y como señalaba Serrano-Piedecasas⁽¹¹⁵⁾ respecto a la antigua cualificación de abuso de una situación de necesidad, es suficiente que el autor conozca tal situación y se prevalga de esa desigualdad. Las sentencias de la Audiencia Provincial Las Palmas (Sección 1.ª) número 105/2004, de 10 de junio, JUR 2004/204197, y número 102/2004, de 10 de junio, JUR 2004/204246, aprecian la agravación de abuso de situación de vulnerabilidad, quizás de forma demasiado genérica, porque «*el tráfico ilegal de personas se realiza abusando de la vulnerabilidad de las víctimas, pues se trata de personas que tratan por todos los medios de salir de sus países de origen ante la situación angustiosa en la que viven, sin medios para subsistir, como es sobradamente conocido.*» Parece confundir esta agravación con la antigua de abuso de una situación de necesidad.

5.1.3 CUALIFICACIÓN POR LA PUESTA EN PELIGRO DE LA VIDA, SALUD E INTEGRIDAD DE LAS PERSONAS

El fundamento de la agravación es el mayor desvalor de la conducta que pone en peligro bienes jurídicos esenciales como son la vida, la salud y la integridad de las personas. La expe-

⁽¹¹⁰⁾ Así por ejemplo en la Sentencia del Tribunal Supremo número 439/2004 (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), de 25 marzo.

⁽¹¹¹⁾ RODRÍGUEZ MESA, M. J., *op. cit.*

⁽¹¹²⁾ CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. *op. cit.*

⁽¹¹³⁾ En el mismo sentido RODRÍGUEZ MESA, M. J., *op. cit.* De una opinión diferente es PÉREZ CEPEDA, *op. cit.* quien considera que la violencia o la intimidación debe ser el medio empleado para realizar el acto de tráfico, por lo que esos medios deben emplearse antes o durante el periodo de tiempo que se ha producido el desplazamiento pero no cuando se ejercen después de que la víctima se encuentre en el país de destino, en cuyo caso habría que acudir al concurso de delitos.

⁽¹¹⁴⁾ En este sentido RODRÍGUEZ MESA. Sin embargo, PÉREZ CEPEDA *op. cit.* entiende que el engaño debe coheretarse directamente con el bien jurídico protegido, que en este caso se refiere a las condiciones del desplazamiento, a los medios de transporte, o bien a las condiciones sobre su estatus o derechos en el país de destino.

⁽¹¹⁵⁾ SERRANO-PIEDECASAS, J. R. *op. cit.*

riencia pone de manifiesto como, frecuentemente, en los traslados de inmigrantes, no sólo existe este peligro, sino que, el mismo se concreta en numerosas ocasiones en la muerte de las víctimas de este infame tráfico de personas. Se trata de un subtipo de peligro concreto que exige una efectiva puesta en peligro de la vida, salud e integridad de alguna persona, por lo que habrá de atenderse a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto. Ahora bien, por lo que respecta a los traslados en pateras desde la costa norteafricana a la española, como veremos al estudiar la jurisprudencia, prácticamente en todos los casos se concretará esa situación de peligro.

Como señala Rodríguez Mesa⁽¹¹⁶⁾ la falta de pronunciamiento del legislador sobre la gravedad que haya de revestir el peligro típico no impide restringir el tipo cualificado a los supuestos en los que el riesgo para la salud o integridad de la víctima lo sea de menoscabo grave. Martínez-Buján⁽¹¹⁷⁾ y Serrano-Piedecasas⁽¹¹⁸⁾ entienden que el peligro concreto de menoscabo a la salud o la integridad física implica que la lesión habrá de ser cuanto menos, constitutiva de un delito de lesiones del artículo 147.1 CP, quedando excluidos la falta de lesiones o las que integren el tipo privilegiado del artículo 147.2⁽¹¹⁹⁾.

Si el peligro concreto se materializa en un resultado lesivo para la vida, salud o integridad de las personas habrá que acudir a las normas del concurso de delitos, ya que estaríamos ante varios delitos que lesionan bienes jurídicos diferentes. Por un lado, el de tráfico de personas y, de otro, el delito de homicidio o lesiones dolosas o imprudentes. Aunque en muchos casos el resultado lesivo será imputable a título de imprudencia, no hay que descartar que en otros concorra dolo eventual respecto de aquel resultado. En cuanto a la aplicación de este tipo cualificado hay que distinguir dos situaciones: aquella en la que únicamente se pone en peligro la vida o integridad de la persona que finalmente fue lesionada y aquella en la que además se pone en peligro la vida o integridad de otras personas. En el primer caso habría un concurso de delitos entre el delito de homicidio o lesiones y el tipo básico del artículo 318 *bis* (o de alguno de sus subtipos agravados en el caso de concurrir otra cualificación, por ejemplo ánimo de lucro) pero no se podrá apreciar la cualificación de peligro para la vida, salud o integridad porque en este caso el resultado absorbe el peligro previo. En el supuesto de que se hubiese puesto en peligro a otras personas sí se podrá apreciar el tipo cualificado, puesto que el resultado lesivo no absorberá la situación de peligro generada para los demás y habría un concurso de delitos entre los resultados lesivos y el tipo cualificado del artículo 318 *bis*.

Habría un concurso de delitos entre los resultados lesivos y el delito de tráfico de personas, pero ¿qué tipo de concurso de delitos? La mayoría de la doctrina lo considera ideal⁽¹²⁰⁾. No obstante pese a ser un opinión doctrinal minoritaria⁽¹²¹⁾, creo que es más correcto considerar que existe un concurso real de delitos entre el resultado lesivo y el artículo 318 *bis* y este es el criterio que ha seguido la Jurisprudencia. Sí hay varios resultados lesivos la cuestión es aún

(116) RODRÍGUEZ MESA, M. J., *op. cit.*

(117) MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «Derecho Penal económico», Tirant lo blanch.

(118) SERRANO-PIEDECASAS, J. R. *op. cit.* que cita al anterior.

(119) Compartiendo esta opinión doctrinal, en cuanto también considero necesaria la restricción del subtipo agravado a los supuestos en los que la salud o integridad puedan verse afectados de forma grave, en la práctica y en los supuestos en los que el resultado lesivo no se produce, ya es difícil determinar que si el peligro se hubiera materializado produciría una falta o un delito de lesiones, como para distinguir si se hubiera materializado en las lesiones del artículo 147.1 o las del artículo 147.2.

