

TRATA DE PERSONAS, PROSTITUCIÓN Y POLÍTICAS MIGRATORIAS*

Esther Hava García
Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Cádiz

Resumen: El presente artículo analiza las características actuales que presenta el tráfico de seres humanos con fines de su explotación sexual, el perfil de la víctima de la trata, las normas establecidas para la prevención y persecución de esta actividad criminal, así como el debate abierto en torno a la regularización o la abolición total de la prostitución en el marco jurídico. Los efectos de dicha polémica influyen tanto en las sucesivas reformas que han experimentado los preceptos penales como en la jurisprudencia que los aplica en España.

Palabras clave: Tráfico de seres humanos para su explotación sexual. Prostitución. Políticas migratorias. Derecho Penal.

Abstract: This research paper analyses the current characteristics that has Traffic in Human Beings for Sexual Exploitation, trafficking victim's

Recibido: junio de 2006. Aceptado: agosto de 2006

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación "Sistema penal y colectivos de riesgo laboral específico (inmigrantes, mujeres, jóvenes) en Andalucía" (Ref. SEJ/713).

profile, establishing laws rules for prevention and persecution of this criminal activity as well as the open Discussion about total legalization or abolition of prostitution in legal framework. This great controversy has influence on the successive reforms of criminal law and the jurisprudence that applies it in Spain.

Keywords: Traffic in Human Beings for Sexual Exploitation. Prostitution. Migration Policies. Criminal Law.

1. La internacionalización de la trata de personas

Tal y como sucede con muchas otras formas de violencia contra mujeres y niños, y pese a la notable alarma social que la trata de personas suscita, aún no se dispone de estadísticas fiables sobre el tráfico sexual de seres humanos a nivel nacional, regional e internacional. El amplio rango de actividades y la multiplicidad de agentes, públicos y privados, que aparecen envueltos en los procesos de prevención, indagación y persecución de la trata de personas, junto con la naturaleza clandestina y encubierta de dichas actividades y sus posibles enlaces con el crimen y la corrupción, son algunos de los factores que, a juicio de Naciones Unidas, hacen que la medida de este fenómeno resulte compleja y problemática¹.

No obstante, aunque la trata de personas para su explotación sexual constituye una negocio criminal de imprecisa aritmética, se sabe al menos que cada año miles de personas (entre 700.000 y dos millones de mujeres y niños, según los datos que manejaba el gobierno de Estados Unidos en 1998²) son objeto de

1 Department of Economic and Social Affairs of the United Nations, *The World's Women 2005: Progress in Statistics*, Nueva York, Naciones Unidas, 2006, págs. 68 y 73.

2 No obstante, según manifiesta la Organización Internacional para las Migraciones, el estudio norteamericano no aclara suficientemente los cálculos realizados para llegar a tales cifras ("Nuevas cifras de la OIM sobre la escala mundial del tráfico de personas", *Boletín trimestral de la OIM*, núm. 23, abril de 2001).

este “nuevo comercio de esclavos”³; que dicho comercio proporciona a las organizaciones delictivas que lo controlan y explotan pingües beneficios (entre 10.000 y 15.000 millones de dólares anuales, según estimaciones de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa), y que el fenómeno parece haber aumentado en gravedad y magnitud en los últimos tiempos.

A menudo se hace referencia a dos grupos de factores para explicar las razones del incremento del número de casos de trata de personas, así como de su expansión a nuevas zonas geográficas: por un lado, el aumento de las dificultades socio-económicas en el país de origen (pobreza, desigualdad, conflictos armados⁴, desastres naturales); por otro lado, los enormes obstáculos a la migración legal que establecen los países de destino en sus respectivas reglamentaciones sobre extranjería.

En efecto, al igual que todas las demás formas de migración irregular, la trata de personas para su explotación sexual presupone casi invariablemente el traslado de las víctimas desde las zonas continentales más depauperadas hacia los Estados que ejercen sobre ellas una mayor influencia socio-económica, debido fundamentalmente a su cercanía geográfica⁵. La dureza de las

3 Esta expresión se ha popularizado para hacer referencia al fenómeno del tráfico de personas desde que la utilizara públicamente el Presidente de Nigeria, Olusegun Obasanjo, durante una Conferencia Pan-Africana sobre tráfico de seres humanos celebrada en Lagos en febrero de 2000.

4 En ocasiones, la trata tiene lugar en zonas de conflicto armado con la aquiescencia de representantes de ciertos organismos internacionales cuyo objetivo teórico es, precisamente, el mantenimiento de la paz y la protección de las víctimas. Al respecto, véase el Informe de la Sra. Radhika Coomaraswamy, Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, presentado de conformidad con la resolución 2000/45 de la Comisión de Derechos Humanos: *La violencia contra la mujer perpetrada y/o condonada por el Estado en tiempos de conflicto armado (1997-2000)*, Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, E/CN.4/2001/73, de 23 de enero de 2001, págs. 27 y ss.

5 Así por ejemplo, las mujeres procedentes del sureste asiático suelen ser trasladadas a países de América del Norte, en tanto que las africanas son enviadas principalmente a Europa occidental. De forma paralela, la grave inestabilidad

condiciones de vida que sufren los habitantes de los países más pobres, unida a las tremendas dificultades para obtener un permiso de trabajo y residencia, hacen que esta modalidad de explotación constituya en la actualidad un fenómeno en expansión que, en el marco de la globalización, aporta a los inversores la ventaja de obtener un amplio margen de beneficio sin necesidad de respetar los derechos y libertades fundamentales de la parte más débil de la relación, gracias, entre otras razones, al rechazo social que frecuentemente suscita la prostitución y quienes la ejercen⁶.

1.1. La industria del sexo en el siglo XXI

Aunque la trata de personas aparece hoy, como siempre, casi inexorablemente vinculada al género de la mayoría de sus víctimas (mujeres y niñas)⁷, dicho fenómeno ha ido adquiriendo

política y económica que provocó la desintegración de la Unión Soviética en los países de su órbita de influencia, ha conducido a un aumento espectacular del número de mujeres de Europa central y oriental que son objeto de este tráfico, con destino a la Unión Europea. E. HAVA GARCÍA, “La lucha contra la trata de personas para su explotación sexual. Instrumentos punitivos disponibles y factores criminógenos derivados del sistema”, en E. Ruiz Pérez (coord.), *Mujer y Trabajo*, ed. Bomarzo, Albacete, 2004, pág. 206.

- 6 E. HAVA GARCÍA, “Prostitución e inmigración clandestina”, *Revista de Derecho Social*, núm. 32 (2005), pág. 203.
- 7 En cambio, pocas veces se estudia este tipo de tráfico desde su dimensión racial. En efecto, no se ha analizado suficientemente si la pertenencia a determinadas razas o grupos étnicos hacen más probable que las víctimas de la trata de personas sean mujeres y niñas. Sin embargo, cuando se empieza a examinar qué mujeres corren más riesgo de ser víctimas de la trata, queda claro que dicho riesgo aumenta de manera proporcional al grado de marginación racial y social que experimentan. Por otro lado, la raza y la discriminación social pueden no sólo constituir un factor de riesgo, sino también determinar el trato al que son sometidas las mujeres en los países de destino. Finalmente, la ideología racista y la discriminación racial, étnica y por razón de sexo pueden crear en la región o país receptores una demanda que podría contribuir a la trata de mujeres y niñas. CONFERENCIA MUNDIAL CONTRA EL RACISMO, “La dimensión racial de la trata de personas, especialmente mujeres y niños”, publicado en <http://www.un.org/spanish/CMCR/issues.htm> (citado 26 junio 2006).

en los últimos años ciertos caracteres que permiten diferenciarlo de lo que antaño fuera definido como “trata de blancas” en los instrumentos internacionales decimonónicos y de principios del siglo XX⁸. En especial a partir de los años setenta, el mercado del sexo ha experimentado una compleja evolución en los países desarrollados, que ha modificado no sólo la fisonomía de los locales destinados a la explotación de la prostitución, sino también las preferencias de la clientela que acude a este tipo de negocios. Así, las antiguas casas de citas y los clásicos burdeles han sido sustituidos por ciertos clubes, que constituyen auténticos hipermercados del sexo, o bien por otro tipo de establecimientos con nombres más sofisticados (como saunas, salones de masaje, *peep-shows*, etc.), en los que trabajan una gran variedad de mujeres extranjeras -baratas y exóticas- y en los que se ofrece una amplia gama de servicios sexuales, de acuerdo con lo que marquen las modas del momento⁹. De hecho, además de las tradicionales relaciones carnales a cambio de un precio, la actual industria del sexo, más compleja y diversificada, ofrece a sus clientes otros muchos productos tales como por ejemplo las líneas telefónicas eróticas, el sexo virtual por Internet, los *sex shops* con cabinas privadas o las revistas y películas porno. Desde esta perspectiva, no parece tan descabellado afirmar que “lo que existe no es *la prostitución* sino un montón de distintos *trabajos sexuales*”¹⁰.

Por otro lado, parece obvio que esta evolución, lejos de ser casual, se halla íntimamente ligada a la dinámica del sistema neocapitalista reinante; dicho de otro modo: el auge y las características actuales tanto de la trata de personas como del ejercicio de la prostitución no pueden entenderse al margen de los cambios

8 Sobre dicha evolución, ampliamente, E. MURPHY, *Historia de los grandes burdeles del mundo*, Madrid, Temas de Hoy, 1989.

9 M. MAQUEDA ABREU, “El tráfico de personas con fines de explotación sexual”, *Jueces para la Democracia*, núm. 38 (2000), pág. 25.

10 L. M. AGUSTÍN, “Trabajar en la industria del sexo”, en *Mujeres en Red* (http://www.nodo50.org/mujeresred/laura_agustin-1.html, citado 27 junio 2006), también publicado en OFRIM/Suplementos, núm. 6 (2000), págs. 155 a 172.

que ha provocado la globalización, tecnológica y económica, no sólo en las demandas de los consumidores, sino también en el mercado laboral y en las políticas migratorias de los estados más favorecidos¹¹.

