

Delitos relativos a la prostitución y a la trata de seres humanos con fines de explotación sexual. Algunas dificultades en la fase de instrucción

María GAVILÁN RUBIO
Real Centro Universitario
“Escorial-María Cristina”
San Lorenzo del Escorial

Resumen: El presente artículo analiza los tipos actuales de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de seres humanos con fines de explotación sexual. Para la mejor comprensión de los tipos vamos a ver brevemente la evolución legislativa penal al efecto. Concluiremos el mismo analizando algunas dificultades que se plantean en torno a estos tipos en la fase de instrucción, como la declaración de testigos protegidos y el valor probatorio de esta declaración practicada en instrucción en la fase de enjuiciamiento.

Abstract: This article analyzes the current types of crimes relating to prostitution and traffic in human beings for sexual exploitation purposes. Established criminal legislative development is briefly presented for better comprehension of those already mentioned types of crimes. Finally it is concluded by analyzing certain difficulties surrounding pre-trial phase types, such as protected witness statement and the probative value of it, carried out during the investigation at the trial stage.

Palabras claves: Prostitución, proxenetismo, trata de personas, trata de seres humanos, explotación sexual, delitos contra la libertad e indemnidad sexual.

Keywords: Prostitution, traffic in human, sexual freedom and indemnity, pimping.

Sumario:**I. Delitos relativos a la prostitución.**

- 1.1. *Concepto de prostitución.*
- 1.2. *Posiciones políticas en torno a la prostitución.*
- 1.3. *Evolución legislativa de los delitos relativos a la prostitución.*
- 1.4. *Los delitos relativos a la prostitución en el actual código penal.*

- 1.4.1. *Prostitución de menores de edad o incapaces.*
- 1.4.2. *Prostitución de mayores de edad.*

II. Delitos relativos a la trata de seres humanos con el fin de la explotación Sexual.

- 2.1. *Concepto de trata de seres humanos.*
- 2.2. *Algunos datos de la trata de seres humanos.*
- 2.3. *Evolución legislativa de los delitos relativos a la trata de seres humanos.*
- 2.4. *El delito relativo a la trata de seres humanos con el fin de la explotación sexual en el actual código penal.*

III. Algunas dificultades en la fase de instrucción.

- 3.1. *La declaración de testigos protegidos.*
- 3.2. *Utilización de la declaración realizada en fase de instrucción como prueba en la fase de juicio oral.*

IV. Bibliografía.

Recibido: diciembre 2014.

Aceptado: enero 2015.

I. DELITOS RELATIVOS A LA PROSTITUCIÓN

1.1. Concepto de Prostitución

La Real Academia de la Lengua establece el concepto de prostitución como “Actividad a la que se dedica quien mantiene relaciones sexuales con otras personas, a cambio de dinero”.

Etimológicamente, el término procede del latín «prosto» que significa sobresalir, representando de modo gráfico la actitud de la persona que se ofrece a la pública concupiscencia.

La Jurisprudencia también ha definido este concepto, citando a modo de ejemplo la STS 2 Julio de 2003, siendo ponente Delgado García, definiendo la prostitución como “La situación en que se encuentra una persona que, de una manera más o menos reiterada, por medio de su cuerpo, activa o pasivamente, da placer sexual a otro a cambio de una contraprestación de contenido económico, generalmente una cantidad de dinero”.

Entendemos por tanto la prostitución como la prestación de servicios de carácter sexual a cambio de una contraprestación de carácter económico, evaluable en dinero.

Sobre el concepto técnico jurídico de prostitución se han suscitado abundantes discusiones doctrinales y jurisprudenciales en diversos sentidos (concretar qué actos sexuales la caracterizan, relación de causalidad entre el acto y la contraprestación recibida, la inclusión o no en el concepto de la habitualidad), cuestiones en las que no ahondaremos, habida cuenta en el presente artículo pretendemos llevar a cabo un análisis de los tipos vigentes de prostitución y trata de seres con fin de explotación sexual, para desembocar en la problemática que suscitan sendos delitos en la fase de instrucción.

Siguiendo a José Luís Solana, el 80% de las mujeres que ejercen hoy la prostitución en España, son inmigrantes. Los resultados de estos estudios cuestionan de manera importante un enfoque “trafiquista” de la conexión migración-ocupación en la prostitución. “El 90 % de las personas que ejercen la

prostitución en España son mujeres, lo que hace innegable una perspectiva de género de esta figura, lo que es debido a la conservación de estructuras socioeconómicas de carácter patriarcal y a la discriminación de género existente, junto a la escasa o inexistente protección social que le prestan sus estados a las mujeres de las clases sociales que podemos denominar “subordinadas”, que son más vulnerables a estos procesos y se ven afectadas por los mismos (menor cualificación profesional conlleva a mayor dificultad para acceder al mercado de trabajo)

1.2. Posiciones políticas en torno a la prostitución

Son variadas las posiciones políticas que se han adoptado por los distintos países en torno a la prostitución. Siguiendo a J.A Marina podríamos sintetizarlas en las tres siguientes:

- PROHIBICIÓN: Los sistemas prohibicionistas consideran la prostitución un mal social a eliminar prohibiéndola en toda su extensión y considerando a quienes la ejercen delincuentes. Es un sistema que persigue y reprime a las personas que realizan esta actividad, ya sea por vía penal o por vía administrativa (Suecia).
- ABOLICIÓN: Los sistemas abolicionistas consideran igualmente que la prostitución debe considerarse como un mal social, si bien no la legalizan ni prohíben. Tan sólo se tipifica como delito el proxenetismo, el lucro que una tercera persona pueda obtener de la prostitución de otro, si bien la última finalidad es la erradicación de la misma (España).
- REGLAMENTACIÓN: Los sistemas reglamentaristas consideran la prostitución como una actividad laboral, y aquellos que la ejercen son considerados trabajadores sexuales (Holanda).

La evolución política del tratamiento jurídico de la prostitución en España ha pasado distintos momentos, desde la reglamentación decimonónica, al semi-prohibicionismo franquista hasta llegar al actual sistema abolicionista.

1.3. Evolución legislativa de los delitos relativos a la prostitución

Con anterioridad a tratar la regulación actual de los delitos relativos a la prostitución, haremos referencia a la trayectoria que estos tipos han seguido,

si bien sólo nos detendremos en el análisis pormenorizado de los tipos actuales, haciendo únicamente una somera referencia de esta evolución legislativa.

Los delitos relativos a la prostitución tuvieron ya tratamiento en el primer código penal español, de 1822. El Código Penal de 1822, trata la prostitución en la Parte Primera: “Delitos contra la Sociedad, “título VII”, “Delitos contra las buenas costumbres”, capítulo segundo “De los que promueven o fomentan la prostitución, y corrompen a los jóvenes, o contribuyen a cualquiera de estas cosas”.