(120) SERRANO-PIEDECASAS, J. R. *op. cit.*; LEÓN VILLALBA, *op. cit.*; PALOMO DEL ARCO, *op. cit.*; GARCÍA ESPAÑA y RODRÍGUEZ CANDELA, *op. cit.*; GARCÍA ALVAREZ y CARPIO DELGADO, *op. cit.*

(121) PÉREZ CEPEDA, *op. cit.* considera que se trataría de un concurso real de delitos.

más dudosa, ya que, es posible sostener, especialmente en los supuestos dolosos, que los distintos homicidios constituyen un concurso real. No obstante, en los supuestos de homicidios imprudentes parece acertada la solución aportada por la sentencia de la Audiencia Provincial Cádiz número 8/2000 (Sección 6.ª Ceuta), de 1 de febrero, ARP 2000/50, que en un supuesto de naufragio de una patera en la que fallecieron tres inmigrantes, consideró que existían tres delitos de homicidio por imprudencia en concurso ideal y un delito contra los derechos de los trabajadores del artículo 313.1 del CP (en la fecha de los hechos aún no había sido tipificado el delito del artículo 318 bis) y aunque no se pronuncia expresamente, en atención a las penas impuestas, no hay duda de que aplicó las normas del concurso real a la relación entre el delito del artículo 313 y los tres homicidios imprudentes. Esta sentencia fue confirmada por la Sentencia Tribunal Supremo número 1330/2002, de 16 de julio, RJ 2002/7668, que respecto al concurso de delitos entre los homicidios imprudentes y el delito del artículo 313 del CP señala que « Aunque es cierto que el bien jurídico protegido en los delitos comprendidos en el Título XV del CP es múltiple, y que al efecto existen notables discrepancias en nuestra doctrina científica, no puede sostenerse que cuando se produzca la muerte de ciudadanos extranjeros como consecuencia de la inmigración clandestina y a causa de las deficiencias de la embarcación, no se produzca un concurso delictivo entre la acción dolosa de promover el viaje y la acción imprudente de ocasionar la muerte de los trasladados en condiciones de tan alta inseguridad y probabilidad de naufragio, ya que entonces tales conductas pueden perfectamente ser calificadas por ambos tipos delictivos, porque los bienes jurídicos son también diversos, de manera muy patente. » Y aunque tampoco menciona de forma expresa que el concurso de delitos es real no hay duda de que aplica las normas de éste.

La Sentencia Audiencia Provincial Las Palmas número 2/2004 (Sección 2.ª), de 9 de enero, JUR 2004/68826, estima un concurso real entre el delito del artículo 318 bis y nueve delitos de homicidio imprudente en concurso ideal. En el mismo sentido, la Sentencia Audiencia Provincial Las Palmas número 238/2003 (Sección 2.ª), de 21 de noviembre, JUR 2004/27937, aplica las reglas del concurso real entre el delito del tráfico ilegal de personas y un delito de homicidio por imprudencia ⁽¹²²⁾.

La Jurisprudencia se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre esta cualificación por el riesgo para la vida, salud o integridad de las personas, especialmente en los viajes en pateras desde las costas norteafricanas a las españolas, desprendiéndose que, dadas las circunstancias en las que se produce la navegación en casi todos los casos (embarcaciones pequeñas y sobrecargadas, ausencia de chalecos salvavidas para todos los pasajeros, ausencia de luces y ayudas a la navegación...) no hay duda de que se concreta la situación de peligro. Como señala la Sentencia Tribunal Supremo número 1248/2002, de 28 de junio, RJ 2002/7221, « La determinación de la concurrencia en los hechos enjuiciados del peligro que contempla el artículo 318 bis 3.º CP debe ser obtenida por el Tribunal mediante un juicio de inferencia deducido del análisis de los datos y circunstancias fácticas que figuren en el relato histórico, toda vez que, en puridad, tal peligro no es en sí mismo una realidad material directamente perceptible por los sentidos, sino, en su caso, el resultado de un proceso intelectual valorativo de las circunstancias objetivas y físicamente constatables que rodean la situación objeto de análisis... Estas pruebas acreditan cumplidamente los elementos fácticos que recoge la declaración de Hechos Probados, tales como las características de la embarcación, el número de personas transpor-

⁽¹²²⁾ También sigue este criterio la Sentencia Audiencia Provincial Almería número 68/2002 (Sección 3.ª), de 18 marzo, JUR 2002/119136, dictada de conformidad, que aprecia un concurso real entre un delito del artículo 318 bis, 1, 2 y 3 (se aprecia la cualificación de peligro para la vida porque en la embarcación viajaban otras personas que consiguieron salvarse) y cuatro delitos de homicidio por imprudencia en concurso ideal del artículo 77 CP.

tadas, en una travesía por alta mar en pleno Océano Atlántico desde el litoral de Marruecos a las islas orientales canarias cuya singladura «suele durar dos días». Por otra parte, no cabe aceptar como irracional o absurdo el juicio de inferencia de la peligrosidad para la vida e integridad física de las personas que transportaba una embarcación tan precaria, carente de los mínimos elementos de seguridad y de ayudas a la navegación y, por ello, sumamente vulnerable en un medio de suyo hostil y sumamente arriesgado en las condiciones en que se efectuó la travesía. Si a estas consideraciones se añade la realidad que nos ofrece la experiencia, que demuestra empíricamente los numerosos episodios de personas fallecidas en situaciones idénticas al supuesto de hecho enjuiciado, lo que pone de manifiesto de modo patente la certeza del grave peligro que aprecia el juzgador de instancia, habrá de concluirse que el pronunciamiento inferido por el Tribunal sentenciador se ajusta plenamente a los cánones de la racionalidad, de la lógica, de la experiencia y del recto criterio humano.» También en este sentido la Sentencia Tribunal Supremo número 1312/2002, de 8 de julio, RJ 2002/5973, dice que «el transporte se hizo en una pequeña embarcación –patera–, de unos seis metros de eslora (folio 3), en la que viajaron no menos de diecisiete personas (folio citado), saliendo de las costas africanas a las 5 horas de un día 5 de noviembre. De tales datos deriva el grave riesgo que para la salud e integridad de los ocupantes de la patera, incluso para su vida, suponía un viaje de larga duración realizado en tan peligrosas condiciones; lo que no constituye una mera presunción, sino una realidad de notoria y frecuente confirmación»⁽¹²³⁾.