En este contexto, es posible que la diversidad de colocaciones que ofrece hoy en día la industria del sexo constituya un reclamo para un número relevante de mujeres (jóvenes, pobres, con cargas familiares y escasas alternativas en su país de origen) que, o bien no han sido capaces de conseguir los documentos necesarios para desarrollar un trabajo legal en el país de destino, o bien encuentran sus otras opciones desagradables, difíciles o mal pagadas (limpieza, servicio doméstico, cuidado de ancianos o niños)¹². El trabajo sexual, en definitiva, puede en estos supuestos presentarse por el “empleador” como una forma de ganar mucho dinero de forma rápida y flexible sin necesidad de contar con una formación cualificada. Una vez en el país de destino, la “empleada” conocerá las desventajas que el carácter clandestino de dicha colocación conlleva: en el mejor de los casos, la imposición de unas condiciones abusivas en el empleo sin posibilidad de defensa; en el peor de los casos, amenazas, agresiones sexuales, privación de libertad y ataques a su integridad física y moral.

1.2. El marco internacional

La comunidad internacional se ocupó por vez primera del fenómeno en el *Convenio para la Eliminación de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena*, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1949. En su Preámbulo, la Convención declaraba que “la prostitución y el mal que la acompaña, la trata de personas para fines de prostitución, son incompatibles con la dignidad y el valor de la persona

11 Sobre los efectos de la globalización económica y de las políticas migratorias actuales en el fenómeno, ampliamente, M. MAQUEDA ABREU, *El tráfico sexual de personas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, págs. 13 y ss.

12 L. M. AGUSTÍN, “Trabajar en la industria del sexo”, cit.

humana y ponen en peligro el bienestar del individuo, de la familia y de la comunidad”, al tiempo que en su articulado instaba a los Estados partes a que “en la medida de lo posible atendieran adecuadamente [a las víctimas de la trata] ocupándose temporalmente de su mantenimiento y cuidado”; de forma paralela, se recomendaba repatriarlas “únicamente después de alcanzar un acuerdo [...] con el Estado de destino” y correr con los gastos del retorno “hasta el lugar fronterizo más cercano” cuando estas personas no pudieran hacerles frente¹³. No obstante, la lentitud con que se fueron produciendo las ratificaciones necesarias para que el Convenio entrara en vigor¹⁴ (Tailandia nunca lo ratificó), unida a las nuevas y más complejas formas de tráfico que se fueron organizando con el paso de los años, bastaron para dejar su texto completamente obsoleto.

De hecho, hubo que esperar casi hasta el final del siglo XX para que la ONU diera pasos más decididos en la lucha contra la trata de seres humanos para su explotación sexual. Así, en julio de 1998 se aprobaba en Roma el Estatuto de la Corte Penal Internacional, cuyo artículo 7.2.c) incluye el tráfico de seres humanos para su explotación sexual entre los “crímenes de lesa humanidad” como forma de esclavitud, y pocos meses más tarde la Asamblea General de Naciones Unidas creaba un Comité *Ad Hoc* intergubernamental con el propósito de redactar una convención internacional contra la delincuencia organizada transnacional y tres protocolos adicionales¹⁵.

El Comité mantuvo 11 sesiones en Viena desde enero de 1999 a octubre de 2000, a las que acudieron 120 países así

13 Artículo 19 de la Convención de 1949.

14 La ratificación por España de este Convenio de Naciones Unidas no se produjo hasta 1962. Dicha ratificación motivó, ya en 1963, una reforma penal para tratar de adecuar la legislación nacional en materia de prostitución al contenido del Convenio. Cfr. O. GARCIA PEREZ, “Los delitos relativos a la prostitución. Un análisis de los artículos 187 y 188 del CP”, *Actualidad Penal*, núm. 46 (2001), págs. 1093 y ss.

15 Resolución de la Asamblea General 53/111, de 9 de diciembre de 1998.

como un cierto número de ONGs internacionales que jugaron un papel clave en el proceso consultivo. En concreto, la Coalición contra el Tráfico de Mujeres Internacional (CATW), junto con el Movimiento por la Abolición de la Pornografía y la Prostitución (MAPP), la Liga Europea de Mujeres (EWL), la Asociación de Mujeres de Europa Meridional (AFEM) y la organización *Equality Now* de Estados Unidos, organizaron una coalición de 140 ONGs de todas partes del mundo, que supuso un factor fundamental en la elaboración del Protocolo sobre el tráfico de personas¹⁶.

El Comité *Ad Hoc* culminó la redacción de los textos en octubre de 2000, de modo que pocos días más tarde la Asamblea General de Naciones Unidas adoptaba *La Convención contra la Delincuencia Transnacional Organizada* y el *Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños*¹⁷. Los fines de dicho Protocolo, según declara su texto, son los siguientes: a) prevenir y combatir la trata de personas, prestando especial atención a las mujeres y niños; b) proteger y ayudar a las víctimas de dicha trata, respetando plenamente sus derechos humanos; y c) promover la cooperación entre los Estados parte para lograr esos fines. No obstante, las concretas medidas previstas en el Protocolo para dar cumplimiento a tan loables objetivos no dejan de ser, en consonancia con su naturaleza de *soft law*, meras directrices generales redactadas de una forma lo suficientemente ambigua como para que los diferentes Estados parte puedan darles cumplimiento sin necesidad de abordar profundas y eficaces reformas en su Derecho interno.

Así por ejemplo, el artículo 5 únicamente obliga a tipificar como delito las conductas objeto del Protocolo, sin señalar la

16 Especialmente intensos fueron los debates ocasionados por las divergencias que surgieron en torno a la definición de “tráfico” entre los distintos países y ONGs. En concreto, la Liga Internacional de Derechos Humanos defendía una definición genérica de tráfico, en tanto que otras organizaciones y Estados deseaban una que estuviera limitada a los casos en que se empleara fuerza.

17 Resolución 55/25 de 15 de noviembre de 2000. Hasta el momento 101 Estados han ratificado el contenido del Protocolo (http://www.unodc.org/unodc/crime_cicp_signatures_trafficking.html, consultada 27 junio 2006).

naturaleza o la cuantía de las penas a imponer a los culpables. Por lo que respecta a las víctimas del tráfico, la adopción de las previsiones destinadas a salvaguardar su asistencia y protección sólo será obligatoria para cada Estado parte, según señala el artículo 6, “cuando proceda”, dejando a su libre consideración “la posibilidad de adoptar medidas legislativas u otras medidas apropiadas que permitan a las víctimas de la trata de personas permanecer en su territorio, temporal o permanentemente” (artículo 7).

Mucho más específico y detallado es en cambio el artículo 8, dedicado facilitar la repatriación de esas víctimas; en concreto, dicho precepto obliga al Estado parte del que sea nacional la víctima de la trata de personas, o en el que tuviese derecho de residencia permanente, a facilitar y aceptar “sin demora indebida o injustificada, la repatriación de esa persona teniendo debidamente en cuenta su seguridad” (obligación que también vinculará al Estado que disponga la repatriación, el cual, además, deberá realizarla “preferentemente de forma voluntaria”), al tiempo que establece otras disposiciones adicionales “a fin de facilitar la repatriación de toda víctima de la trata de personas que carezca de la debida documentación”. De este modo, y en definitiva, la medida regulada con más detalle en el Protocolo contra la trata de personas va dirigida a facilitar el ejercicio de la política migratoria del país receptor, ignorando de forma palpable la posible concurrencia de uno de los factores que más directamente coadyuvan al incremento de dicho fenómeno delictivo: la necesidad o el deseo que tiene la víctima de abandonar su país en busca de un destino mejor.

Por lo demás, quizá lo más relevante del Protocolo sea el concepto, quizá un tanto farragoso, que proporciona de la “trata de personas”, a la que define como “la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de fuerza u otras formas de coacción, al raptó, 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”¹⁸.

El concepto de “trata de personas” que acaba de ser enunciado debe diferenciarse del de “tráfico ilícito”, fenómeno migratorio que, a su vez, se encuentra definido en el apartado a) del artículo 3 del *Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire* como “la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material”. Pues, tal y como aclara el Secretario de Naciones Unidas en su Informe sobre “Migración y desarrollo” de 2006, mientras que la trata de personas supone el engaño o coacción de las víctimas y su explotación constante en el lugar de destino, el tráfico ilícito ocurre con el pleno consentimiento de los migrantes: “Además, los tratantes obtienen beneficios de esa explotación, mientras que las relaciones entre quienes se dedican al tráfico ilícito y los migrantes cesan cuando el migrante alcanza su destino y paga la tarifa exigida. Por último, mientras que la trata es una vulneración de los derechos de las víctimas, el tráfico ilícito no lo es”¹⁹.

1.3. El marco europeo.

La Unión Europea ha adquirido un papel más activo en la lucha contra la trata de personas para su explotación sexual a partir de 1996, año en el que se hacía pública la Primera Comu-

18 Cuando se trate de menores de 18 años, la realización de dichas conductas se considerará “trata de personas” aunque no se recurra a ninguno de los medios ya enunciados. Por otro lado, el consentimiento dado por la víctima a cualquier forma de explotación de las descritas no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de dichos medios (artículo 3 del Protocolo).

19 ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, *Migración internacional y desarrollo. Informe del Secretario General*, Documento A/60/871 de 18 mayo de 2006, (pág. 82).

nicación de la Comisión sobre el tema²⁰. Pocos meses más tarde el Consejo adoptaba, sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, una Acción Común²¹ en la que se define la “trata de seres humanos”²² y la “explotación sexual” con respecto a niños y adultos²³, al tiempo que se determinan los tipos de conducta relacionados con el fenómeno que deben ser considerados infracciones penales²⁴. En concreto, el apartado A del Título II de la Acción obligaba a los Estados miembros a revisar su legislación interna, entre otras cuestiones, para garantizar que: a) la comisión de las infracciones relacionadas con la trata de personas, así como la participación o el intento de cometerlas se castiguen con penas eficaces, proporcionadas y disuasorias; b) las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables, penal o administrativamente, cuando dichas infracciones sean cometidas en su nombre o amparándose en ellas; c) las sanciones aplicables incluyan, al menos en los casos graves, penas privativas de libertad que puedan dar lugar a la extradición, la confiscación de los medios y ganan-

20 Primera Comunicación de la Comisión, de 20 de noviembre de 1996, al Consejo y al Parlamento Europeo relativo a la trata de blancas con fines de explotación sexual -COM (96) 567 final -.