En primer lugar destacar la ubicación de los delitos relativos a la prostitución en este cuerpo legal. Se encuentran en los delitos contra la sociedad. El código penal de 1.822 se estructura en tres partes: un título preliminar, que se asemeja a nuestra parte general, y dos partes; una primera parte de delitos contra la sociedad y una segunda parte de delitos contra particulares. Consideran la prostitución desde un punto de vista en el que el bien jurídico a proteger es la sociedad, lo que se refuerza al incardinarse en el título VII relativo a los “Delitos contra las buenas costumbres”. A lo largo del articulado se desprende que lo que se tipifican son las denominadas mancebías (casas donde se ejercía la prostitución), la inducción tanto a la prostitución como a la corrupción de menores (considerando como tales los menores de veinte años), con la agravante de cuando estos menores no alcanzaran la pubertad (catorce años). También se contienen agravantes, como la habitualidad, y por razón del sujeto activo, conteniéndose la agravante de parentesco en el grado de padres y abuelos. No se tipifica la conducta del proxeneta o rufián, pues este delito pretende proteger a la sociedad y sólo va a ser punible la conducta del que induce o favorece el ejercicio de la prostitución. No se tipifica sin embargo la prostitución adulta.

El Código Penal de 1.848 por su parte, se encuentra estructurado en tres libros, el Libro I relativo a las Disposiciones generales sobre los delitos y faltas, las personas “responsables y las penas”, el Libro II “Delitos y sus penas “y el Libro III concerniente a faltas. La regulación penal que se hace de los delitos relativos a la prostitución consiste en un delito y una falta muy grave. El delito se encuentra ubicado en el Libro II: “Delitos y sus penas”, Título X: “Delitos relativos a la honestidad”, Capítulo III: “Del estupro y corrupción de menores”, al que dedica un artículo.

La tipificación del delito de prostitución en el código penal de 1848 requiere que o bien sea una conducta habitual, o bien se abuse de Autoridad o confianza. La conducta típica consiste en promover o facilitar la prostitución (tanto la prostitución como la corrupción de menores, que se sigue tratando

de forma conjunta si bien no se especifica la edad de los menores, entendiéndose la minoría de edad). Se introduce un importante elemento, un elemento subjetivo del injusto “para satisfacer los deseos de otro”, por lo que el fin de inducir o facilitar la prostitución tiene que tener como fin satisfacer los deseos de una tercera persona, y no los propios. En las disposiciones comunes, se equiparan determinados cómplices, por pertenecer a la esfera de confianza del prostituido, a autores, de forma que se agrava la pena de estos cómplices, y se les puede imponer penas accesorias como inhabilitación perpetua a los maestros o interdicción del derecho de ejercer la tutela y ser miembros del Consejo de Familia a los ascendientes, tutores y curadores. Desaparece en este código la referencia expresa a las mancebías que se contenía en el código anterior. Sigue sin tipificarse, siguiendo el código anterior, la prostitución adulta.

Como hemos hecho referencia anteriormente también se contiene una falta grave: la inobservancia de las normas de policía relativa a las prostitutas, de forma que el incumplimiento de la legislación administrativa al efecto suponía un ilícito penal. Esta reglamentación administrativa, no objeto de nuestro estudio, consistía en reglamentos locales o provinciales donde se recogía un registro administrativo, restricciones a la libertad deambulatoria, confinamiento en burdeles...

El código revisado de 1850 contiene idéntica regulación, al igual que el de 1870 salvo en el tratamiento de la pena, si bien esto queda fuera de nuestro objeto de análisis.

Con esto podemos concluir que en la legislación penal decimonónica no se tipificaba la prostitución adulta, y dada cuenta su ubicación en los delitos cuyo bien jurídico protegido, en sentido amplio considerado, es la sociedad, ésta (la prostitución adulta) no se consideró suficientemente lesiva a la misma. Sólo se tipificaba cuando el prostituido fuera menor, conjuntamente con la corrupción de menores, penando así mismo con carácter de falta (salvo en el código de 1870) las conductas que consistan en la inobservancia de reglamentos en torno a la materia, sobre las denominadas “mujeres públicas”, “consistentes en su mayoría en medidas para evitar el contagio de enfermedades venéreas y evitando el ataque a la moral pública, de ahí su confinamiento en burdeles.

La situación se mantuvo de modo similar en los códigos penales de 1928 y 1932, si bien, supuso un hito legislativo la Ley de Vagos y Maleantes, de 5 de agosto de 1933, ley referente al tratamiento de vagabundos, nómadas, rufianes y proxenetas entre otros sujetos, a los que se consideraba de peligrosidad. No es una ley que establezca delitos, si no que trata de evitar la comisión futura de los mismos, de ahí la aplicación de medidas en consecuencia, mientras persista su “peligrosidad”.

En esta ley se recogía que podrán ser declarados en *estado peligroso* y sometidos a la presente ley, entre otros, los rufianes y proxenetas.

En el año 1970 fue derogada y sustituida por la Ley Sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social, de 6 de agosto de 1970, que regula de forma muy similar que en la ley de Vagos y Maleantes, las conductas relativas al rufianismo y proxenetismo.

El Código de 1973 respeta en esencia la estructura anterior de tres libros, siendo el segundo, el relativo a los delitos y sus penas. Los delitos relativos a la prostitución se contienen en el Título IX: “Delitos contra la libertad sexual” y dentro de éste en el capítulo VII: “Delitos relativos a la prostitución”. Se puede concluir que son muy diversas las conductas que al respecto se tipifican en este código, que posee un capítulo específico para los delitos relativos a la prostitución. Reflejo de un radical sistema prohibicionista se tipifican todo tipo de conductas relativas a la prostitución, distinguiendo que se cometa con menores o mayores de veintitrés años. Respecto a los mayores se tipifica cualquier clase de inducción o colaboración con la misma (proteger, reclutar, determinar coactivamente, retener para la prostitución) y respecto a los menores de veintitrés no solo la promoción de la prostitución si no también la inducción incluso con voluntad de los menores de dicha edad, o la colaboración en la estancia de menores en “casas o lugares de vicio”. A los autores se les van a imponer penas de inhabilitación, distinguiendo absoluta o especial según sean funcionarios públicos o no. Se tipifican incluso la conducta de los dueños, gerentes, administradores o encargados de estos locales donde se ejerce la prostitución, y a mayor abundamiento el arrendador de los locales, lo que claramente denota el sistema prohibicionista. Se contiene incluso una comisión por omisión para la persona que tenga la potestad de un menor de veintitrés que con conocimiento de su situación en la prostitución, o su simple frecuentar estas casas o lugares de vicio no lo impida.