En la Jurisprudencia de las Audiencias también se aplica la cualificación en todos estos casos de transporte en pateras (aunque teóricamente cabe imaginar un supuesto concreto de viaje en una de estas embarcaciones en el que se adopten todas la medidas de seguridad necesarias para soslayar el riesgo para la vida que se pudiera concretar al iniciarse la travesía, la realidad pone de manifiesto que este supuesto no es más que una utopía) Como indica la Sentencia Audiencia Provincial Las Palmas número 48/2004 (Sección 2.ª), de 22 de marzo, «es notorio que el viaje del Continente africano a Lanzarote se efectuaba en una embarcación y condiciones de ocupación, vestimenta, ausencia de medidas de seguridad etc., que incrementaba el riesgo de la travesía hasta convertirla en un reto de supervivencia, con final frecuentemente trágico.» o como expresa la Sentencia Audiencia Provincial Las Palmas número 181/2002 (Sección 2.ª), de 23 de julio, JUR 2002/262038, «por mucho esfuerzo que se realice y muy buena voluntad que se ponga, pretender convencer que no existe riesgo para la vida el trasladar a personas en pateras en condiciones como las que en estos casos, de conocimiento general, se realiza, suena a sarcasmo.»⁽¹²⁴⁾.

⁽¹²³⁾ También analiza el peligro inuito a la travesía en patera el Auto Tribunal Supremo número 1532/2002 (Sala de lo Penal), de 4 julio, RJ 2002/7171, que indica «el acometer una travesía marítima desde las costas africanas hasta las españolas, en ese tipo de embarcaciones, con dieciséis personas a bordo y en las condiciones en las que se efectuaba, supone un alto riesgo para la salud e integridad física de los pasajeros, a cambio de obtener sustanciosos beneficios aprovechando la situación de necesidad y miseria de los mismos, con vulneración de las normas más elementales que regulan el transporte marítimo de personas, y en una situación de absoluta clandestinidad, para así obtener la máxima rentabilidad posible, aún a riesgo de poner en peligro un importante número de vidas humanas.»

⁽¹²⁴⁾ Entre otras sentencias de Audiencias Provinciales, aprecian la cualificación de peligro para la vida, salud o integridad de las personas, la Sentencia Audiencia Provincial Cádiz número 47/2001 (Sección 7.ª Algeciras), de 5 marzo, JUR 2001/160753; Sentencia Audiencia Provincial Cádiz número 51/2002 (Sección 7.ª Algeciras), de 22 abril, JUR 2002/167131; Sentencia Audiencia Provincial Las Palmas número 102/2001 (Sección 2.ª), de 6 julio, JUR 2001/279600, señalando esta última «No cabe duda que transportar desde la costa africana a personas en embarcaciones tan endeble y de escasa envergadura como lo son las denominadas «pateras» («barca de poco calado», según el «Diccionario de uso del español», de María Moliner, 2.ª edición, denominación referida particularmente a «la utilizada por los inmigrantes magrebies para cruzar el estrecho de Gibraltar y entrar ilegalmente en España», según el mismo diccionario; y «barca» es «embarcación pequeña para pescar o navegar cerca de la costa», equivalente a «bote» o «lancha»). Luego, la puesta en peligro de la vida y de la integridad de los pasajeros resulta evidente, circunstancia corroborada desgraciadamente por los hechos reales, de conocimiento general, de inmigrantes ahogados o que llegan extenuados a las costas, cuando viajan en tales «pateras».

Los traslados en patera no son los únicos casos en los que se pone en peligro la vida, salud o integridad de los inmigrantes, sino que existen otros muchos supuestos en los que será necesario apreciar esta cualificación. La Sentencia Tribunal Supremo número 610/2004, de 4 de mayo, contempla un caso en el puerto de Ceuta uno de los inmigrantes fue encontrado en el interior de una furgoneta debajo de varias maletas, mantas y otros bultos y dentro de un bolso de viaje con la cremallera abierta, inmóvil sudando y con síntomas de desorientación y asfixia. El alto Tribunal señala *«Argumenta el recurrente que en el hecho probado no se describe una situación de puesta en peligro de la vida o integridad física de las personas, mas es lo cierto que en él se afirma que Carlos Francisco fue encontrado con síntomas de desorientación y asfixia. Siendo de notar que en el juicio oral, mientras el miembro de la Guardia Civil número 001 dijo con referencia a las dos primeras personas localizadas que «salieron andando y sin ningún problema de salud aparente; el Guardia Civil número 000 manifestó respecto al tercero, que tenía encima maletas con un peso de 30 a 50 kilos, que no dió señales de vida hasta que lo zarandearon, que no llevaba bien el equilibrio y que estaba desorientado y mareado. Lo que indica que efectivamente, fue puesta en peligro la salud de Carlos Francisco y, en definitiva, que el artículo 318 bis 3 (LO 4/2000) ha sido correctamente aplicado.»* Un supuesto similar es contemplado por el Auto Tribunal Supremo, de 3 de julio 2003, JUR 2003/173446.

Estos últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo se refieren a un modo de comisión del delito de tráfico de personas que se detecta frecuentemente en las ciudades de Ceuta y Melilla, menos conocido que el transporte en pateras pero que en ocasiones tiene consecuencias igualmente dramáticas. Se trata del transporte de emigrantes en dobles fondos o habitáculos de vehículos de tan reducidas dimensiones y tan ocultos que frecuentemente existe un grave riesgo de asfixia, porque, carecen de ventilación y los extranjeros son rescatados empapados en sudor, con síntomas de deshidratación y con los miembros entumecidos. No hay duda que en estos casos existe riesgo para la vida, salud o integridad de los emigrantes y la cualificación es apreciada por las Audiencias. En este sentido la Sentencia Audiencia Provincial Cádiz número 103/2000 (Sección 6.ª Ceuta), de 20 de octubre, JUR 2001/163835, (el emigrante se encontraba dentro de un colchón, al que se había recortado parte de la espuma, dejando un hueco con forma de figura humana donde iba el inmigrante, oculto bajo la funda del colchón, encima del cual se transportaba otro colchón y dos camastros a los lados, todo ello amarrado fuertemente por cuerdas de plástico de unos 8 mm de grosor) la Sentencia Audiencia Provincial Cádiz número 108/2002 (Sección 7.ª Algeciras), de 10 de septiembre, JUR 2002/280539, (el inmigrante se encontraba en el maletero del vehículo en el hueco de la rueda de repuesto, y tapado con varios bolsos) la Sentencia Audiencia Provincial Cádiz número 83/2001 (Sección 6.ª Ceuta), de 9 de octubre, JUR 2002/34012 (el extranjero viajaba en un hueco habilitado a tal efecto entre el motor y el radiador) la Sentencia Audiencia Provincial Cádiz número 101/2001 (Sección 6.ª Ceuta), de 27 de noviembre, JUR 2002/55160 (los emigrantes se encontraban dentro de maletas, envueltas en plásticos y amarradas sobre la baca del vehículo con simples tiras elásticas) la Sentencia Audiencia Provincial Cádiz número 62/2002 (Sección 6.ª Ceuta), de 29 de julio, JUR 2003/70008 (en el interior de una maleta cerrada con cremallera y rodeada de enseres personales) la Sentencia Audiencia Provincial Cádiz número 304 2003 (Sección 7.ª Algeciras), de 31 de octubre, JUR 2004/7638 (en el interior de una estructura metálica que llevaba como baca tapados con mantas en sus lados, cerrada con plástico y material de embalaje y cubierta con una lona). En todos estos casos, las Audiencias para estimar acreditado la existencia del concreto peligro para la vida contemplan que los habitáculos carecían de aire suficiente para respirar o atienden a los síntomas que presentaban los emigrantes al ser descubiertos (sudoración, deshidratación, entumecimiento etc...) Así, la Sentencia Audiencia Provincial Málaga número 56/2002 (Sección 7.ª Melilla),