21 Diario Oficial L 63 de 4 de marzo de 1997.

22 Como “cualquier conducta que facilite la entrada, tránsito, residencia o salida del territorio de un Estado miembro, con fines lucrativos, para la explotación sexual o los abusos sexuales”.

23 La “explotación sexual con respecto a un niño” consiste en “persuadir o coaccionar a un niño a participar en cualquier actividad sexual ilícita, explotar a un niño mediante la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales, utilizar niños para actuaciones y material pornográficos, sea producción, venta y distribución u otras formas de tráfico de este tipo, y la posesión de dicho material”. Con respecto a un adulto, se entenderá por explotación sexual “al menos la explotación del adulto mediante la prostitución”.

24 Explotación sexual o trata de personas con fines lucrativos para su explotación sexual, en las que se recurra a la coacción, en particular mediante violencia o amenazas, o al engaño, o haya abuso de autoridad u otras formas de presión, de modo tal que la persona carezca de una opción real que no sea la de someterse a la presión o abuso de que es objeto. Cuando se trate de niños, se castigarán las mismas conductas, junto a los abusos sexuales, aunque no concurran las condiciones anteriormente descritas.

cias de tales infracciones, y el cierre temporal o definitivo de los establecimientos que se hayan destinado a su comisión.

No obstante, la Comisión de la Unión Europea se lamentaba en diciembre de 2000 del incumplimiento de los objetivos fijados en la Acción Común, señalando como causa principal de su fracaso “la ausencia de definiciones, inculpaciones y sanciones comunes en el Derecho penal de los Estados miembros”²⁵. Para poner remedio a dicha situación, la Comisión elaboró una Propuesta de Decisión marco del Consejo con la finalidad de combatir no sólo las infracciones vinculadas a la trata de seres humanos con fines de explotación sexual, sino también las relacionadas con la trata destinada a la explotación laboral. Dicha propuesta se convertía en Derecho comunitario positivo tras la aprobación, el 19 de julio de 2002, de la *Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos*²⁶.

En su artículo 1, la Decisión marco introduce la definición de la trata de seres humanos con fines de explotación laboral o sexual, obligando a los Estados miembros a castigar penalmente toda forma de contratación, transporte, traslado o alojamiento de una persona privada de sus derechos fundamentales. En este contexto, el consentimiento de la víctima será indiferente cuando el autor de la infracción realice comportamientos típicos constitutivos de explotación en el sentido de la Decisión marco, esto es, mediante: a) el uso de la coacción, violencia o amenazas, incluido el rapto; b) el uso de engaño o fraude; c) el abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, de manera que la persona no tenga una alternativa real y aceptable, excepto someterse al abuso; y c) el ofrecimiento de compensaciones económicas. Asimismo, se prevé que la pena privativa de libertad a imponer por la comisión de los comportamientos anteriores no sea inferior a ocho años cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) se haya puesto en peligro la vida de la víctima; b) la víctima sea

25 En su Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo de 22 de diciembre de 2000 –COM(2000) 854 final–.

26 Diario Oficial L 203 de 1 de agosto de 2002.

especialmente vulnerable (por ejemplo, por su menor edad); c) se haya cometido la infracción mediante violencia grave o haya causado a la víctima daños particularmente graves; y d) se haya cometido el delito en el marco de una organización delictiva, tal y como la define la Acción común 98/733/JAI²⁷, con independencia del nivel de pena que en ella se contempla²⁸.

De forma paralela, la Comisión de la Unión Europea reconocía expresamente que el favorecimiento de la inmigración ilegal y la trata de seres humanos, si bien legalmente son dos figuras distintas, en la realidad coinciden a menudo: “Dado que se trata de inmigración ilegal, las víctimas están en situación administrativa irregular o por lo menos precaria. Incluso las víctimas de las figuras delictivas antes citadas no se atreven generalmente a acudir a las autoridades del país en el que se encuentran, por temor a que se les expulse inmediatamente a su país de origen debido a su situación respecto a la residencia. Esto representa para ellas volver a la situación de partida con el añadido de un fracaso –que callarán generalmente, impidiendo así a otras futuras víctimas no volver a caer en las mismas trampas. Se añade a esto el temor a que los autores de los delitos tomen medidas de represalia, directamente contra ellas, o contra su familia y allegados en el país de origen. Insatisfactoria desde el punto de vista de las víctimas, lo es también desde el punto de vista de las autoridades de los Estados miembros, que pretenden luchar contra este fenómeno, descubrir y desmontar las redes. En efecto, sigan en la clandestinidad o se alejen sin demora, las víctimas no dan información relevante sobre su situación, o sobre lo que han visto u oído. Ahora bien, las autoridades competentes en la investigación y persecución

27 Relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva.

28 La Decisión marco 2002/629/JAI se ocupa además de matizar algunos aspectos de la tipificación de la trata de personas ya apuntados en la Acción común de 1997, tales como la responsabilidad de las personas jurídicas, la cooperación judicial entre los Estados miembros, la asistencia y el estatuto procesal de las víctimas con especial atención a los niños, los criterios para determinar la distribución de competencias de enjuiciamiento, etc.

necesitan información, datos, con el fin de poder luchar de forma efectiva contra estas figuras delictivas. Lograr que las víctimas cooperen con las autoridades competentes permitirá recoger los distintos elementos de la información (nombres, direcciones, organizaciones, etc.) que conocen²⁹.

Fruto de los trabajos realizados por la Comisión, aunque con algunas modificaciones respecto de la propuesta inicial, era aprobada dos años más tarde la *Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes*³⁰, en la que se prevé la concesión de un permiso de residencia con una validez inicial de seis meses renovables, pero con una duración delimitada por la del correspondiente procedimiento incoado. De este modo, no es objetivo esencial de la propuesta proteger a las víctimas de la trata de personas, sino asegurar su estancia en el Estado receptor durante el tiempo en que pueda resultar “útil” para la persecución y condena de los culpables del delito. Por ello, el permiso de residencia de corta duración a la víctima puede denegarse, retirarse o no renovarse en cualquiera de los siguientes supuestos:

- Cuando, a juicio del Estado miembro, no resulte conveniente la estancia de dicha persona en su territorio a efectos de investigaciones o de acciones judiciales, una decisión adoptada por las autoridades competentes haya puesto fin al procedimiento pertinente, o bien éstas decidan desistir de la acción.

29 Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva del Consejo, relativa a la expedición de un permiso de residencia de corta duración a las víctimas de la ayuda a la inmigración ilegal o de la trata de seres humanos que cooperen con las autoridades competentes, presentada por la Comisión el 11 de febrero de 2002 –COM(2002) 71 final-.

30 Diario Oficial L 261 de 6 de agosto de 2004.

- Cuando la víctima reanude de forma activa, voluntaria y por iniciativa propia las relaciones con los presuntos autores de los hechos delictivos objeto de la Directiva, dejen de cooperar, o bien la autoridad competente considere que su cooperación o denuncia es “fraudulenta o infundada”.
- Cuando a ello se opongan “motivos relacionados con el orden público y la protección de la seguridad nacional”.

Finalmente, tampoco parecen dirigidas a la protección de las víctimas o a la prevención de la comisión de hechos delictivos otros dos instrumentos normativos que la Unión Europea promulgó poco antes del que se acaba de comentar: la *Directiva 2002/90/CE del Consejo, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares*, y la *Decisión marco del Consejo, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares*, ambas de 28 de noviembre de 2002³¹. En efecto, a pesar de que en sus respectivos expositivos ambas disposiciones declaran entre sus fines el de combatir la trata de seres humanos, una mera lectura de sus articulados basta para constatar que el objetivo real se reduce a reforzar la represión contra la simples entradas ilegales de personas dentro de las fronteras de la Unión Europea, obligando a los Estados miembros a adoptar sanciones de una severidad más que considerable (en algunos supuestos, equiparables a las previstas en la Decisión Marco 2002/629 para los casos más graves de trata) contra aquellos individuos que intencionadamente ayuden, a título oneroso o gratuito, a un no comunitario a entrar, transitar o permanecer ilegalmente en el territorio de un Estado miembro.

31 Diario Oficial L 328 de 5 de diciembre de 2002.

2. La trata de personas y el ejercicio de la prostitución en España

Como se sabe, nuestro país no es en modo alguno ajeno a la proliferación de las organizaciones dedicadas a la trata de personas para su explotación sexual. En concreto, la despenalización en 1995 de buena parte de las conductas relacionadas con el ejercicio de la prostitución ha propiciado en los últimos años el florecimiento, a lo largo de todo el territorio nacional, de un buen número de locales destinados a la industria del sexo; florecimiento que, según estimaciones de las diferentes instancias policiales, guarda una relación directa con otro fenómeno: la llegada a España de miles de personas, normalmente mujeres procedentes en su mayoría de Latinoamérica y el este de Europa, que son captadas con el objeto de proveer de mano de obra a dichas empresas³². En concreto, dentro de la demarcación de la Guardia Civil se contabilizaron en el año 2004 más de un millar de establecimientos dedicados a la prostitución, vulgarmente conocidos como “clubes de carretera”, en los que trabajan miles de mujeres, casi todas extranjeras (más del 90 por ciento), de las cuales, sin embargo, sólo formalizaron denuncia el 1 por ciento³³.

2.1. El perfil de la víctima.

Algunos de los motivos que explican el escaso número de denuncias guardan cierta relación con las diferentes tipologías de víctimas que produce la trata de personas para su explotación

32 E. HAVA GARCÍA, “Prostitución y delitos contra los derechos de los trabajadores”, *Revista de Derecho Social*, nº 11(2000), págs. 179 y ss.