Se pueden imponer como medidas el cierre del local o la retirada de la licencia del establecimiento, y las sentencias extranjeras se equiparan a las nacionales a los efectos de reincidencia.

En este mismo código se contiene un precepto que permitía su aplicación de forma arbitraria a las prostitutas, contenido en el Título IX: “Delitos contra la Honestidad capítulo II: “De los delitos de escándalo público”. La conducta típica consistía en “ofender” el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia.

Con posterioridad a 1973 y con anterioridad al actual código penal de 1995, se sucedieron diversas reformas, si bien ninguna afecta en esencia a las

figuras objeto de nuestro estudio, salvo expresiones como “deseos sexuales “en lugar de “deseos deshonestos “y considerar menores a los menores de dieciocho años en lugar de veintitrés.

El código penal de 1995 en su redacción originaria, contenía dentro del Libro II (De los delitos y sus penas) un título VIII rubricado “Delitos contra la libertad sexual “rúbrica, que más tarde, mediante la Ley 11/1999, de 30 de abril, se modificaría, denominándose “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales “pues tal y como pone de manifiesto la exposición de motivos, se pretende ampliar el bien jurídico protegido, ya que también se han de tener muy especialmente en cuenta los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la indemnidad o integridad sexual de los menores e incapaces, cuya voluntad, carente de la necesaria formación para poder ser considerada verdaderamente como libre, no puede ser siempre determinante de la licitud de unas conductas que, sin embargo, podrían ser lícitas entre adultos. En lo que se refiere a los delitos relativos a la prostitución, debemos distinguir en nuestro código tres momentos:

- Redacción originaria: Se tipifica la conducta de inducir, promover o facilitar la prostitución de un menor de edad o incapaz, con la agravante de prevalerse de la condición de autoridad pública, agente de ésta o funcionario público; se tipifica así mismo a quien determine de forma coactiva, mediante engaño o abusando de necesidad o superioridad, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o mantenerse en la misma, con la misma agravante del prevalimiento que en el caso anterior y además la agravante de si esta conducta se ejerce sobre un menor de edad o incapaz.
- Con la modificación efectuada con la LO 11/1999, se introduce una nueva agravante, respecto a la conducta de inducir, promover, favorecer o facilitar la prostitución de un menor de edad, aplicando pena superior en grado cuando el culpable pertenezca a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique a estas actividades. Respecto a la determinación de las personas mayores de edad a ejercer o mantenerse en la prostitución, se concreta la manera en la que esta determinación será punible: empleando violencia, intimidación o engaño o abusando de una situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad de la víctima.

Una novedad muy destacable de esta reforma constituye la introducción de un tipo penal consistente en favorecer la entrada, estancia o salida del territorio nacional de personas, con el propósito de su explotación sexual, empleando para ello violencia, intimidación o engaño, o abusando nuevamente de la superioridad, necesidad o vulnerabilidad de la víctima.

Se introduce también una norma concursal, donde se indica que las penas señaladas se impondrán, sin perjuicio de las que correspondan por las agresiones o abusos sexuales cometidos sobre la persona prostituida.

- La LO 11/2003 de 29 de septiembre introduce una reforma clave en los delitos objeto de nuestro estudio, y tipifica el proxenetismo, lucrarse de la prostitución ajena. Del mismo modo esta ley elimina de los delitos relativos a la prostitución el tráfico de personas con el fin de la explotación sexual para ubicarlo en el art. 318 bis (Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros) suponiendo esto el germen del actual delito de la trata de seres humanos.
- La LO 15/2010, de 22 de junio, nos lleva a la regulación actual de estos delitos.

1.4. *Los delitos relativos a la prostitución en el vigente código penal*

Los delitos relativos a la prostitución se encuentran ubicados en el Libro II, relativo a los delitos y sus penas. Dentro de éste, en el Título VIII, relativo a “Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, “y en ya en el Capítulo V encontramos “Delitos relativos a la prostitución y a la corrupción de menores”. No entraremos en el análisis de la corrupción de menores propiamente dicha.

1.4.1. Prostitución de menores de edad o incapaces

El art. 187.1 del Código Penal recoge dos conductas que pasamos a analizar:

“El que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de una persona menor de edad o incapaz será castigado con las penas de uno a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses. La misma pena se impondrá al que solicite, acepte u obtenga a cambio de una remuneración o promesa, una relación sexual con persona menor de edad o incapaz.”

- La primera de las conductas que se tipifican, consiste en inducir, promover, favorecer o facilitar la prostitución de un menor de edad o un incapaz.

El bien jurídico protegido se concreta, siguiendo a Orts, en el interés porque el menor tenga un adecuado proceso de formación, y el incapaz una adecuada socialización.

La conducta típica requiere alguna de las siguientes acciones:

- Inducir: Entendemos por inducir, instigar o mover a alguno de los sujetos pasivos a la prostitución, y ello con indiferencia de que el ánimo de este sujeto pasivo estuviera más o menos predispuesto, siempre que no estuviere lo que podemos denominar “decidido”, “convencido”.
- Promover: promover supone incitar, estimular o instigar para que se lleve a cabo el ejercicio de la prostitución.
- Favorecer o facilitar: son dos verbos que admiten formas más abiertas, dando cabida a todas aquellas conductas de ayuda, cooperación o colaboración para el ejercicio de la prostitución.

En este tipo es indiferente que la acción recaiga sobre una persona ya prostituida o corrompida. También es indiferente que el consentimiento se haya prestado (como ya hemos señalado, el bien jurídico protegido es la formación o socialización del sujeto pasivo, entendiéndose que no tiene un consentimiento libre al no tener adecuadamente formada su voluntad). El tipo no requiere ni hace referencia alguna a la habitualidad.

El delito se perfecciona cuando se haya realizado la conducta activa expresada, aunque no haya llegado a producirse la entrega sexual.

- La segunda conducta tipificada en este precepto, consiste en solicitar, aceptar u obtener a cambio de una remuneración o promesa, una relación sexual con persona menor de edad o incapaz.

Este tipo ha sido introducido con la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, en cuya exposición de motivos y al respecto de estos delitos indicaba que lo que se pretende con la reforma es, junto al acrecentamiento del nivel de protección de las víctimas, especialmente de aquellas más desvalidas, ha de mencionarse la necesidad de trasponer la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil. Se vuelve a recalcar la idea anteriormente expuesta, en los casos de delitos sexuales cometidos sobre menores el bien jurídico a proteger goza de una protección que podemos denominar “especial” por el mayor contenido de injusto que se encuentra en estas conductas.