de 23 de septiembre, ARP 2002/773, rechaza la cualificación en un supuesto similar a los anteriores pero en el que el aspecto que presentaban los emigrantes era normal y se habían practicado aberturas para la ventilación.

Finalmente una conducta enjuiciada con frecuencia por la Sección de Ceuta y a la que aplica la agravación de riesgo para la vida es la conocida como motores humanos. Sujetos que provistos de traje de neopreno y aletas remolcan al inmigrante, generalmente subsahariano quien suele llevar un flotador, desde la costa marroquí a la de Ceuta. El fundamento de la apreciación de la agravación lo podemos encontrar en la sentencia del Audiencia Provincial Cádiz número 117/2004 (Sección 6.ª Ceuta), de 13 de mayo, JUR 2004/199422.

5.1.4 CUALIFICACIÓN POR SER LA VÍCTIMA MENOR DE EDAD O INCAPAZ

La agravación se fundamenta en la especial vulnerabilidad de la víctima cuando esta es menor de edad o incapaz. En su redacción originaria el artículo 318 *bis* no incluía a los incapaces junto a los menores como sí ocurría en otros preceptos del Código penal que agravan las penas del tipo en atención a la mayor vulnerabilidad de estas víctimas. Esta omisión había sido criticada por la doctrina⁽¹²⁵⁾ por su injustificación y ha sido subsanada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre.

Es menor de edad toda persona que no haya cumplido los 18 años de edad (art. 12 de la Constitución, 315 del Código Civil, artículo 1 de la Ley Orgánica 5/2000). No creo que, deba aplicarse el artículo 9.1 del Código Civil que establece que la mayor edad se rige por la ley nacional del sujeto⁽¹²⁶⁾ ni tampoco el artículo 1 de la Ley de Protección Jurídica del menor, que, al igual que el artículo 1 de la Convención de Naciones Unidas sobre derechos del Niño, establece como excepción a la consideración de menor de edad al que no ha cumplido los 18 años, pero haya alcanzado antes la mayoría de edad en virtud de la ley que le sea aplicable⁽¹²⁷⁾. Incapaz será, conforme a la definición legal del artículo 25 del CP, toda persona, haya sido o no declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma.

El dolo ha de abarcar el conocimiento de la condición de menor de 18 años o la incapacidad de la víctima. Cuando el menor tenga una edad muy alejada de la mayoría de edad no existirán excesivos problemas para la prueba de este conocimiento⁽¹²⁸⁾ pero cuando tenga una edad próxima a los 18 años se habrá de acreditar, no sólo que el autor tenía conocimiento de la menor de edad, sino también que, efectivamente la víctima es realmente menor. Para ello será conveniente aportar al procedimiento penal testimonio de las diligencias seguidas por la Fiscalía de Menores para la determinación de la edad del extranjero conforme al artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000 de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España⁽¹²⁹⁾.

⁽¹²⁵⁾ CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *op. cit.*; SERRANO-PIEDecasas, J. R. *op. cit.*; RODRÍGUEZ MESA, M. J., *op. cit.*

⁽¹²⁶⁾ En la doctrina sólo plantean esta posibilidad GARCÍA ESPAÑA y RODRÍGUEZ CANDELA, *op. cit.* para rechazarla por la inseguridad jurídica que crearía.

⁽¹²⁷⁾ En cualquier caso no conozco ninguna legislación que otorgue antes de los 18 años la mayoría de edad. Así por ejemplo, y a efectos prácticos, en Marruecos la mayoría de edad se alcanza a los 21 años.

⁽¹²⁸⁾ Así por ejemplo la Sentencia Audiencia Provincial Las Palmas número 26/2004 (Sección 2.ª), de 9 febrero, JUR 2004/103552, referida a un supuesto de un menor de unos 3 años y la Sentencia Audiencia Provincial Las Palmas número 7/2004 (Sección 2.ª), de 19 enero, JUR 2004/69651, referida a un menor de unos 5 años, señalan que esta edad «en modo alguno puede llevar a confusión sobre su minoría de edad, y por tanto el acusado no podía desconocer que estaba transportando al menos a un menor.»

⁽¹²⁹⁾ La Sentencia Audiencia Provincial Almería número 417/2000 (Sección 2.ª), de 24 noviembre, JUR 2001/52450 estimó el «recurso atinente a la «indebida aplicación del subtipo agravado por cuanto no consta, suficientemente acreditado, que uno de aquellos individuos fuera «menor de edad», ya que no se ha practicado prueba adecuada al efecto de su determinación.»

Puede ocurrir que en un mismo supuesto concurren varias de las circunstancias cualificantes del artículo 318 *bis*.3 (así por ejemplo pueden concurrir con frecuencia el ánimo de lucro, el peligro para la vida y la menor edad de la víctima). En este caso, sólo una de ellas dará lugar al tipo cualificado y el resto deberá tenerse en cuenta en la determinación de la pena dentro de los márgenes legales (de 6 a 8 años para el tráfico de personas y de 7 años y 6 meses a 10 años para el tráfico sexual). En este sentido la Sentencia Audiencia Provincial Las Palmas número 7/2004 (Sección 2.^a), de 19 de enero, JUR 2004/69651.

5.2 Cualificación por el prevalimiento de la condición de autoridad, agente de ésta o de funcionario público (art. 318 *bis* 4 CP)

Según el artículo 318 *bis* 4 del CP «*En las mismas penas del apartado anterior (pena del tipo en su mitad superior) y además en la de inhabilitación absoluta de seis a 12 años, incurrirán los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.* Constituye un delito especial por la cualificación del sujeto activo que ha de ser autoridad, agente de ésta o funcionario público⁽¹³⁰⁾. La agravación no podrá aplicarse al resto de partícipes en el delito en quienes no concorra la condición de carácter público. De otro lado, la aplicación de la cualificación excluirá la apreciación de la agravante de prevalimiento del carácter público que tenga el culpable del artículo 22. 7 del CP.