33 Aproximadamente el 60 por ciento de las mujeres prostituidas proceden del continente americano (fundamentalmente colombianas y brasileñas), otro 30 por ciento son europeas (especialmente rumanas y rusas) y el resto africanas (principalmente nigerianas y marroquíes). En cambio, la presencia en los clubes de mujeres asiáticas y españolas puede considerarse escasa (UNIDAD TÉCNICA DE POLICÍA JUDICIAL DE LA GUARDIA CIVIL, *Informe criminológico: Tráfico de seres humanos con fines de explotación sexual. Años 2003 y 2004*, Departamento de Análisis Criminal, Madrid, 2005, pág. 27).

sexual. Así, un primer grupo estaría formado por aquellas mujeres que son engañadas en sus países de origen, recibiendo ofertas de trabajo “honorables” (fundamentalmente en el servicio doméstico y hostelero) y, una vez en nuestro territorio, son forzadas a ejercer la prostitución; en estos casos, si bien algunas víctimas logran escaparse y denunciar, es posible que muchas prefieran no hacerlo por miedo a las represalias que puedan tomar sus captores con ellas y con sus familias. Un ejemplo de este tipo de supuestos es objeto de enjuiciamiento en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2005:

«Los acusados Plácido y Ana María, mayores de edad y sin antecedentes penales, acordaron en el verano de 2003 alquilar un piso en Vigo para el ejercicio de la prostitución, aportando Plácido los medios económicos. Con el fin de conseguir mujeres que ejercieran la prostitución, Ana María se puso en contacto con “Monja”, “Gatita” y “Gordi” (así denominadas tras haber sido declaradas testigos protegidas por Auto del Juzgado de Instrucción de 22 de septiembre de 2003). A dichas mujeres, mayores de edad, que vivían en Brasil y a las que conocía, para convencerlas de que viajaran a Vigo, les prometió un trabajo en la hostelería de esta ciudad, así como hacerse cargo de sus gastos de traslado y manutención, que podrían devolver, posteriormente, con el producto de sus salarios. “Monja”, “Gordi” y “Gatita” accedieron, ante la perspectiva de obtener un trabajo legal en España y lograr unos ingresos económicos con los que ayudar a su familia. A tal fin, Vicente, hermano de Ana María, compró en Brasil tres pasajes de avión desde São Paulo a París, para el día 31 de julio de 2003 de ida y vuelta, para pasar como turistas. Tras una estancia de dos días en la capital francesa, las referidas mujeres viajaron en autobús hasta Vigo, llegando el 5 de agosto de 2003, donde fueron recibidas por los acusados Plácido Ana María, y trasladadas al piso alquilado, situado en el número... de la calle.... Durante su estancia en dicho domicilio, los acusados, pidieron a “Monja”, “Gordi” y “Gatita”, la entrega de sus pasaportes y billetes de ida y vuelta de avión, con el pretexto de que lo hacían por razones de seguridad, y los depositaron en una caja fuerte, cuya combinación sólo conocían aquellos; las maletas de las tres mujeres las guardaron en un trastero que fue cerrado con llave. Durante los primeros días,

“Monja”, “Gordi” y “Gatita”, en alguna ocasión, salieron de tiendas, playa, y bares, pero siempre acompañadas de uno o de ambos acusados. Transcurrido estos primeros días, los acusados les dijeron que tenían que pagar el supuesto importe del pasaje (4.000 €) y los gastos de estancia y manutención, y que el trabajo que tenían que desempeñar para ello era la prostitución. “Monja”, “Gatita” y “Gordi”, viéndose sin documentación acreditativa de su identidad, sin dinero, en un país extranjero, y sin otro contacto en el mismo que no fuera los que tenían con los acusados, accedieron a lo que Plácido y Ana María les exigían, como única forma de pagar su deuda y volver a Brasil cuanto antes. Plácido y Ana María se quedaron con la totalidad de los ingresos obtenidos por “Monja”, “Gordi” y “Gatita” por el ejercicio de la prostitución. Plácido era poseedor de dos armas de fuego simuladas, portando una de ellas continuamente en el cinturón, a la vista de “Monja”, “Gordi” y “Gatita”, cuando se encontraba en el piso, teniendo la otra guardada en su automóvil. “Monja”, “Gordi” y “Gatita”, desconocían que las armas eran de “fogueo”. De otra parte, Plácido, realizaba comentarios en voz alta en el piso, de manera que pudieran oírle “Monja”, “Gatita” y “Gordi”, sobre el trágico destino que habían tenido otras mujeres, que habían tratado de escapar sin saldar sus deudas. “Monja”, “Gatita” y “Gordi” “carecían de permiso de residencia y de trabajo en España».

De forma paralela, llega a nuestro país otro grupo cada vez más nutrido de mujeres que desde el principio pretenden ejercer la prostitución voluntariamente, para lo cual contactan con ciertas organizaciones que les proporcionan el desplazamiento y la plaza en algún club, consintiendo muchas veces en la imposición de unas nefastas “condiciones laborales” que, aunque saben que originan un enriquecimiento fácil de la organización a su costa, a ellas les reportan al menos unos ingresos que a veces pueden calificar de “satisfactorios”; cuando a este segundo grupo de mujeres se les plantea la posibilidad de salir de esa situación de explotación y buscar otro medio de vida, se produce un vacío de alternativas, puesto que no hay inmediatamente disponible ninguna opción laboral suficientemente rentable ni para saldar a corto plazo la deuda contraída con la organización ni para ase-

gurar ingresos suficientes como para garantizar su subsistencia en España y a la vez ayudar a los familiares que han dejado en el país de origen: “Todos estos factores contribuyen a perpetuar en el tiempo la sujeción ‘voluntaria’ de la mujer al ejercicio de la prostitución sin que tengan que mediar otros modos coactivos, y, evidentemente, favorecen que no se formalicen denuncias más que en los casos verdaderamente insoportables”³⁴. A este segundo grupo de supuestos pertenece, por ejemplo, el caso enjuiciado por la reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 1 de marzo de 2006:

«En el mes de octubre del año 2002 llegó a España a través del Aeropuerto de Barajas una ciudadana brasileña que se dirigió al hostel Latinos en la localidad de Miajadas y del que era dueño el acusado Juan Pablo, mayor de edad y sin antecedentes penales, socio y administrador único de la entidad Hostelería Joymo, S.L. a la que pertenecía el inmueble. El local empezó a funcionar en el año 2002 y en el mismo únicamente se han hospedado mujeres de nacionalidad extranjera, que nada más llegar al establecimiento eran obligadas a firmar con Juan Pablo un contrato de hospedaje redactado unilateralmente por éste y que las imponía un horario de trabajo consistente en que tenían que bajar al salón y permanecer en el mismo desde las diecisiete horas (cinco de la tarde) hasta las tres de la madrugada, librando un día a la semana. Las mujeres estaban obligadas a vestir ropas insinuantes y sugerentes que realzaran sus encantos y debían acercarse a los hombres en actitud cariñosa y complaciente a fin de inducirles a consumir bebidas, repartiéndose la mujer y el club el dinero de las consumiciones que la fémica hiciera. Las mujeres estaban todas hospedadas en el hostel y abonaban doce euros diarios en concepto de alojamiento, así como distintas cantidades en concepto de sábanas de usar y tirar, preservativos, esponjas y todo lo que aquéllas necesitaran para mantener relaciones sexuales con los clientes que acudían al salón-bar y concertaban servicios (sexuales) con las chicas allí alojadas... En el interior del local «Hotel Latino» y bajo la inmediata dirección y control del dueño del establecimiento, Juan

34 Op. cit., pág. 16.

Pablo, las codemandadas se ocupan de que los clientes consuman con ellas las bebidas que se sirven en el establecimiento y ello a cambio del 50% del valor de cada una. El importe total les es satisfecho al final de cada jornada y se liquida por el dueño del local a las interesadas. Éstas deben realizar diariamente su actividad según el horario fijado de antemano que va de las 17 horas a las 3 horas del siguiente día».

A pesar de que, como se ha señalado, las circunstancias y sobre todo los motivos que provocan la entrada de estas mujeres en España y su ejercicio de la prostitución en nuestro territorio pueden ser sustancialmente distintos, existe no obstante un conjunto de características comunes a la mayoría de ellas que permite esbozar, siquiera a grandes rasgos, el perfil de la víctima de la trata de personas³⁵:

- Mujer joven, de edad comprendida entre los 20 y los 30 años.
- Nacionalidad extranjera y procedencia latinoamericana o de Europa del Este.
- Escasos recursos económicos y cargas familiares en su país de origen.
- Nivel de estudios medio o bajo.

Pero, al margen de las consideraciones anteriores, hay otro dato común a la mayoría de las víctimas de las redes de explotación de la prostitución que las hace especialmente reacias a la denuncia: son mujeres extranjeras en situación irregular, que entran en territorio español sin permiso de trabajo ni de residencia. En este contexto, la oferta de los beneficios que contiene el artículo 59 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tampoco constituye un elemento suficientemente motivador de la denuncia, puesto que conseguir esos beneficios es, en la práctica, muy difícil y costoso.

35 Cfr. J. L. SOLANA RUIZ, *Prostitución, tráfico e inmigración de mujeres*, Comares, Granada, 2003, págs. 158 y ss.

En efecto, tal y como señala el último Informe sobre *Tráfico de seres humanos* elaborado por la Guardia Civil, el artículo circunscribe su ámbito de aplicación a las víctimas de tráfico de seres humanos por redes organizadas que proporcionen “datos esenciales” para desarticularlas, “sin que esté tasado qué información es la esencial (hay mujeres que colaboran todo cuanto pueden sin que parezca suficiente)”. Por otro lado, “no existen plazos de tramitación, se requiere documentar a través de INTERPOL los antecedentes de las víctimas en sus países de origen, a veces existen problemas de coordinación entre las distintas FCSE, el proceso administrativo puede interferir con el proceso penal (se cuestiona el testimonio de la víctima porque busca regularizar su situación), y, un problema habitual, se requiere el pasaporte para llegar a conseguir el permiso de residencia de la víctima, cuando muchas organizaciones delictivas lo retienen o lo falsifican y sus consulados en España no les facilitan documentación”³⁶.