En el ámbito de la prostitución infantil, la transposición de la Decisión Marco a nuestro ordenamiento determina la necesidad de tipificar nuevas

conductas. Incorporándose esta conducta, la conducta del cliente en aquellos casos en los que la relación sexual se realice con una persona menor de edad o incapaz.

Es decir, la conducta típica consiste en solicitar (pedir) aceptar (aunque el ofrecimiento se haga por el propio menor o incapaz) o simplemente obtener una relación sexual con un menor o incapaz, pero requiere siempre el elemento objetivo del tipo de “a cambio de una remuneración económica”. Lo que se está tipificando es la conducta del cliente que haga uso de la prostitución infantil. Al igual que en el caso anterior el delito se perfecciona cuando se haya realizado la conducta activa expresada, aunque no haya llegado a producirse la entrega sexual y el tipo no requiere ni hace referencia alguna a la habitualidad.

En el mismo precepto se recogen tres agravantes que afectan a ambas conductas por igual:

- Cuando la víctima sea menor de 13 años (esta agravante se ha introducido también con la LO 5/2010, de 22 de junio, trasponiendo, como ya hemos indicado, la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil).
- Cuando el sujeto activo se haya prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. El prevalimiento supone un abuso de autoridad, un abuso de confianza (la confianza depositada en éste por la sociedad) debiendo darse la circunstancia, para aplicar esta agravante, que el culpable ponga este carácter público al servicio de sus propósitos criminales, servirse del cargo para delinquir.
- Cuando el culpable pertenezca a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades. La LO 5/2010, de 22 de junio, introduce el concepto de organización criminal, definiéndolo en el art. 570 bis como la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas. Esta agravante se refiere a la existencia de una estructura, aunque sea ocasional, para llevar a cabo las conductas descritas.

Por último, en este precepto se contiene una norma concursal, que indica que las penas señaladas se impondrán en los respectivos casos, sin perjuicio de las que correspondan por las infracciones contra la libertad o indemnidad

sexual cometidas sobre los menores e incapaces. Este precepto impone que se penen por separado el delito de prostitución infantil y los actos (agresiones, abusos...) que pudieran recaer sobre los mismos, estableciendo un concurso real de delitos.

Estos artículos están tipificando conductas que de no recogerse como tal serían impunes, por tratarse en abstracto de supuestos de participación en una conducta impune como es la prostitución ajena.

Mediante estas conductas se lesiona no solo la indemnidad sexual, entendida como el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado, sino también la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor.

1.4.2. Prostitución de mayores de edad

Hemos de apuntar con carácter previo que hemos hecho un apartado b relativo a “prostitución de mayores de edad” a sabiendas de que el precepto recoge la punición, si bien agravada, de cuando estas conductas recaen sobre menores de edad o incapaces, y más aún sobre menores de 13 años, pero nos pareció más sencilla la exposición de este modo, que indicando otras circunstancias, si bien sabemos que considerar la conducta típica de este tipo cuando recaiga sobre menores una agravante, puede ser puesto en entredicho por un sector de la doctrina.

El art.188.1 del Código Penal recoge las siguientes conductas, cuyo análisis pasamos a exponer:

“El que determine, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, será castigado con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de 12 a 24 meses. En la misma pena incurrirá el que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma”.

El bien jurídico que se pretende tutelar en este caso, es distinto al del artículo anterior, en este caso es la libertad, y de las esferas de ésta, la libertad sexual.

Nuevamente nos encontramos con dos conductas típicas distintas, que constituirían dos tipos autónomos.

- En primer lugar, la primera conducta consiste en determinar a una persona mayor de edad a ejercer la prostitución o mantenerse en ella, si bien de dos modos distintos:

- a) Empleando violencia, intimidación o engaño: esto supone el uso de la vis física o vis compulsiva en el caso de la violencia o la intimidación, es decir, el uso de fuerza física o fuerza moral; en el caso de la intimidación consiste en conminar al sujeto pasivo de modo que le inspire un sentimiento de miedo, angustia o desasosiego, sin que sea necesario el empleo de palabras amenazadoras si la actitud es concluyente. El engaño debe ser tenido en cuenta en sentido amplio, y tiene que tener como fin la prostitución de una persona.
- b) Abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima. Esta conducta consiste en determinar a alguien al ejercicio de la prostitución o el mantenimiento de la misma aprovechándose de la situación de necesidad o vulnerabilidad de la víctima (no sólo se trata de situaciones de precariedad económica, puede ser por otros motivos y en la práctica sucede por diversos motivos relacionados con la inmigración y la problemática que esto plantea al respecto, entre otros) También incurre en esta conducta el que abuse de una situación de superioridad, también dicho en sentido amplio, por lo que tienen cabida distintos supuestos de hecho, superioridad laboral, familiar...

La jurisprudencia en estos casos, lo que viene a exigir (STS de 16 de enero de 2008) es que para la tipificación de esta conducta se imponga para su existencia una acción del sujeto activo de la suficiente entidad como para neutralizar esa libertad en la esfera sexual.

- En segundo lugar, en el mismo precepto se castiga la conducta del que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma. Pasamos a analizar el tipo.

Como hemos mencionado anteriormente, este precepto se introdujo con la reforma operada por la LO 11/ 2003 de 29 de septiembre. Constituye el denominado delito de proxenetismo.

La conducta típica consiste en obtener un lucro de la prostitución ajena, con independencia de que la persona que se prostituye consienta.

Apuntar en primer lugar, que de la redacción de la norma no queda claro si se trata de la explotación de cualquier tipo de prostitución, en cuyo caso

no queda claro porque se ubica dentro del artículo 188 destinado a la prostitución de adultos en unas determinadas condiciones. La jurisprudencia aclara este extremo, al considerarlo aplicable a los casos en los que se de la prostitución con los requisitos del art. 188 del código penal, en los términos que posteriormente veremos al analizar la jurisprudencia.

Debemos hacer referencia igualmente la problemática que plantea su ubicación, desde el punto de vista del bien jurídico protegido, ya que una figura delictiva de estas características no afecta a la libertad sexual que es proclamada como objeto de protección en la rúbrica del título, mucho más si se tiene en cuenta que se trata de una conducta que, salvo supuestos de diseño, se llevará a cabo con posterioridad al hecho sexual con trascendencia jurídica.

El legislador ha configurado con esta conducta un delito de peligro abstracto puro.