El fundamento de la agravación se debe, como indica Pérez Cepeda⁽¹³¹⁾ por una parte a que utiliza las ventajas del cargo para ejecutar el delito con menor riesgo o mayor facilidad y por otra, a que supone una infracción de los deberes especiales derivados de su posición.

El artículo 24 del CP contiene la definición legal de autoridad y funcionario público. Pero este artículo no define a los agentes de la autoridad que aparecen mencionados en otros preceptos del CP como los relativos a los delitos de atentados, resistencia y desobediencia. Como indica Conde-Pumpido Tourón⁽¹³²⁾ respecto a los agentes de la autoridad existe un concepto normativo penal consolidado en la doctrina jurisprudencial que lo asocia a la condición «funcionarios de derecho o de hecho que tiene como misión ejecutar las decisiones o mandatos de la autoridad» Para la apreciación de la agravación no basta que en el sujeto activo concorra la condición de autoridad o funcionario público sino que es preciso que realice la conducta prevaliéndose de su condición, es decir, con la finalidad de utilizar las ventajas de su cargo para facilitar la comisión del delito. Al referirse el artículo 318 *bis* 4 a prevalimiento y no a abuso de su función no es preciso que el funcionario actúe en el ámbito de sus propias funciones.

5.3 Cualificación por la pertenencia a una organización dedicada al tráfico ilegal de personas (art. 318 *bis* 5 CP)

Según dispone el artículo 318 *bis* 5 del CP «*Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados 1 a 4 de este artículo, en sus respectivos casos, e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el*

⁽¹³⁰⁾ SERRANO-PIEDecasas, J. R. *op. cit.* lo califica como delito especial impropio de peligro abstracto o concreto, y la consideración como impropio vendría dada por la existencia de un tipo común aplicable a quienes realizan idéntica conducta sin poseer la condición personal exigida en el tipo penal.

⁽¹³¹⁾ PÉREZ CEPEDA, *op. cit.*

⁽¹³²⁾ CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *op. cit.*

culpable perteneciera a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades.

Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado.

En los supuestos previstos en este apartado la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código.»

Varias son las novedades introducidas por 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». La más significativa es la introducción de un subtipo hiperagravado para los jefes, administradores o encargados de las asociaciones de modo similar al tipificado en los delitos contra la salud pública. También se ha añadido la pena de inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena y se prevé la posibilidad de adoptar las medidas del artículo 129 (clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, disolución de la sociedad etc.).

Las penas a imponer en el supuesto de concurrir la cualificación de pertenencia a una organización serán las siguientes: de 8 años y 1 día a 12 en el supuesto de tráfico de personas y de 10 años y 1 día a 15 en caso de tráfico sexual. Si concurriera además alguna de las agravaciones de los números 3 y 4 del artículo 318 *bis* (ánimo de lucro, peligro vida, menor edad, funcionario público...) las penas serán de 10 años y 1 día a 12 años para el tráfico de personas, y de 12 años 6 meses y 1 día a 15 años para el tráfico sexual. Cuando se trate de jefes, administradores o encargados de la organización las penas serán de 10 años y 1 día a 12 años para el tráfico de personas, y de 12 años 6 meses y 1 día a 15 años en el caso de tráfico sexual (si también concurre alguna de las agravaciones de los números 3 y 4 del artículo 318 *bis* las penas serán de 11 años y 1 día a 12 años y de 13 años 9 meses y 1 día a 15 años respectivamente) que se podrán incrementar en el supuesto de hacer uso de la elevación de grado facultativa hasta los 18 años en el tráfico de personas y hasta los 22 años y 6 meses en el tráfico sexual.

La agravación se fundamenta en la mayor capacidad que tiene la organización para lesionar el bien jurídico puesto que, una estructura organizada con la consiguiente distribución de funciones entre sus miembros podrá cometer con mayor facilidad y en más ocasiones el delito, puede persistir en el tiempo lucrándose de este tráfico, tiene más posibilidad de atacar los derechos individuales de las víctimas del tráfico para asegurar el pago de sus servicios (por ejemplo mediante los numerosos secuestros perpetrados por estos motivos en las provincias de Almería y Murcia) e incluso puede llegar a tener influencia corruptora sobre determinados funcionarios públicos.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha elaborado el concepto de organización especialmente al analizar el delito contra la salud pública, pero ya existen pronunciamientos respecto al artículo 318 *bis*, en los que, lógicamente aplica idéntico concepto. La Sentencia Tribunal Supremo número 1306/2003, de 6 de octubre, RJ 2003/7632, define la organización cuando señala «*La existencia de una asociación u organización para delinquir supone algo más que el mero concierto de varias personas para la realización de una determinada infracción criminal. Es preciso que el acuerdo lleve a la formación de una estructura, siquiera sea elemental, en que haya una dirección y una jerarquía que planifique y conjunte las diversas actividades de los miembros del grupo.*» Indicando a continuación que hay que distinguir la organización de los supuestos de mera codeinuencia y la necesidad de una interpretación

restrictiva del carácter transitorio que pueda tener la organización al expresar que *«Ello debe ser definido como una acción criminal concertada en que los codelincuentes asumen distintos papeles –captación, envío y recepción del inmigrante ilegal– pero no forzosamente una asociación u organización dedicada al tráfico ilegal de personas. Aunque el tipo agravado contenido en el apartado 5 del artículo 318 bis CP se integra con la pertenencia a una organización o asociación «incluso de carácter transitorio», no debe perderse de vista que no es fácil declarar compatible, en la práctica, la transitoriedad de una actividad con la dedicación a la misma, por lo que conviene no ser demasiado flexible en la exigencia de los elementos que pueden conformar una organización o asociación dedicada a la comisión de ciertos delitos a fin de no incluir en dicha categoría, como forma transitoria de la misma, cualquier supuesto de codelinquencia compleja»* declarando, finalmente, indebida la aplicación por la Audiencia de esta agravación. De forma más sintética y flexible al admitir la agravación, la Sentencia Tribunal Supremo número 1447/2003, de 30 de octubre, RJ 2003/7648, admite la cualificación de pertenencia a una organización porque *«El Tribunal de instancia ha podido contar con declaraciones que precisan los medios humanos y materiales, especialmente viviendas y vehículos, que se utilizaron para facilitar el desplazamiento de los inmigrantes llegados en la patera, y todo ello le ha permitido alcanzar la convicción de que existía una organización, de una pluralidad de personas, que se distribuían los distintos papeles»* Para apreciar la existencia de la organización no es necesario el enjuiciamiento de varios miembros de la misma, sino que, es posible que aquella opere fuera de nuestro país y sólo sea juzgado aquél que reside o es detenido en España realizando las operaciones finales del tráfico de personas mientras que el resto de partícipes actúan desde otros países. En este sentido, y también menos estricta al apreciar la existencia de la organización, la Sentencia Tribunal Supremo número 1735/2003, de 26 de diciembre, RJ 2003/9412, concluye que *«hay que entender que el matrimonio que aquí actuaba en la ciudad de Valencia y aquellas otras personas, no enjuiciadas en el presente procedimiento, que desarrollaron sus actividades en Colombia alrededor de la agencia de viajes Traviatur, actuaban todos con la conexión necesaria entre sí como para que hayamos de afirmar aquí en casación que la Audiencia Provincial también calificó los hechos de modo adecuado cuando aplicó el número 5 del citado arts. 318 bis (agravante específica por pertenencia a una organización)»*.