2.2. *El debate en torno al ejercicio de la prostitución.*

La “desregularización” de la prostitución que provocó el Código Penal de 1995 (en la actualidad su ejercicio libremente consentido por mayores de edad no está penado, pero tampoco se regula laboralmente) ha propiciado en los últimos tiempos un importante movimiento a favor del reconocimiento institucional de este negocio como una actividad comercial más. Buena prueba de ello fue la presentación en sociedad, en febrero de 2001, de la *Asociación Nacional de Empresarios de Locales de Alterne* (ANELA), que pretende el reconocimiento de los locales de alterne como una actividad hostelera específica, la obtención del epígrafe correspondiente a la cotización a la Seguridad Social en régimen autónomo o por cuenta ajena, y la lucha contra la “competencia ilegal” de la calle o de los locales no habilitados, pues

36 UNIDAD TÉCNICA DE POLICÍA JUDICIAL DE LA GUARDIA CIVIL, *Informe criminológico: Tráfico de seres humanos con fines de explotación sexual. Años 2003 y 2004*, cit., pág. 16, nota 11.

“no dan las garantías de seriedad, seguridad, limpieza e higiene, que estos establecimientos precisan”³⁷.

De forma paralela, han ido surgiendo otras organizaciones con el fin de reclamar derechos para las mujeres que trabajan en la industria del sexo y denunciar la estigmatización social de las prostitutas. En este contexto nace por ejemplo *Hetaira*, colectivo en defensa de los derechos de las prostitutas, entre cuyas reivindicaciones se encuentran el reconocimiento de la prostitución como actividad económica legítima, la garantía de los derechos de todas las personas que la ejercen a emigrar y establecer sus propios negocios, el respeto de la dignidad de las prostitutas y de su capacidad de decidir libremente, la persecución firme de las mafias dedicadas a la trata de personas y la destinación de recursos económicos y materiales a la creación de alternativas laborales para aquellas personas que voluntariamente decidan abandonar el ejercicio de la prostitución³⁸.

Frente a propuestas como las anteriores u otras similares, no han tardado en alzarse voces que, además de declararse contrarias a la regulación positiva de la prostitución como una actividad laboral, acusaron al gobierno español de violar unilateralmente los compromisos adquiridos por nuestro país ante la Comunidad Internacional, dada la vulneración de las prescripciones del Convenio Internacional de Naciones Unidas de 2 de diciembre de 1949, para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, que, a su juicio, suponía la despenalización en España de varias de las modalidades de proxenetismo previstas en dicho Convenio³⁹. Quizá debido a presiones de esta naturaleza, el legislador decidió introducir en el Código Penal,

37 Cfr. www.anela.cc (consultada 26 noviembre 2005).

38 HETAIRA, *Manifiesto por los derechos de las prostitutas*, Madrid, febrero de 2006 (<http://www.colectivohetaira.org/>, consultada 28 junio 2006).

39 Cfr. Conclusiones del *XVI Congreso Estatal de Mujeres Abogadas*, celebrado en noviembre de 2002 (<http://www.malostratos.org/images/pdf/XVI%20CONGRESO%20ESTATAL%20DE%20MUJERES%20ABOGADAS.pdf>, citado 26 noviembre 2005).

a través de la reforma operada por la Ley Orgánica 11/2003, no sólo un reforzamiento de la intervención punitiva frente al tráfico de seres humanos, sino también cierta forma de proxenetismo en el artículo 188.1; de este modo, desde el día siguiente a la publicación de la citada Ley Orgánica, se castiga en nuestro país al “*que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aún con el consentimiento de la misma*” con las mismas penas que a quien coacciona a alguien para que la ejerza⁴⁰.

3. La regulación penal

La tensión que genera, por un lado, el debate suscitado en torno a la regularización total de la prostitución y, por otro, la necesidad de cumplir los compromisos internacionales asumidos en materia de migración y tráfico de seres humanos, es patente tanto en las sucesivas reformas que han experimentado los preceptos legales⁴¹ como en la jurisprudencia que los aplica⁴²; juris-

40 El debate sobre la regularización de la prostitución ha vuelto hace unos meses al Congreso de los Diputados, donde se ha creado una ponencia en la Comisión Mixta de los Derechos de la Mujer para analizar el tema, tras la polémica suscitada por el *Borrador de Anteproyecto de Ley de Limitación de Servicios Sexuales Remunerados* del gobierno catalán, en el que se pretende regular el ejercicio de la prostitución voluntaria, y la tajante posición en contra de dicha regularización manifestada por el Instituto de la Mujer, que califica dicha actividad como “una práctica intrínsecamente degradante, incompatible con los valores de una sociedad democrática” (*El País*, 4 de febrero de 2006).

41 Los tipos penales relacionados con la persecución de las redes de prostitución han sido afectados, desde la promulgación del Código Penal de 1995, por tres reformas legislativas distintas: la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, que modificó entre otros el texto del artículo 188.1 y creó un nuevo apartado en el mismo precepto para acentuar la intervención punitiva contra el tráfico de personas para su explotación sexual; la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, que introdujo el artículo 318 bis, con el objetivo teórico de proteger a los ciudadanos extranjeros frente a los comportamientos que ponen en peligro su pleno acceso a los derechos que les reconoce el ordenamiento; y, finalmente, la ya mencionada Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre.

42 Así por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 11 de abril de 2005 mantiene que los problemas que suscita la calificación de ciertos comportamientos relacionados con la prostitución se derivan “*de*

prudencia que, por lo demás, sigue mostrando claras reticencias no sólo a la hora de considerar trabajadoras a las víctimas de las redes de prostitución, sino también a la hora de aplicar a estos comportamientos los tipos penales que castigan las migraciones clandestinas o, simplemente, el tráfico ilegal, ya sea de trabajadores o de ciudadanos extranjeros⁴³.

3.1. Delitos relativos a la prostitución

Al menos hasta la entrada en vigor de la reforma operada por LO. 11/2003, la mayoría de las sentencias que han analizado hechos constitutivos de trata de personas no han dudado a la hora de reconocer que constituyen un atentado contra la libertad sexual (castigado como determinación coactiva o fraudulenta al ejercicio de la prostitución en el reformado artículo 188.1 CP⁴⁴), pero fueron escasos, si no inexistentes, los fallos que los cali-

la profusión de normas concurrentes, producto de la inmoderada actividad legislativa que, reformando reiterada y parcialmente el Código Penal, hace correr seriamente el riesgo de ruptura de la coherencia del mismo”, mientras que otras sentencias se conforman con condenar a los autores de tales hechos por la comisión del delito tipificado en el artículo 188.1 del Código Penal, sin plantearse la existencia de otros delitos, ya sea de trata de personas (contemplado en el artículo 318 bis), ya relativo a los derechos de los trabajadores (al respecto, véanse por ejemplo las Sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba de 11 de febrero de 2005 y de la Audiencia Provincial de Valencia de 25 de enero de 2005).

- 43 Al respecto véase E. HAVA GARCÍA, “Prostitución e inmigración clandestina”, cit., págs. 206 y ss.
- 44 Tras la reforma operada por LO 11/1999, de 30 de abril, en el Título VIII del Código Penal, dedicado a los “*Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*”, el artículo 188.1 había quedado redactado en los siguientes términos: “*El que determine, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, será castigado con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses*”. Como se mencionó, la LO 11/2003 ha añadido a dicho apartado un inciso final en el que se castiga con las mismas penas a “*el que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma*”.

ficaron además conforme a lo previsto en el anterior número 2 del mismo precepto⁴⁵, que castigaba con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses a “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 necesidad o vulnerabilidad de la víctima”⁴⁶.

La interpretación doctrinal que se le dio al antiguo artículo 188.2 CP como forma anticipada de ejecución del número anterior del mismo precepto probablemente favoreció la casi total inaplicación del tipo, calificado como una cláusula de extensión de la punibilidad por entender que elevaba a la categoría de delito consumado lo que, desde el punto de vista de la libertad sexual, no pasaría de ser una fase de la tentativa del delito de determinación coactiva o fraudulenta a la prostitución en aquellos casos en que la víctima, una vez llegada al país, consiguiera eludir la acción de la organización criminal⁴⁷. Incluso se llegó a afirmar que el artículo

45 Sobre dicho precepto, ampliamente, M. MAQUEDA ABREU, *El tráfico sexual de personas*, cit., págs. 23 y ss.

46 En la actualidad, el artículo 188.2 CP recoge un tipo agravado de la determinación coactiva o fraudulenta de la prostitución: “*Se impondrán las penas correspondientes en su mitad superior, y además la pena de inhabilitación absoluta de seis a 12 años, a los que realicen las conductas descritas en el apartado anterior prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público*”.

47 “Del mismo modo, supone también asimilar a la autoría conductas que no pasarían en muchos casos de poder ser consideradas como de mera complicidad, al admitirse formas de favorecimiento indirecto, como podrían ser la expendición de documentación falsa –pasaportes, permisos de residencia, precontratos de trabajo- o cualquier otra clase de cobertura a dicho tráfico” –cfr. F. MORALES PRATS/R. GARCIA ALBERO, “De los delitos relativos a la prostitución”, en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 2ª ed., Pamplona, Aranzadi, 2001, pág. 921-. Interpretaba asimismo el antiguo artículo 188.2 CP como una forma de tentativa del delito previsto en el apartado anterior F. MUÑOZ CONDE (*Derecho Penal. Parte especial*, 14ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pág. 240), quien además estimaba que “quizás debería haberse castigado con menor pena”.

188.2 CP penalizaba un mero acto preparatorio, que de otro modo quedaría al abrigo de la intervención penal, dada la vigencia en nuestro ordenamiento del principio de punición excepcional de dichos actos: “el tipo se refiere a conductas cuyo sentido es atraer al sujeto pasivo al lugar en que tendrá lugar la determinación a la prostitución por alguno de los medios mencionados en el art. 188.1. En efecto, cuando en un país extranjero se le ofrece a una persona un puesto de trabajo en España, ofreciéndole el billete de avión y una cantidad de dinero para que entre como turista, todavía no se ha realizado ninguna actividad encaminada a crear en la otra persona la decisión de dedicarse a la prostitución. Estamos justamente ante una condición previa y necesaria: situarla en el lugar donde se van a emplear los medios típicos para determinarla a la prostitución. *Se trata de una conducta que tiene la misma significación que la concertación de una supuesta cita en un determinado lugar en el que se va a matar a alguien*”⁴⁸.