Los elementos de esta figura delictiva son obtener un lucro, entendido como un lucro directo. También se requiere que este lucro se obtenga “explotando” la prostitución ajena, es decir, que se den los requisitos del art. 188.1: o bien mediante violencia, intimidación o engaño, o bien mediante el abuso de una situación de superioridad, necesidad, o vulnerabilidad de la víctima en los términos expuestos.

Hay una consolidada jurisprudencia sobre el delito de proxenetismo. En la *STS dictada el 01/12/2010*, se indica que: “La Jurisprudencia de esta Sala ha señalado que la determinación del ámbito típico de esta figura introducida por la L.O. 11/03 resulta obligada” ante la necesidad de impedir una interpretación que avale la quiebra del principio de proporcionalidad, “no facilitando esta tarea un criterio legislativo que asocia la misma pena a los actos violentos e intimidatorios, frente a aquellos otros que sólo emplean el engaño, lo cual es más visible todavía cuando se identifica aquellas conductas violentas o intimidatorias con la acción de lucrarse o vivir a costa de la prostitución ajena (*S.T.S. 445/08*), lo que ha llevado a sentar como principio la idea de que “no toda ganancia proveniente de la prostitución, por sí sola, convierte al que la percibe, en autor de un delito castigado con penas de dos a cuatro años de prisión”, exigiendo para ello las siguientes condiciones:

- a) que los rendimientos económicos se deriven de la explotación sexual de una persona que se halle mantenida en ese ejercicio mediante el empleo de violencia, intimidación, engaño o como víctima del abuso de superioridad o de su situación de necesidad o vulnerabilidad;

- b) quien obtiene el rendimiento económico a costa de la explotación sexual ajena ha de ser conocedor de las circunstancias que determinan a la persona prostituida a mantenerse en el ejercicio de la prostitución;
- c) la ganancia económica puede ser fija, variable o a comisión, pero es preciso, en cualquier caso, que se trate de un beneficio económico directo. Sólo la explotación lucrativa que está íntimamente ligada a la fuente de la prostitución ajena queda abarcada en el tipo, y
- d) la percepción de esa ganancia ha de ser el fruto de algo más que un acto aislado o episódico. No basta con un mero gesto de liberalidad. Esa reiteración es exigible, tanto en la persona que ejerce la prostitución como en aquella otra que se lucra con su ejercicio. En realidad de lo que se trata es de constatar la existencia de un consentimiento viciado en la medida en que el sujeto activo se aprovecha directamente de las dificultades ajenas, lo que implica un vínculo de subordinación derivado de la situación de la víctima. De esta forma cabe incluir en la tipicidad del segundo inciso, cuando se den estas condiciones, el llamado proxenetismo no coercitivo, pero en principio quedarían fuera de la misma la denominada "tercería locativa" o el denominado "rufianismo", cuando existe una situación de igualdad y consentimiento abierto....".

- El tipo recoge cinco circunstancias agravantes:

- a) Cuando las referidas conductas se realicen sobre persona menor de edad o incapaz, ya sea para iniciarla o mantenerla en la situación de prostitución. (El elemento que diferencia esta conducta de la del art. 187 son las circunstancias que se exigen en el art. 188, cuya reiteración ya resulta ociosa).
- b) Si la víctima es menor de 13 años (nos remitimos a lo ya expuesto al respecto en el análisis de la prostitución de los menores de edad o incapaces).
- c) Cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de esta o funcionario público (al igual que en apartado anterior, nos remitimos a lo ya expuesto al respecto en el análisis de la prostitución de los menores de edad o incapaces).
- d) Cuando el culpable pertenezca a una organización o grupo criminal que se dedique a la realización de tales actividades (nos remitimos a lo manifestado en los apartados b) y c)).

- e) Cuando el culpable hubiera puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima. Se trata de un tipo de peligro abstracto. Consiste en la relación de causalidad entre la conducta del sujeto activo y la puesta en peligro de la salud o vida del sujeto prostituido.

II. EL DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS CON EL FIN DE LA EXPLOTACIÓN SEXUAL

2.1. *Concepto de Trata de seres humanos*

La Real Academia de la Lengua define “trata” como “ Tráfico que consiste en vender seres humanos como esclavos.”

En una segunda acepción, añadiendo el término “de blancas “lo define como “Tráfico de mujeres, que consiste en atraerlas a los centros de prostitución para especular con ellas”.

En el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niñas, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000. (Protocolo de Palermo). Ratificado por España mediante instrumento de 21 de febrero de 2003 (BOE 11-12-2003), se define la trata de personas en el art. 3, definiendo el concepto como

“la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud, o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”.

2.2. *Algunos datos sobre la trata de seres humanos*

La trata de seres humanos constituye el tercer negocio ilícito más lucrativo a nivel mundial (junto con el tráfico de armas y el tráfico de drogas)

La UNODC (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito) en su Informe Mundial Sobre la Trata de Personas de 2012, indica que geográficamente, esta forma de explotación en África, Oriente Medio, Asia Meridional, Oriente y Pacífico tiene con carácter general la finalidad de que las víctimas lleven a cabo trabajo forzoso; en América, Europa y el resto de Asia, la finalidad principal de la trata de personas es la explotación sexual. Hay otros fines, que representan un carácter residual, según el referido informe, como puede ser la extracción de órganos, que representó en 2010 un 0,2%. La trata con fines no mencionados en el protocolo (mendicidad, matrimonio forzoso, adopción ilegal, participación en combate y numerosos delitos...) supone un 6% de los casos de trata.

Debemos apuntar que se ha progresado enormemente en la lucha contra la trata de personas desde que entró en vigor el Protocolo Contra la Trata de Personas en 2003.

134 países y territorios de todo el mundo han penalizado la trata estableciendo un delito específico, en consonancia con lo dispuesto en el protocolo, sin embargo los progresos en cuanto a condenas siguen siendo escasos. Así mismo se apunta que la trata de personas transcontinental supone un 24% (periodo 2007-2010).

2.3. Evolución legislativa relativa al delito de trata de seres humanos

Siguiendo a Eulogio Bedmar Carrillo en lo que a la evolución del delito de trata de seres se refiere, el Código Penal de 1995 en su redacción original, incorporó una protección sólo parcial a esta forma de delictiva. Dicha protección consistía en dar respuesta ante los delitos cometidos contra los derechos de los trabajadores extranjeros, de manera que reprimía la puesta en peligro o explotación laboral de los mismos. Quedaba reflejado en el Título XV del Libro II, “Delitos contra los derechos de los trabajadores”. En éste, se incluían dos delitos específicos: art. 312.1: delito de contratación ilegal de trabajadores extranjeros y art. 313.1: inmigración clandestina de trabajadores o tráfico ilegal de personas con fines de explotación laboral. Podríamos afirmar que este artículo es el primero en tipificar la acción de traficar ilegalmente con personas en la legislación penal española. En la aplicación de estos preceptos por parte de los juzgados y tribunales, se llegaba a doblar excesivamente el concepto de “trabajador” para poder incluir el tráfico con fines de explotación sexual e incluir a la víctima dentro de ese precepto.