En la Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales también se observa cierta reticencia para apreciar la cualificación de pertenencia a una organización y en ocasiones aplican con rigor los criterios elaborados por el Tribunal Supremo respecto a la organización dedicada al tráfico de drogas, cuando hay diferencias significativas en el funcionamiento de ambas organizaciones. Así, mientras que, en materia de tráfico de drogas las organizaciones operan desde nuestro país y los casos en los que es apreciada la agravante suelen ser procesos en los que se enjuician una pluralidad de personas (e incluso puede que en el desarrollo de una doctrina jurisprudencial rigurosa en la apreciación de la agravante haya influido la norma competencial del artículo 65 de la LOPJ o el hecho de que la pena para los simples miembros de la organización no sufre alteración al apreciar esta cualificación cuando ya concurre el tipo cualificado de notoria importancia), las organizaciones que trafican con personas operan en la mayoría de las ocasiones desde otros países desde los que se organiza el tráfico y sólo son enjuiciados en España los que llevan a cabo los actos finales del traslado de los inmigrantes o los encargados de recepcionarlos y cobrar las deudas pendientes. Por ejemplo, ante un mismo supuesto de hecho, inmigrantes que en su país de origen (Pakistán, India, Siria...) efectúan un solo pago a determinada persona y son trasladados a través de varios países sucesivamente por distintas personas y medios de transporte, para que, finalmente un individuo (que no recibe dinero del inmigrante, por lo que, debe cobrar de la cantidad que éste entregó en su país de origen) se

encarga del traslado desde la fronteriza ciudad de Beni-Enzar hasta Melilla y es el único que es detenido, cabe preguntarse ¿está acreditada la existencia de la organización? ¿Y la pertenencia a ésta del detenido? La Audiencia ofrece pronunciamientos divergentes. La Sentencia Audiencia Provincial Málaga número 15/2001 (Sección 7.ª Melilla), de 13 de marzo, ARP 2001/690, aprecia la cualificación, mientras que la Sentencia Audiencia Provincial Málaga número 20/2003 (Sección 7.ª Melilla), de 11 de marzo, JUR 2003/209654, la rechaza. La Sentencia Audiencia Provincial Málaga número 53/2002 (Sección 7.ª Melilla), de 24 de diciembre, JUR 2003/133987, también desestima la aplicación de la cualificación al considerar que «del concepto de organización radica en la presencia de una estructura caracterizada por un centro de decisiones y diversos niveles jerárquicos, sin que pueda confundirse con la situación de coautoría o coparticipación, dado que la existencia de personas coordinadas sin sujeción jerárquica, no supone la existencia de organización que se caracteriza por la posibilidad de desarrollo del plan delictivo de manera independiente de las personas individuales.» y esta estructura organizada no resulta acreditada.

En cualquier caso para determinar la existencia de la organización habrá que estar a los hechos que resulten probados en cada caso concreto. De este modo, por ejemplo, la Sentencia Audiencia Provincial Las Palmas número 48/2004 (Sección 2.ª), de 22 de marzo, ARP 2004/198, aprecia la agravación⁽¹³³⁾ y la Sentencia Audiencia Provincial Las Palmas número 114/2001 (Sección 1.ª), de 25 de septiembre, JUR 2001/317656, la rechaza⁽¹³⁴⁾.

Para precisar cuando concurre en el autor la condición de jefe, administrador o encargado de la organización para la correspondiente aplicación del tipo hiperagravado se ha de acudir a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la similar cualificación del artículo 370 CP. Jefe es quien coordina y dirige las operaciones ilícitas (sentencias del Tribunal Supremo número 2334/2001, de 11 de diciembre, RJ 2002/1431 y número 889/2000, de 8 de junio, RJ 2001/6433). Por ejemplo, la Sentencia Tribunal Supremo número 903/2003, de 16 de junio, RJ 2003/5375, no duda en atribuir la cualidad de jefe de la organización a quien diseña la ruta que ha de seguir la embarcación con la droga y es el encargado de pagar a otros partícipes, o la Sentencia Tribunal Supremo número 241/2003, de 11 febrero, RJ 2003/2811, a quien programó y distribuyó las distintas competencias y cometidos de cada uno de sus miembros.

Un problema de difícil solución que se planteaba era la relación concursal entre el subtipo agravado de pertenencia a una organización del artículo 318 bis 5 y el delito de asociación ilícita del artículo 515 que en su número 6, que tras la reforma de la Ley Orgánica 4/2000, incluía a las que promuevan el tráfico ilegal de personas. La solución factible, aunque no to-

⁽¹³³⁾ Porque resulta acreditado que «la organización ofrecía sus servicios en Marruecos donde cobraba el precio. De tal forma los inmigrantes hacían la travesía marítima sin dinero efectivo en embarcaciones conducidas por patrones previamente contratados. Jorge solo o en compañía de terceros les recogía, frecuentemente luego de contactar telefónicamente con los patrones de la patera, que le indicaban su cercanía a la costa.

Asimismo se servía de soportes documentales proporcionados por miembros de la organización para falsificar las cartas de identidad.

El jefe de Jorge desde Murcia le indicaba qué inmigrante había pagado y le transfería parte de lo cobrado a una cuenta bancaria ajena. En Madrid otro miembro de la organización recogía a los inmigrantes en el aeropuerto.

La estructura de una organización jerarquizada y funcionalmente ordenada al ilegal fin no es negable.» (Sentencia Audiencia Provincial Las Palmas número 48/2004 Sección 2.ª, de 22 marzo, ARP 2004/198).