Aparte de que resultaba cuestionable que la utilización de los medios señalados en la anterior redacción del artículo 188.2 CP no fueran predicables respecto del traslado, sino sólo en relación al ejercicio de la prostitución⁴⁹, ya entonces tanto los instrumentos internacionales como los datos criminológicos sobre el fenómeno de la trata de personas parecían avalar una interpretación contraria del precepto, partidaria de su consideración como un tipo autónomo.

En efecto, el tráfico de personas para su explotación sexual constituye un delito plurisubjetivo, que no sólo pone en peligro la libertad sexual de la víctima, sino que además lesiona su dignidad como ser humano, en la medida en que al ser utilizada como un “objeto” de ese tráfico resulta “cosificada” por los miembros

48 O. PEREZ GARCIA, “Los delitos relativos a la prostitución. Un análisis de los artículos 187 y 188 del CP”, cit., pág. 1105.

49 El tenor literal del artículo 188.2 CP también permitía considerar que era el favorecimiento de la entrada, estancia o salida del territorio nacional el que debía realizarse “empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o necesidad o vulnerabilidad de la víctima”.

de la organización criminal. De este modo, la trata con fines de explotación sexual constituye ya de por sí un grave atentado contra la integridad moral del que la sufre, y crea además una multiplicidad de riesgos para otros bienes jurídicos, tanto individuales (libertad sexual, libertad ambulatoria, patrimonio, salud, vida) como colectivos (condiciones del mercado laboral, control institucional sobre los flujos migratorios, etc.). En definitiva, el móvil sexual especificado en el precepto comentado hubiera venido a cualificar, como mucho, lo que ya constituía un pleno desvalor de resultado.

En cualquier caso, lo cierto es que la regulación penal anterior contenía importantes defectos técnicos que restaban eficacia al antiguo artículo 188.2 CP en la lucha contra las redes criminales dedicadas a la trata de personas para su explotación sexual. Así, llamaba poderosamente la atención el hecho de que no se hubiera incluido en la reforma de 1999, para el caso de determinación a la prostitución de mayores de edad, la agravante por la pertenencia del culpable a una organización dedicada a tales actividades⁵⁰, ni se hubiera previsto la aplicación de las medidas contempladas en el artículo 129 CP en el supuesto de que dichos comportamientos se realizasen en el seno de una persona jurídica⁵¹.

50 Para solucionar este dislate legislativo, proponía M. MAQUEDA ABREU entender que en estos supuestos se producía un concurso de delitos con el de asociación ilícita (“El tráfico de personas con fines de explotación sexual”, cit., pág. 27).

51 El artículo 194 CP establece para los hechos tipificados en los capítulos IV y V del mismo Título (delitos de exhibicionismo y provocación sexual, relativos a la prostitución y corrupción de menores) la posibilidad de decretar, en sentencia o como medida cautelar, la clausura temporal o definitiva de los establecimientos o locales, abiertos o no al público, donde se hayan realizado actividades delictivas relacionadas con el ejercicio de la prostitución. Sin embargo, no se prevé la aplicación de otras consecuencias accesorias a la persona jurídica, tales como la disolución de la sociedad, asociación o fundación, la suspensión de sus actividades, la prohibición de realizar en el futuro operaciones o negocios que hayan favorecido o encubierto el delito, o la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de sus trabajadores. La aplicación de las consecuencias accesorias previstas en el

3.2. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros

La LO 4/2000, de 11 de enero, que regula los derechos y libertades de los extranjeros en España⁵², introdujo en el Código Penal, entre otras reformas quizá de mayor calado, un nuevo y amplio precepto, el artículo 318 bis⁵³, con el objetivo teórico de proteger al colectivo de ciudadanos extranjeros frente a los comportamientos que ponen en peligro su posibilidad de acceder a los derechos que, como tales, les reconoce el ordenamiento jurídico⁵⁴.

Pero la inicial respuesta penal que se dio a un problema social tan preocupante como es el tráfico ilegal de personas planteó más problemas de los que llegó a solucionar, en la medida en que la reforma operada por la LO 4/2000, además de ser técnicamente desafortunada en muchos aspectos, provocó importantes dudas, y no pocos dislates, en torno a la delimitación

artículo 129 sólo se prevé ahora para los supuestos regulados en el artículo 189 (corrupción de menores y posesión de material pornográfico).

52 Reformada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre.

53 En su redacción original, el artículo 318 bis CP establecía: "1. Los que promuevan, favorezcan o faciliten el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a España serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses. 2. Los que realicen las conductas descritas en el apartado anterior con ánimo de lucro, o empleando violencia, intimidación o engaño o abusando de una situación de necesidad de la víctima, serán castigados con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses. 3. Se impondrán las penas correspondientes en su mitad superior a las previstas en los apartados anteriores, cuando en la comisión de los hechos se hubiere puesto en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas o la víctima sea menor de edad. 4. En las mismas penas del apartado anterior y además en la inhabilitación absoluta de seis a doce años incurrirán los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición o autoridad, agente de ésta o funcionario público. 5. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados anteriores, en sus respectivos casos, cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio que se dedicare a la realización de tales actividades".

54 M. J. RODRIGUEZ MESA, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pág. 17.

del ámbito de aplicación reservado al artículo 318 bis CP frente al que poseían otros preceptos penales, también relacionados con la trata de seres humanos. Así por ejemplo, parecía ilógico que el tráfico ilegal de personas no orientado de forma específica a la explotación sexual de la víctima pudiera ser castigado con una pena de prisión de hasta 6 años (cuando el culpable perteneciera a una organización dedicada a tales actividades, conforme a lo previsto en los apartados 2 y 5 del antiguo artículo 318 bis), y que sin embargo cuando se constatará tal finalidad la pena máxima a imponer fuera de cuatro años (de acuerdo con la redacción anterior del artículo 188.2 CP)⁵⁵.

Para corregir algunos de los defectos del casi recién estrenado artículo 318 bis, al tiempo que se cumplían algunas de las obligaciones asumidas en el marco europeo, el legislador introdujo en el Código Penal a través de 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, un reforzamiento quizá excesivo de la intervención punitiva establecida en el artículo 318 bis⁵⁶ frente a cualquier

55 Cfr. M. J. RODRIGUEZ MESA, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, cit., págs. 32-33.

56 La redacción actual del artículo 318 bis CP es la siguiente: “1. El que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión. 2. Si el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas, serán castigados con la pena de 5 a 10 años de prisión. 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. 4. En las mismas penas del apartado anterior y además en la de inhabilitación absoluta de seis a 12 años, incurrirán los que realicen los hechos prevariándose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. 5. 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

tipo de favorecimiento de la migración ilegal, incluida la trata de personas. Así, a partir de la entrada en vigor de su nuevo texto, el tráfico de seres humanos con el propósito de su explotación sexual puede ser castigado con penas de más de quince años de prisión, por ejemplo, cuando la conducta se realice con ánimo de lucro y el culpable sea el encargado de una organización, incluso de carácter transitorio, dedicada a la realización de tales actividades.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de diciembre de 2005 ha sido uno de los primeros pronunciamientos judiciales que aplica la nueva redacción del artículo 318 bis CP. En ella se declaran probados los siguientes hechos: *“el procesado Pablo, [...] aprovechando ciertos contactos que tenía en Bielorrusia, entre los meses de febrero y noviembre de 2003, ofreció la posibilidad de venir a España a María del Pilar, Andrea, Juana, Nieves y Celestina para trabajar como camareras o en locales de alterne, haciéndose cargo de todos los gastos del viaje y recogiendo a todas ellas al llegar a Barcelona [...]. De esta manera llegó a Barcelona la Sra. María del Pilar en el mes de marzo de 2003, la Sra. Andrea en el mes de abril de 2003, la Sra. Juana en el mes de mayo de 2003 y Doña. Celestina en el mes de noviembre de 2003. Tras recoger el procesado Pablo a las tres primeras, las condujo a su domicilio sito en Sabadell, les retiró el dinero que habían recibido para poder pasar la frontera, así como el pasaporte y les informó de que tenían que devolverle la deuda contraída por razón del viaje, para lo que debían de trabajar como prostitutas, hasta alcanzar dicha suma y durante*

tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicase 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. 6. 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”.

seis meses más, entregándole la mitad del dinero que ganaran con tal actividad, que habían de realizar en el Club La Viña de Castelldefels, propiedad de la procesada Beatriz, mayor de edad y sin antecedentes penales. También debían de pagar una cantidad en concepto de manutención y traslado al Club. Las jóvenes desconocían la lengua española, carecían de documentación y dinero, razones por las que tuvieron que acceder a las pretensiones del procesado Pablo [...]. Doña Celestina es sometida al mismo tratamiento [...]. La Audiencia Provincial, además de estimar probada la comisión de tres delitos del antiguo artículo 188.2 CP y de otros tres delitos de determinación coactiva de la prostitución respecto de los hechos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 11/2003, condena asimismo al acusado Pablo por la comisión de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previsto en el actual artículo 318 bis 2 CP y un delito del artículo 188.1 del mismo texto, respecto de los hechos que se refieren a la testigo Celestina. Las penas privativas de libertad impuestas ascendieron a diecinueve años de prisión, si bien la Audiencia establece, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 76 CP, un cumplimiento máximo de quince años.

3.3. Delitos contra los derechos de los trabajadores

Como se dijo, la trata de personas y la determinación coactiva o fraudulenta del ejercicio de la prostitución pueden afectar, además de a la dignidad y libertad sexual de la víctima, a otros bienes jurídicos de carácter laboral, ya sean colectivos ya individuales, de los que es titular la propia mujer explotada (imposición de condiciones ilegales de trabajo, grave discriminación en el empleo, omisión de medidas de seguridad e higiene adecuadas a la actividad laboral). Ello se hace aún más patente cuando las personas objeto de la explotación sexual son extranjeras.

En efecto, de acuerdo con el actual artículo 36.1 de la Ley Orgánica 4/2000, *“los extranjeros mayores de 16 años para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, precisarán de la correspondiente autorización administrativa previa*

para trabajar". Cuando la actividad a realizar sea por cuenta ajena, es obligación del empleador solicitar y obtener autorización previa de la autoridad competente; la carencia de dicha autorización no invalida el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, pero dará lugar a responsabilidades del empresario (artículo 36.3). De este modo, en aquellos casos en que las mujeres son introducidas en nuestro país sin contar con la documentación requerida, los hechos podrían constituir al menos en el plano teórico un delito de inmigración clandestina, previsto en el art. 313.1 CP⁵⁷.