Con la ley Orgánica 11/99, de 30 de abril, se modificó el Título VIII del Libro II del Código Penal, y se incluyó el tráfico con fines de explotación

sexual cuyo contenido se encuentra regulado en el Capítulo V “Delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores”. El art. 188.2, 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”.

En el art. 188.4, se agrava la pena si se realizaba *“sobre persona menor de edad o incapaz, para iniciarla, mantenerla en una situación de prostitución”.*

Esta ley completa la protección penal en esta materia cuando se realice el tráfico con fines de explotación sexual, a la vez que se amplía la protección de nacionales e inmigrantes en situación regular frente a una posible explotación sexual mediante el ejercicio de la prostitución no consentida. El ámbito de protección abarca también a los menores e incapaces frente a su iniciación o mantenimiento en la prostitución.

Este nuevo delito se incorporaba para responder a la demanda de la Unión Europea de luchar contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños, en los términos expresados anteriormente respecto a la prostitución.

La ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social se introduce una regulación más amplia y completa del tráfico ilegal de personas en el Código Penal. Se incorpora en la legislación penal nuevos delitos, el control de los flujos migratorios y de las fronteras al servicio de intereses estatales. Esta ley introduce el Título XV bis llamado “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en el que se contiene un único artículo, el 318 bis, que castiga el tráfico ilegal de personas en sí mismo, sin ninguna finalidad. Por lo tanto, podemos calificarla como la modalidad básica de tráfico ilegal de personas. A diferencia del art. 313 (tráfico con fines de explotación laboral) y del art. 188.2 (tráfico con fines de explotación sexual en la prostitución), no se refleja ninguna finalidad específica para poder castigar ésta conducta. Esta ley, además, incluye otras dos importantes reformas. En primer lugar, se aumentó la pena prevista para las figuras delictivas contenidas en el art. 312 CP (Disposición final primera) y por extensión también en las conductas del art. 313 CP. En segundo lugar, y en virtud de la Disposición final tercera, se modificaron los arts. 515, 517 y 518 CP, referidos a los delitos de asociaciones ilícitas, pasando a tener la consideración de asociaciones ilícitas aquellas que promovían el tráfico ilegal de personas, como un mecanismo adicional de lucha contra la delincuencia organizada.

Con 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, se lleva a cabo una reforma que trata de rectificar las dos últimas reformas habidas en esta materia. Viene exigida por la Unión Europea, como se desprende de la Exposición de Motivos, y se lleva a cabo una ampliación del tipo penal al castigarse las conductas participativas de favorecimiento “directo o indirecto”, a la vez que se lleva a cabo un excesivo aumento de la pena de prisión para este delito.

La modificación más importante supone la introducción de la “inmigración clandestina de personas” junto al tráfico ilegal de personas en el tipo básico. Son los dos hechos que pueden ser favorecidos por la acción de ayuda. Se trata de dos conceptos distintos que castigan realidades distintas aunque con un mismo fondo, la migración internacional. Otra de las modificaciones que nos interesa destacar por nuestro objeto de estudio, es la relativa al tráfico ilegal de personas con fines de explotación sexual: se deroga el art. 188.2 y pasa a convertirse en un tipo agravado del tráfico ilegal en sentido propio y la inmigración clandestina, contenido en el art. 318.2 bis y asignándole una pena mucho más grave.

Mediante la ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, se lleva a cabo la contrarreforma de la reforma de los delitos de asociaciones ilícitas, se optó por derogar dicho delito contenido en el art. 515.6 CP.

La ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, modificó la ley Orgánica del Poder Judicial, para incluir estos delitos dentro del criterio de competencia de la justicia universal, ampliando el elemento geográfico de los delitos de los arts. 318 bis.1 CP y 313 CP, al incorporar a cualquier otro país de la Unión Europea junto a España como lugar del desplazamiento de personas.

Por último, la ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, introduce la actual regulación al respecto, cuyo análisis procedemos a efectuar a continuación.

2.4. El delito de trata de seres humanos con el fin de la explotación sexual en el vigente código penal

Mediante la referida ley orgánica 5/2010 de 22 de junio, se introduce un nuevo Título VII bis en el Libro II del CP, que lleva por rúbrica “De la trata de seres humanos” y compuesto por un único artículo el 177 bis en el que el legislador castiga el delito de trata de seres humanos.

Esta reforma, nuevamente pretende cumplir con las exigencias que el legislador europeo requiere de la normativa española.

En el nuevo art. 177 bis se castiga la trata de personas, quedando tipificada la inmigración clandestina de manera autónoma en el art. 318 bis, pues como anteriormente pusimos de manifiesto es preciso diferenciar ambos conceptos.

El art. 177 bis tipifica la siguiente conducta al respecto:

“1. Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, la captare, transportare, trasladare, acogiere, recibiere o la alojare con cualquiera de las finalidades siguientes:

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

b) La explotación sexual, incluida la pornografía.

c) La extracción de sus órganos corporales.”

El Bien jurídico protegido en este delito, lo centraliza la doctrina en la dignidad humana y la integridad moral. La integridad moral, definida por el Tribunal Constitucional como “el derecho a ser tratado como un ser humano libre y digno, que conlleva la exigencia de respeto por parte de todos” (STC 120/1990, de 2 de julio) y la dignidad humana entendida para un amplio sector doctrinal como como fundamento de todos y cada uno de los derechos fundamentales. También se debe añadir la libertad, en sentido amplio, como bien jurídico protegido. Eulogio Bedmar Carrillo muy acertadamente señala que la libertad posee las características que le faltan a la integridad moral y aquellos que no tiene la dignidad para erigirse en bien jurídico protegido del delito de trata de seres humanos. Es nombrada en todos los textos internacionales y comunitarios, tanto en los específicos sobre trata, como en aquellas declaraciones de derechos del hombre. “si hay un derecho que pueda erigirse en bien jurídico protegido de manera directa por sus características expuestas y por su relación con el resto, ese es la libertad”.

El Sujeto o sujetos activos, serían el/los tratantes, que son aquellos que se dedican a la captación y transporte de personas; aquellos que ejercen un control

sobre las víctimas de la trata; quienes las mantengan en situación de explotación; quienes obtengan un lucro directo o indirecto de la trata. (STS 378/2011 de 17 de mayo). Generalmente se trata o bien de redes criminales o redes familiares. En el caso de la trata con fines de explotación sexual suele darse en redes criminales no familiares.