⁽¹³⁴⁾ Porque «nos encontramos ante dos personas que actúan conjuntamente para la realización de un transporte de personas desde el continente africano hasta las Islas Canarias, pero sin ningún tipo de estructura que los respalde, ni jerarquización entre ellos respecto de otras personas. Su actividad se agota con el viaje que realizan patroneando una patera, sin que existan datos fácticos que nos permitan establecer un apoyo logístico, dirigido y controlado desde su inicio por terceros» (Sentencia Audiencia Provincial Las Palmas número 114/2001 (Sección 1.ª), de 25 septiembre, JUR 2001/317656). Por idéntico motivo las sentencias Audiencia Provincial Las Palmas número 37/2001 y 38/2001 (Sección 1.ª), de 6 marzo, JUR 2001/160776 y JUR 2001/160777, no aprecian la cualificación incluso tras la conformidad prestada por el acusado con el escrito de acusación.

talmente satisfactoria, era entender que nos encontramos ante un concurso de normas que en virtud del principio de especialidad había que resolver a favor del artículo 318 *bis* 5. El legislador, consciente de esta problemática, ha optado por suprimir, en la Ley Orgánica 15/2003, esta modalidad de asociación ilícita que no ha alcanzado los 4 años de vigencia.

Para combatir las redes y organizaciones dedicadas al tráfico de personas la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, introdujo un precepto destinado a facilitar la colaboración de los extranjeros en situación irregular en la identificación de los responsables de aquellas organizaciones se trataba del artículo 55 que tras la reforma de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, pasó a ser, con idéntica redacción, el artículo 59 que, bajo la rúbrica de Colaboración contra redes organizadas, establece la exención de responsabilidad administrativa (es decir, la no aplicación de la sanción de expulsión) y la concesión de permiso de trabajo a los extranjeros «ilegales» que denuncien a los autores del tráfico o cooperen proporcionando datos esenciales o testificando, en su caso, en el proceso correspondiente contra aquellos autores. Esta cuestión y la previsión del número 4 del artículo 59 son analizadas ampliamente por la Circular FGE 1/2002, de 19 febrero, a cuyo contenido me remito ⁽¹³⁵⁾.

6. TIPO ATENUADO (ART. 318 *BIS* 6 CP)

Según el artículo 318 *bis* 6 CP «*Los tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada.*».

Esta disposición permite, en cierto modo, atemperar en determinados casos las consecuencias del excesivo rigor de las penas del artículo 318 *bis* tras la reforma de la Ley Orgánica 11/2003. Como se indicó en el apartado correspondiente, las Decisiones Marco de la Unión Europea no establecían ninguna exigencia acerca de la penalidad del tipo básico y sólo disponían la pena máxima mínima (8 años o 6 años cuando lo exigiera la coherencia del régimen sancionador nacional) respecto de determinados subtipos agravados. El Legislador ha optado por sancionar el tipo básico (que comprende conductas aisladas de traslados ilegales de personas efectuadas con fines ajenos al ánimo de lucro, por ejemplo por móviles humanitarios, o por razones familiares o de amistad) con una pena realmente severa (de 4 a 8 años de prisión). La posibilidad de disminuir la pena un grado mitiga este rigor y el tipo básico podrá ser castigado con la pena de 2 a 4 años de prisión, lo que permitirá, cuando se imponga la pena mínima, la concesión de la suspensión de la ejecución conforme al artículo 80 y siguientes del CP. El artículo 318 *bis* 6 no excluye de la posible atenuación a los subtipos agravados aunque, en estos casos, será más difícil que concurren las circunstancias requeridas para ella.

No recuerdo ninguna otra ocasión la que se haya incrementado de forma tan drástica la penalidad de una conducta en tan corto periodo de tiempo. Así, por ejemplo, la conducta más grave, la del jefe de una organización dedicada al tráfico de personas, sólo podía ser castigado hasta mayo de 1996 con una pena de 6 meses de arresto mayor (4 meses si no concurrían circunstancias agravantes), hasta enero de 2000 con la pena máxima de 3 años de prisión (aplicando el artículo 313) y hasta enero de 2003 la pena no podía exceder de 6 años. Ahora idéntica conducta puede ser sancionada con 18 años de prisión (e incluso 22 años y 6 meses

⁽¹³⁵⁾ Sobre esta cuestión también puede consultarse VILLÉN NAVAJAS, M., «El extranjero autor de infracciones penales. La criminalidad organizada» en Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal IV-2002, Ministerio de Justicia, 2002.

en caso de tráfico sexual). Puede que esta exacerbación punitiva se deba a un deseo del legislador de incrementar la protección de los ciudadanos extranjeros víctimas de este execrable tráfico, pero temo que, quizás, haya influido más la necesidad de controlar los flujos migratorios.

Para apreciar la atenuación se habrá de atender a 3 criterios: la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y a la finalidad perseguida con el tráfico de personas. Apreciando estas circunstancias la Sentencia Audiencia Provincial Cádiz número 156/2003 (Sección 6.ª Ceuta), de 9 de diciembre, JUR 2004/59108, aplica el subtipo atenuado «*teniendo en cuenta la carencia de antecedentes penales, la ausencia de ánimo de lucro, el intento de introducir únicamente a un extranjero y las posibles relaciones entre éste y el acusado* (alegaba que era hermano de su novia)». También aprecia el subtipo atenuado la Sentencia Audiencia Provincial Málaga número 9/2004 (Sección 7.ª Melilla), de 26 de febrero, JUR 2004/106085 porque «*no cabe apreciar que la finalidad perseguida por los acusados fuese la de causar algún tipo de perjuicio al joven, sino al contrario, la de ayudarle a llegar a la Península para mejorar sus condiciones de vida.*» Aunque la sentencia parece desconocer el propósito de los que trafican con personas, que no es causar perjuicios al inmigrante sino enriquecerse a su costa, la apreciación de la atenuación parece justificada porque no se declara probado el ánimo de lucro y existe la posibilidad de que el móvil fuera de carácter humanitario. La sentencia del Audiencia Provincial Cádiz número 119/2004 (Sección 6.ª Ceuta), de 14 mayo, JUR 2004/199361, niega la aplicación del tipo atenuado por la gravedad de la conducta al concurrir la cualificación de riesgo para la vida, aunque otra sentencia de la misma sección matiza y atiende a la mayor o menor gravedad del peligro para la vida y aprecia la cualificación pese a aplicar la cualificación del número 3 del artículo 318 *bis* (Sentencia de la Audiencia Provincial Cádiz número 110/2004 Sección 6.ª Ceuta, de 11 de mayo, JUR 2004/199568)

7. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, G.: «La protección contra la discriminación del extranjero en el CP», en *El extranjero en el derecho penal español, sustantivo y procesal (adaptado a la nueva Ley Orgánica 4/2000)*, Manuales de Formación Continuada número 5, CGPJ, 2000.
- BAYLOS, A. y TERRADILLOS, J.: «Derecho Penal del Trabajo», Trotta, 1997.
- BUENO ARÚS, F.: «Análisis de las últimas tendencias político-criminales en materia de delitos sexuales. Justificación político-criminal de la reforma española de 1999», en *Delitos contra la libertad sexual*, Estudios de Derecho Judicial 21/1999, CGPJ 1999.
- CARBONELL MATEU y GONZÁLEZ CUSSAC: «Comentarios al CP de 1995», tirantonline, 2002.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: «CP. Doctrina y Jurisprudencia», Trivium, 1996.
- «Actualización 1999» al «CP. Doctrina y Jurisprudencia», Trivium, 2000.
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C.: «Delitos contra los derechos de los extranjeros», en *Extranjeros y Derecho Penal*, Cuadernos de Derecho Judicial IV-2003, CGPJ, 2004.
- «Delitos de prostitución. Especial referencia a la prostitución con menores», en *Delitos contra la libertad sexual*, Estudios de Derecho Judicial 21/1999, CGPJ 1999.
- CUESTA ARZAMENDI, J. L.: «Las nuevas corrientes internacionales en materia de persecución de delitos sexuales a la luz de los documentos de organismos internacionales y eu-

- ropeos», en *Delitos contra la libertad sexual*, Estudios de Derecho Judicial 21/1999, CGPJ 1999.
- Díez RIPOLLÉS, J. L.: «El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual», en *Delitos contra la libertad sexual*, Estudios de Derecho Judicial 21/1999, CGPJ 1999.
 - GARCÍA ÁLVAREZ, P. y Del Carpio Delgado, J.: «Los delitos relativos al régimen de extranjería», en *El nuevo derecho de extranjería*, Comares, 2001.
 - GARCÍA CALDERÓN, J. M.: «Extranjería y criminalidad», Revista del Ministerio Fiscal número 8, Ministerio de Justicia, 2000.
 - GARCÍA ESPAÑA, E. y RODRÍGUEZ CANDELA, J. L.: «Delitos contra los derechos de los extranjeros (art. 318 bis del CP)». Actualidad Penal número 29, Julio 2002.
 - GARCÍA-PANASCO MORALES, G.: «La persecución penal de la inmigración ilegal», Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal II-2001, Ministerio de Justicia, 2001.
 - «Notas sobre algunos delitos contra los derechos de los trabajadores». Revista del Ministerio Fiscal número 7, Ministerio de Justicia, 2000.
 - GANZENMÜLLER ROIG, C.: «Aplicabilidad de los artículos 312 y 313 del CP, al supuesto del transporte clandestino de emigrantes a través del territorio español y con destino a países comunitarios». Revista del Ministerio Fiscal número 6, Ministerio de Justicia, 1999.
 - GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, F.: «El nuevo delito de tráfico ilegal de personas», en *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*, Tirant lo Blanch, 2002
 - HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U., «El delito de tráfico de personas para su explotación sexual», en *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*, Tirant lo Blanch, 2002.
 - HIGUERA GUIMERÁ, J. F.: «Tráfico ilícito de personas», en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, III-2000, Ministerio de Justicia, 2000.
 - LEÓN VILLALBA, F. J.: «Tráfico de personas e inmigración ilegal», Tirant lo blanch, 2003.
 - MAQUEDA ABREU, M. L.: «El extranjero víctima del tráfico ilícito. Tráfico de personas y tráfico sexual: cuestiones concursales». Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal IV-2002, Ministerio de Justicia, 2003.
 - «Una nueva forma de esclavitud: El tráfico sexual de personas», en *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*, Tirant lo Blanch, 2002.
 - MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ y otros: «Derecho Penal económico», tirantonline, 2002.
 - NAVARRO CARDOSO: «Los delitos contra los derechos de los trabajadores», Tirant lo Blanch, 1998.
 - NAVARRO CARDOSO, F. y DEL RÍO MONTESDEOCA, L.: «Delito de promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores del artículo 313.1 del CP de 1995». La Ley, v. 6, 1998, D-337.
 - DE OÑA NAVARRO, J. M.: «El extranjero víctima de explotación y discriminación. Infracciones penales que sancionan específicamente esta conductas. Otras infracciones genéricas de abusos». Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal IV-2002, Ministerio de Justicia, 2003.

- PALOMO DEL ARCO, A.: «Criminalidad organizada y la inmigración ilegal», en *Criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*. Cuadernos de Derecho Judicial II-2001, CGPJ, 2001.
- PÉREZ CEPEDA, A. I. «Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal». Comares, 2004.
- QUINTERO OLIVARES, G. y otros: «Comentarios al nuevo CP», Aranzadi.
- RODRÍGUEZ MESA, M. J.: «Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», Tirant lo Blanch, 2001.
- RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, T.: «Ley de Extranjería y Derecho Penal». Diario La Ley número 5261, 6 de marzo de 2001.
- RUEDA GARCÍA, L.: «Delitos contra los derechos de los trabajadores (I). Artículos 311, 312, 313 y 318 del Código Penal», en «Empresa y Derecho penal (I)». Cuadernos de Derecho Judicial 5/1998, CGPJ 1998.
- SERRANO-PIEDecasas, J. R.: «Los delitos contra los ciudadanos extranjeros», en *El extranjero en el derecho penal español, sustantivo y procesal (adaptado a la nueva Ley Orgánica 4/2000)*, Manuales de Formación Continuada número 5, CGPJ, 2000. También se puede consultar este trabajo en «Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate» Tirant lo Blanch, 2002.
- SUANZES PÉREZ, F.: «Delitos contra los derechos de los trabajadores», en *Delitos socioeconómicos en el nuevo CP*. Cuadernos de Derecho Judicial 20/1996, CGPJ 1996.
- TERRADILLOS BASOCO, J. M.: « Los delitos de tráfico ilegal de mano de obra y abuso de mano de obra extranjera», en *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*, Tirant lo Blanch, 2002.
- VALERO OLTRA, R.: «El extranjero como víctima de delitos. Delitos contra los derechos de los trabajadores». Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal I-2003, Ministerio de Justicia, 2004.
- VARGAS CABRERA, B.: «Delitos contra los derechos de los trabajadores». Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal II-1999, Ministerio de Justicia, 1999.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C.: «El nuevo delito de tráfico de personas». Diario La Ley número 5963, 26 de febrero de 2004.