Así lo reconoció la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares (Sala de lo Penal), de 20 de julio de 1999, la cual tras declarar probada la existencia de una red dedicada a la explotación sexual de personas de nacionalidad colombiana, condenó a algunos de los imputados por la comisión de varios delitos de determinación a la prostitución y uno contra los derechos de los trabajadores, previsto y penado en el artículo 313.1 CP, dado que "el procesado, con la cooperación necesaria de D.R. en Cali (Colombia), logró, con engaños sobre el tipo y precio de los trabajos a realizar en España, la venida de chicas colombianas a Mallorca para ejercer la prostitución en distintos Pubs, entre ellos el «Hostal P.», sin ofrecerles residencia, estancia, trabajo ni ingresos lícitos, les impuso condiciones laborales inaceptables porque se quedaba con todos los ingresos, previa reclamación de lo adelantado por D. y adjudicarse la condición de acreedor por 1.000.000 de pesetas como mínimo, por lo que la intención de producirles perjuicio es evidente, amén de privarles de los derechos y prestaciones de

57 Que tras la entrada en vigor de la LO 4/2000 castiga con pena de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses al que "*promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España*". La inmigración de trabajadores extranjeros a España, si es clandestina, es siempre típica. Por clandestina hay que entender no sólo la totalmente oculta, sino la realizada con infracción de lo dispuesto en la Ley que regula los derechos y libertades de los Extranjeros en España (cfr. A. BAYLOS GRAU/J. M. TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal del trabajo*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 1997, pág. 98).

la Seguridad Social, INEM, etc. Tal actividad delictiva ha sido desglosada en el relato fáctico y se encuadra en el tipo definido por cuanto el procesado ha intervenido en una inmigración laboral fraudulenta y clandestina para empleo en su exclusivo beneficio, facilitando su entrada en España desde Colombia”⁵⁸.

En sentido similar se pronuncia asimismo la sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara (Sala de lo Penal), de 9 de abril de 2001, la cual además incluye un detenido análisis del art. 313.1 CP, en el que niega que sea necesario constatar para su aplicación la “habitualidad” de la actividad ilícita ni el hecho de que la introducción en territorio español se produzca por lugar no destinado desde el punto de vista administrativo al efecto; “debiendo entenderse, como lo hizo el Juez *a quo*, suficiente con el favorecimiento de la inmigración ilegal, es decir, la introducción de personas para trabajar en nuestro país sin cumplir los requisitos exigidos para ello”. De este modo recoge la resolución comentada la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 5 de febrero de 1998, en la que declaraba que “el bien jurídico protegido mediante la punición del tráfico ilegal de mano de obra y las migraciones laborales fraudulentas no es exactamente el derecho del trabajador a la seguridad en el empleo y al mantenimiento de las demás condiciones de trabajo pactadas o legalmente impuestas, sino que el citado delito surge en la ley penal, como un verdadero delito de riesgo abstracto, para proteger a todos los trabajadores, nacionales o extranjeros, frente a una nueva forma de explotación favorecida por determinados rasgos de la estructura económica mundial de nuestro tiempo”⁵⁹.

58 La Audiencia Provincial rechazó la calificación de la conducta como delito continuado, solicitada por el Ministerio Fiscal, “*dada la naturaleza colectiva del bien jurídico protegido*”.

59 Posteriormente, el propio Tribunal Supremo se ha encargado de aclarar, mediante Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de su Sala 2ª de 13 de julio de 2005, que “el facilitar un billete de ida y vuelta a extranjeros que carecen de permiso de trabajo y residencia en España, para poder entrar en España como turistas cuando no lo eran y ponerlos a trabajar, constituye un delito de inmigración clandestina”.

De todos modos, parece claro que la nueva redacción dada al artículo 318 bis CP (y, sobre todo, las gravísimas penas previstas en dicho precepto) excluye la posibilidad de que se siga calificando hechos como los narrados conforme a lo dispuesto en el artículo 313 CP, en la medida en que a partir de ahora, y con el fin de evitar dislates penológicos⁶⁰, la concurrencia de ambos preceptos deberá solucionarse, conforme al criterio de la alternatividad previsto en el artículo 8.4 CP, en favor de la aplicación preferente del 318 bis.

Otro tipo de reticencias ha mostrado a veces la jurisprudencia a la hora de calificar la trata de personas y la determinación coactiva a la prostitución como otros delitos contra los derechos de los trabajadores, falta de pronunciamiento que a menudo se ha visto propiciada por la ausencia de acusación por parte del Ministerio Fiscal. Y, sin embargo, resulta perfectamente aplicable el artículo 312.2 CP en aquellos supuestos en que la introducción de mujeres en territorio español haya ido seguida de una imposición de condiciones de trabajo ilegales, o de un posterior tráfico con esa mano de obra.

A este segundo grupo de supuestos pertenecen por ejemplo algunos de los hechos enjuiciados en la ya mencionada sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 1 de marzo de 2006, que condena al acusado por la comisión de un delito de imposición de condiciones laborales ilegales del artículo 312.2 CP en base a los siguientes argumentos: “El acusado empleaba en el Hostal L. a mujeres extranjeras que se hospedaban en el mismo y las utilizaba en el ejercicio de la prostitución, la relación de alterne y la captación de clientes que acudían al club, imponiéndolas las condiciones de tiempo, lugar, ocasión, horarios y vestimenta: *Estamos ante una prestación de servicio por parte de dichas mujeres del que el acusado se beneficiaba y que calificamos*

60 Tras la entrada en vigor de la LO 11/2003, el criterio establecido por la Circular 1/2002 de la Fiscalía General del Estado, favorable a la aplicación preferente, como ley especial, del artículo 313 CP debe desecharse, habida cuenta de la gravedad de las nuevas penas previstas en el artículo 318 bis CP.

como una relación laboral con causa ilícita aunque no medie contrato escrito de trabajo por cuanto que ese trabajo se presta en las dependencias del club bajo las condiciones impuestas por el acusado y bajo las notas de habitualidad, dependencia, horario y jornada establecida. [...] Esta forma de emplear a inmigrantes ilegales acredita el dolo y la voluntad del acuerdo, además de atentar a la dignidad de la persona como tal persona y como trabajador. Conocedor J. P. de que empleaba a personas extranjeras que estaban ilegalmente en España, imponía a esas mujeres una situación laboral por debajo de los derechos mínimos legales, ya que de ella se beneficiaba J. P. al no asumir la carga de cubrir los mínimos derechos legales de quienes trabajaban para él. Al decir éste que no podía darlas de alta en la Seguridad Social se está afirmando la comisión de un fraude de Ley evidente: no puedo dar de alta a estas mujeres en la S. Social pero sí las empleo ilegalmente sabiendo que no puedo hacerlo, al tiempo que las impongo unas condiciones de trabajo humillantes, vejatorias y degradantes y no tengo problema alguno en hacerlas firmar un contrato de hospedaje «para cubrirme» de futuras denuncias tal y como están las cosas (sic). Si examinamos ese documento concluiremos inmediatamente que su causa es ilícita (artículo 1275 de Código Civil) además de que viola frontalmente el artículo 1255 del mismo Cuerpo legal. ¿Qué autoridad moral puede tener el acusado con el argumento de no poder dar de alta a esas chicas, cuándo conocedor de «esa imposibilidad legal» burla la norma y crea una a su manera, medida e interés y la plasma en ese documento?».

4. Efectos de la desregulación del ejercicio de la prostitución

El principal escollo que existe a la hora de encajar conductas como las analizadas en los delitos contra los derechos de los trabajadores radica en la propia naturaleza de la actividad que realizan en nuestro país las mujeres reclutadas para la industria del sexo, y el dudoso reconocimiento jurídico que recibe en nuestro ordenamiento. En efecto, en la mayoría de los casos, las víctimas

de las redes clandestinas de trata de personas son destinadas en locales propiedad de la organización al “alterne” y al ejercicio de la prostitución, actividades que, si bien en la práctica se realizan a menudo conjuntamente, con frecuencia no merecen la misma calificación por parte de los órganos judiciales.

4.1. La sutil diferencia entre alterne y prostitución

De este modo, están en una posición jurídica mucho mejor aquellas mujeres que se dedican al alterne, dado que tanto la jurisprudencia social como la contencioso-administrativa declaran indubitadamente su carácter de relación laboral o “medio lícito de vida”. Así por ejemplo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Social), de 7 de abril de 1998 reconoció, en contra de lo pretendido por la parte recurrente, la existencia de relación laboral entre el titular de un negocio de hostelería y varias mujeres que se dedicaban a la actividad de alterne en dicho establecimiento, conforme a los siguientes argumentos: “La doctrina jurisprudencial de ociosa cita es unánime al señalar que, según el art. 8.1 del Estatuto de los Trabajadores, se presume la existencia de un contrato de trabajo siempre que: a) el interesado preste un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro, y b) que esta prestación de servicios sea a cambio de una retribución satisfecha por quien los recibe; debiendo significarse, que no es suficiente para la configuración de la relación laboral la existencia de un servicio o actividad determinada y de su remuneración por la persona a favor de la que se prestan para que, sin más, surja el contrato de trabajo, pues su característica esencial es la dependencia y subordinación del que presta un servicio a las personas a favor de quien se ejecuta, para lo que es necesario que se halle comprendido en el círculo organicista rector y disciplinario del empleador, en los términos que establece el art. 1.1. del Estatuto de los Trabajadores [...]”.

En el caso de autos, se declaró como hechos probados que distintas mujeres realizaban una actividad de alterne en el negocio de hostelería propiedad del demandado: acudían a la prestación

de ese servicio todos los días, salvo uno a la semana, de 19:00 horas a 4:00 horas; eran trasladadas al local en el que realizaban su actividad por un vehículo titularidad de la empresa; una vez llegadas al local se cambiaban de ropa en el mismo, adecuándose ésta a las necesidades del servicio, y percibían en razón a su función un 50 por ciento del precio de sus propias consumiciones, siendo controladas el número de ellas por los camareros a través de *tickets* de barra. En tales circunstancias, concluye el Tribunal, “indiscutida la licitud de la actividad de alterne realizada como objeto del contrato, la relación debe ser calificada de naturaleza laboral, pues concurren los requisitos básicos que la configuran como tal, esto es, prestación de trabajo por cuenta ajena a cambio de una remuneración y dentro del ámbito organicista y rector de la empresa que hacía suyos los frutos de la actividad desplegada”⁶¹.