Las víctimas de este delito (trata de seres humanos con fines de explotación sexual) suelen ser personas a las que se ofrece trabajar en el exterior como empleadas de hogar, cuando en realidad tendrán que laborar en la industria del sexo y prácticamente en condición de esclavitud. Recalcar que la Organización Internacional del Trabajo en el II Informe de Estimación Mundial sobre el trabajo forzoso, señala que el 20,9% de la población son víctimas de trabajo forzoso en todo el mundo, de los cuales el 67% son mujeres, el 17% hombres, el 12% niñas y el 3% niños.

La conducta típica, siguiendo a Tania García Sedano, consiste en:

- Captar: se puede llevar a cabo por medios materiales o intelectuales que orientan a la víctima hasta los fines típicos perseguidos por este delito, incluidos, a tenor del convenio de Varsovia la realización mediante nuevas tecnologías, especialmente internet.
- Transportar o trasladar: Es el traslado de personas ya sea de fuera a dentro o de dentro a fuera (del país). A este respecto debemos incidir en el elemento de la territorialidad del tipo; éste requiere que la acción tenga lugar en territorio Español, ya sea en España, en tránsito o con destino a España, excluyendo la persecución de trata cometida en el extranjero que no esté conectada con España.
- Alojjar, acoger, recibir: en el sentido de hospedar o aposentar.

Como elemento subjetivo del injusto se requiere que esta conducta sea dolosa, requiriéndose un dolo directo.

En el tipo se recogen varias finalidades, centrandó nuestro estudio en la explotación sexual. La Decisión Marco 2002/629/JAI definía la explotación sexual como la consistente en la explotación de una persona con fines de prostitución, espectáculos pornográficos o producción de material pornográfico, realizado sin consentimiento de la víctima.

La Directiva 2011/36 establece “una regulación de mínimos” señalando que la explotación sexual incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual.

Es necesario subrayar en los términos que hemos visto, que los factores causantes de la trata con la finalidad de la explotación sexual deben analizarse desde una perspectiva de género. Por lo general las víctimas son obligadas a ejercer estas distintas formas de explotación sexual con fines comerciales.

Respecto a los medios empleados para desempeñar la conducta típica se requiere que sea una práctica forzada, fraudulenta o abusiva.

- Práctica forzada: Requiere que se emplee violencia o intimidación para doblegar la voluntad de la víctima.
- Práctica fraudulenta: Cuando se utiliza el engaño para convencer a la víctima viciando el consentimiento.
- Práctica Abusiva: Cuando el explotador se aprovecha de una situación de extrema necesidad o especial vulnerabilidad de la víctima para traficarla.

El art. 177.2 bis recoge que

“2. Aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior, se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones indicadas en el apartado anterior cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación”.

Como ya dijimos y así se recoge en el punto 3:

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

Constituyen agravantes de este delito las siguientes circunstancias:

- a) Con ocasión de la trata se ponga en grave peligro a la víctima;
- b) la víctima sea menor de edad;
- c) la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, discapacidad o situación.
- d) los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.
- e) Si el culpable perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades.

Este delito podrá ser cometido por personas jurídicas.

El punto 9 de este precepto contiene una norma concursal:

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

III. ALGUNAS DIFICULTADES EN LA FASE DE INSTRUCCIÓN

La instrucción de las causas de delitos relativos a la prostitución o a la trata de seres humanos son instrucciones muy complejas que requieren la práctica de muy diversas diligencias. Suelen ser producto de largas investigaciones policiales donde se hace muy aconsejable que se lleve a cabo por grupos especializados (EMUME, Equipo Mujer- Menor, en la Guardia Civil y la UCRIF, Unidad contra Redes de Inmigración y Falsedades, y si hay menores también intervendrán los GRUMES, grupos de menores, todos estos del Cuerpo Nacional de Policía.

Además de las diligencias restrictivas de derechos fundamentales que suelen presentarse en causas tan complejas, en las que casi siempre hay delincuencia organizada (entradas y registros, intervenciones telefónicas) la piedra angular va a ser la declaración de la víctima, que a menudo va estar muy asustada, o va a ser extranjera y por distintos motivos puede marcharse, por lo que hay dos diligencias que cobran marcada importancia: la declaración de testigos protegidos y la posible reproducción de declaración de la víctima en fase de juicio oral.

3.1. *La declaración de testigos protegidos*

Debemos mencionar a este respecto la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales.

La propia exposición de motivos de esta ley pone de manifiesto que en algunos casos los ciudadanos tienen reticencias a colaborar con la policía judicial y con la Administración de Justicia en determinadas causas penales ante el temor a sufrir represalias.

Ello conlleva, con frecuencia, que no se pueda contar con testimonios y pruebas muy valiosos en estos procesos.

Ante esta situación, el legislador procede a dictar normas que resulten eficaces en la salvaguarda de quienes, como testigos o peritos, deben cumplir con el deber constitucional de colaboración con la justicia.

El sistema implantado confiere al Juez de instrucción la apreciación racional del grado de riesgo o peligro y la aplicación de todas o alguna de las medidas legales de protección que considere necesarias, previa ponderación, de los distintos bienes jurídicos constitucionalmente protegidos; medidas que, en el marco del derecho de defensa, serán susceptibles de recurso en ambos efectos.

El art. 1 señala que *“las medidas de protección previstas en esta Ley son aplicables a quienes en calidad de testigos o peritos intervengan en procesos penales”*. Por lo que a nuestro objeto de estudio se refiere valoramos la posibilidad de que las personas prostituidas o tratadas sean declaradas testigos protegidos.

“2. Para que sean de aplicación las disposiciones de la presente Ley será necesario que la autoridad judicial aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en ella, su cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad o sus ascendientes, descendientes o hermanos”. Por lo tanto este riesgo deberá ser apreciado por el juez instructor (con la correspondiente motivación del auto de este riesgo apreciado).

Las medidas de protección que el juez puede adoptar se contienen en el art.2 de la ley y son las siguientes:

- Que no consten en las diligencias que se practiquen su nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión, ni cualquier otro dato que pudiera servir para la identificación de los mismos, pudiéndose utilizar para ésta un número o cualquier otra clave.
- Que comparezcan para la práctica de cualquier diligencia utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal.
- Que se fije como domicilio, a efectos de citaciones y notificaciones, la sede del órgano judicial interviniente, el cual las hará llegar reservadamente a su destinatario.

El art. 3.2 añade la siguiente:

“A instancia del Ministerio Fiscal y para todo el proceso, o si, una vez finalizado éste, se mantuviera la circunstancia de peligro grave prevista en el artículo 1.2 de esta Ley, se brindará a los testigos y peritos, en su caso, protección policial. En casos excepcionales podrán facilitárseles documentos de una nueva identidad y medios económicos para cambiar su residencia o lugar de trabajo. Los testigos y peritos podrán solicitar ser conducidos a las dependencias judiciales, al lugar donde hubiere de practicarse alguna diligencia o a su domicilio en

vehículos oficiales y durante el tiempo que permanezcan en dichas dependencias se les facilitará un local reservado para su exclusivo uso, convenientemente custodiado.”

La declaración de testigos protegidos se instrumenta mediante auto; La práctica habitual es que se forme una pieza separada de testigos protegidos donde constarán los datos de los referidos testigos, que deberá ser custodiada por el Secretario Judicial.

Una vez declarados testigos protegidos en las declaraciones en sede de instrucción se pueden adoptar distintas precauciones, que deben respetar siempre los principios de contradicción y defensa, como por ejemplo realizar estas declaraciones mediante videoconferencia (en sede judicial con todos los requisitos que requieren nuestras leyes procesales para garantizar la identidad del declarante) declarando mediante distorsionadores de voz, detrás de un biombo etc.

3.2. Utilización de la declaración realizada en fase de instrucción como prueba en la fase de juicio oral

En la STS, SALA 2ª, de 24 de Febrero del 2009 en el recurso 10014/2008, se recoge que en el caso de testigos en el extranjero su falta de obligación de comparecer (art. 410 LECr) no equivale a la imposibilidad de la misma, porque ni impide su citación a través de las normas sobre asistencia recíproca internacional en el ámbito penal, ni impide su declaración en el extranjero a través del auxilio judicial. Sólo si no se conoce el paradero del testigo residente en el extranjero o si, citado, no comparece, o si su citación se demora excesivamente, pudiendo producir dilaciones indebidas, cabe utilizar el excepcional mecanismo del art. 730 de la LECr . La doctrina mayoritaria de la Sala 2ª no justifica la aplicación directa del art. 730 de la LECr , a partir del mero dato de la residencia del testigo en el extranjero, exigiendo el previo fracaso de su citación intentada o de su declaración en el país de residencia.

Es bien conocida la doctrina, también proclamada por el Tribunal Constitucional, que se recoge en la STS 882/2008 de 17 de diciembre, conforme a la cual en principio, únicamente pueden considerarse auténticas pruebas (STC de 18 de junio de 2.001 y SS.T.S. de 20 de septiembre y 5 de noviembre de 1.996, 4 de febrero, 18 de marzo y 30 de mayo de 1.997, 23 de junio y 26 de julio de 1.999 y 3 de noviembre de 2.000, entre otras), que vinculen al Tribunal encargado de dictar sentencia, las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que en forma oral se desarrolla ante el mismo Juez o Tribunal sentenciador. Por el contrario, las diligencias sumariales son actos de investigación encaminados

a la averiguación del delito e identificación del delincuente (art. 299 L.E.Cr.) que no constituyen en sí mismas pruebas de cargo, pues su finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos, para que éstos trasciendan a la resolución judicial, sino la de preparar el juicio oral, proporcionando a tales efectos los elementos necesarios para la acusación y defensa y para la dirección del debate contradictorio atribuido al juzgador.

En la Sentencia de 30 de junio de 2.008, se resume la doctrina que el Tribunal Constitucional enunciaba en la Sentencia de 18 de junio de 2.001 en la que se concretan los requisitos que han de concurrir para valorar como prueba las diligencias practicadas en fase de instrucción:

- a) material: que versen sobre hechos que, por su fugacidad, no puedan ser reproducidos el día de la celebración del juicio oral;
- b) subjetivo: que sean intervenidas por la única autoridad dotada de la suficiente independencia para generar actos de prueba, como es el Juez de instrucción, sin perjuicio de que, por especiales razones de urgencia, también esté habilitada la policía judicial para realizar determinadas diligencias de constancia y recoger y custodiar los elementos del cuerpo del delito;
- c) objetivo: que se garantice la contradicción, para lo cual, siempre que sea factible, se le ha de permitir a la defensa la posibilidad de comparecer en la ejecución de dicha prueba sumarial, a fin de que pueda interrogar al testigo; y, por último,
- d) formal: que el régimen de ejecución de la prueba sumarial sea el mismo que el del juicio oral (diferenciándose de este modo de los correlativos actos de investigación en los que las preguntas de las partes han de formularse a través del Juez de instrucción), así como que su objeto sea introducido en dicho juicio público mediante la lectura de documentos, la cual ha de posibilitar someter su contenido a la confrontación de las demás declaraciones de los intervinientes en el juicio oral (SSTC 217/1989, de 21 de diciembre)

Es decir, que solamente si los testigos no pueden ser localizados y si la prueba en fase instructora se ha practicado con las debidas garantías que hemos señalado, podrá reproducirse en el ámbito del juicio oral.

Es importante que se lleve a cabo esta diligencia con las debidas garantías, pues la experiencia demuestra la dificultad en encontrar en fase de enjuiciamiento

a estos testigos, y para los delitos objeto de nuestro análisis la declaración de los mismos como hemos incidido es la piedra angular de una eventual sentencia condenatoria.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- BEDMAR CARRILLO, E., “El bien jurídico protegido en el art. 177 bis del Código Penal”, en *La Ley Penal*, junio 2012.
- GARCÍA SEDANO, T., “La reforma del Código penal español motivada por la trasposición de la Directiva 2011/36, sobre prevención y lucha contra la trata de seres humanos y protección de las víctimas”, en *Rejie* (Revista jurídica de Investigación e Innovación educativa, Universidad de Málaga), nº 8 (Junio de 2013).
- GÓMEZ TOMILLO, M., “Derecho penal sexual y reforma legal: Análisis desde una perspectiva político criminal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), 2005, núm. 07-04.
- Informe Mundial sobre la Trata de personas, año 2012. UNDOC (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito).
- Informe de Estimación Mundial sobre el trabajo forzoso. 2012. Organización Internacional del Trabajo.
- LUZÓN CUESTA, J. M^a, *Compendio de Derecho Penal, Parte Especial* DYKINSON, S.L., Madrid 2011.
- MARINA, J.A., “Lucha por la dignidad”. Ponencia del Congreso Internacional *Derechos Humanos y Prostitución*. Ayuntamiento de Madrid 2006.
- SOLANA, J. L., “Movimientos migratorios, trabajadoras inmigrantes y empleo en la prostitución”, en *Documentación Social* (Universidad de Jaén), 2012.