En sintonía con lo anterior, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 24 de febrero de 1997, declaró la improcedencia de la expulsión de una ciudadana extranjera que se dedicaba al “alterne”, ya que “sobre la figura concreta del captador/a de clientes o camarero/a o de alterne el orden jurisdiccional social ha venido reconociendo su acogida en el ámbito del contrato de trabajo [...], por lo que queda ya anticipado el reconocimiento de su «licitud» como medio de vida a los efectos del art. 26.1,f) de la Ley de Extranjería y, lógicamente, si tiene este carácter como actividad realizada por cuenta ajena en régimen de contrato de trabajo la misma licitud debe reconocerse para el supuesto de realización por cuenta propia, como así está acogido expresamente en el ámbito comunitario europeo”⁶².

61 En el mismo sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Social), de 14 de julio de 2000. Las sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 14 de mayo de 1985, 21 de octubre de 1987 y 4 de febrero de 1988 fueron las primeras en reconocer que la actividad de alterne origina un contrato de trabajo.

62 En el mismo sentido, véase también la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 15 de marzo de 2000 y la sentencia del Tribunal Supremo de (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 15 de febrero de 2005.

De este modo, son notas características de la relación laboral las de ajeneidad, dependencia y retribución, notas todas ellas que pueden predicarse de las mujeres obligadas a prostituirse, cuando quedan sujetas a una disciplina laboral, horario y permanencia determinada en local dedicado a la explotación del negocio. Sin embargo, la jurisprudencia social ha venido rechazando que el ejercicio de la prostitución realizado en esas condiciones origine un contrato de trabajo válido, en razón a la presunta ilicitud de la causa⁶³ que lo motivaría.

4.2. La discusión en torno a la naturaleza laboral de la prostitución

El no reconocimiento del carácter laboral del ejercicio de la prostitución puede producir un importante efecto criminógeno: si tal actividad no está reconocida como trabajo, los miembros de la red clandestina no necesitan obtener autorización administrativa (permiso de trabajo) para las mujeres que recluten, lo que puede facilitar que desarrollen su actividad criminal con mayor impunidad⁶⁴. De hecho, al negar la existencia de un contrato de trabajo en el supuesto que se ejerza la prostitución por cuenta ajena se propicia en algunos casos el que los “empleadores” pretendan escudarse en la naturaleza no laboral de esta actividad para eludir la sanción de la Administración por contratar personal extranjero sin permiso de trabajo⁶⁵.

63 Según el art. 1275 del Código Civil, “*los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las Leyes o a la moral*”.

64 En este sentido, el último Informe de la Guardia Civil sobre trata de personas afirma que “la ausencia de normas administrativas sobre la prostitución también facilita este mercado humano, mientras que el estado de vulnerabilidad de las mujeres explotadas dificulta la formalización de denuncias, por lo que el abordaje policial por sí solo resulta insuficiente para combatirlo” (*Tráfico de seres humanos con fines de explotación sexual. Años 2003 y 2004*, cit., pág. 27).

65 Véase al respecto la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 24 de enero de 1998.

Así, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social), de 2 de enero de 1997, negaba la existencia de relación laboral entre la encargada de un local destinado al ejercicio de la prostitución y su titular, ya que “pese a las notas de ajeneidad, dependencia y retribución predicables del vínculo que unió a los litigantes [...] estamos, en realidad, en presencia de un contrato con causa ilícita y, por ende, nulo de pleno de derecho”. No obstante, la sentencia analizada le reconocía ciertos efectos jurídicos a dicha relación, estimando aplicable al supuesto enjuiciado el art. 9.2 del Estatuto de los Trabajadores⁶⁶: “la finalidad de este mandato legal es obvia y evidente, estribando en la necesidad de evitar que quien, a sabiendas de la ilicitud del contrato que le vincula con la persona que presta servicios para él y, por tanto, de su nulidad, trata de abusar aún más de la posición que ocupa en tan desequilibrada relación dejando de atender la obligación de retribuir los servicios recibidos, los cuales, de no traer causa de un contrato nulo, habrían tenido una manifiesta naturaleza laboral, lo que, ni más ni menos, es lo pretendido por la recurrente”.

Anticipándose a esta línea argumental, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 12 de abril de 1991, confirmó la aplicación a hechos similares del antiguo art. 499 bis, número 1, del CP anterior⁶⁷, restándole importancia a la supuesta validez o nulidad de la relación laboral a efectos penales: “La cuestión que aquí se presenta [...] 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

66 En cuya virtud, “*en caso de que el contrato resultase nulo, el trabajador podrá exigir, por el trabajo que ya hubiere prestado, la remuneración consiguiente a un contrato de trabajo*”.

67 Precedente del actual 311 CP, el artículo 499 bis 1. castigaba con arresto mayor y multa de 100.000 a 2.000.000 de pesetas al que “*usando de maquinaciones o procedimientos maliciosos imponga a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de seguridad social que perjudiquen los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales o convenios colectivos sindicales*”.

del art. 1275 Cód. Civ. o con objeto ilícito en el sentido del art. 1215 Cód. Civ. 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 comparte los beneficios de la mujer, deberes respecto de la Seguridad Social. La respuesta debe ser positiva: el art. 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”.

Pero sin duda la resolución judicial que más ha influido en la posterior evolución de la jurisprudencia sobre la materia es la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 30 de junio de 2000, que casa la de instancia que había absuelto del delito contra los derechos de los trabajadores, tipificado en el artículo 311.1 CP, a los acusados de contratar como esclavo a un ciudadano argelino⁶⁸, en el entendimiento de que *los inmigrantes ilegales no tienen derecho al trabajo y por lo tanto no pueden ser víctimas de maquinaciones o procedimientos que les perjudiquen en sus derechos laborales porque ya están excluidos de ellos por su condición de ilegal*.

Como no podía ser de otro modo, la mencionada sentencia del Supremo declaró que “este razonamiento es claramente incompatible con la afirmación que como pósito inicia la Constitución en su artículo 1 cuando califica el Estado de ‘social’, y es que el abordaje del art. 499 bis del anterior Código Penal, equivalente al actual art. 311 del vigente Código debe efectuarse desde una perspectiva constitucional en la medida en que el llamado Derecho penal laboral de los que el tipo que se comenta es elemento central sanciona fundamentalmente situaciones de explotación,

68 Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara (Sala de lo Penal) de 15 de julio de 1998, comentada ampliamente en E. HAVA GARCIA, “Delito social. Contrato de esclavo”, *Revista de Derecho Social*, núm. 6 (1999), págs. 201 y ss.

que integran ilícitos laborales criminalizados, de suerte que el bien jurídico protegido está constituido por un conjunto de intereses concretos y generales que protegen la indemnidad de la propia relación laboral, mediante la sanción de aquellas conductas que atenten contra los derechos y condiciones laborales de los trabajadores. Ciertamente el inmigrante ilegal, aquel que como K. carece de permiso de trabajo y de residencia en España, no está incluido en el art. 35 de la Constitución que reconoce a todos los españoles el deber de trabajar y el derecho al trabajo, pero [...] tal derecho se ejercita frente a los poderes públicos, y sólo frente a ellos, no pudiendo constituir tal condición una patente de impunidad frente a quienes contratan a tales inmigrantes conscientes de su situación ilegal. Por cuanto un particular, de forma consciente y voluntaria, contrata a un inmigrante ilegal, no por ello puede imponerle condiciones claramente atentatorias contra la dignidad humana, como hacerle firmar el `contrato de esclavo´ [...], cuya sola lectura produce sonrojo, y menos tratar de convertirlo en `broma´ cuando el firmante lo acepta porque quería a toda costa legalizar la situación [...]. La tesis de la sentencia de estimar sólo sujeto pasivo del delito del art. 499 bis.1º al trabajador legal y no al inmigrante clandestino llevaría a una concepción del sistema de justicia penal como multiplicador de la desigualdad social porque como ya se ha dicho el empleador podría imponer a los trabajadores ilegales las condiciones laborales más discriminatorias sin riesgo alguno de la infracción legal, a pesar de poder quedar severamente comprometidos valores inherentes a la persona que como la dignidad –art. 10 de la Constitución- no conocen fronteras”.

A partir de la publicación de la sentencia comentada, han ido surgiendo algunos pronunciamientos de otros tribunales menores que, acogiendo la interpretación dada por el Tribunal Supremo al concepto de trabajador y a la naturaleza de los delitos laborales, no dudan ya a la hora de calificar los hechos constitutivos de tráfico de seres humanos para su explotación sexual no sólo como un delito relativo a la prostitución, sino también como un delito contra los derechos de los trabajadores, previsto en el

artículo 312.2 CP. Así por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete (Sala de lo Penal), de 10 de junio de 2002, afirma que “la relación entre el sujeto activo y los sujetos pasivos del delito se encuadra en el ámbito de la prostitución, *lo que en principio nada afecta a la imposición ilegal de condiciones de trabajo pues estamos ante una relación laboral, aun cuando la relación provenga de un contrato con causa ilícita, como la prostitución*”. En relación con la existencia de contrato de trabajo, la Audiencia declara que “se trata de saber si en una relación laboral que tiene por objeto la prostitución se generan deberes respecto de la Seguridad Social; *la respuesta es sí, pues el tipo no protege las consecuencias de un contrato de trabajo formalmente válido, sino la situación de personas que prestan servicios para otra, pues de otra forma se haría al contrato con causa ilícita de mejor condición para el empleador y más competitivo que el ajustado a derecho*”⁶⁹.

Tal interpretación jurisprudencial no ha sido seguida, en cambio, por otros pronunciamientos judiciales, que o bien no

69 En el mismo sentido véase las sentencias de la Audiencia Provincial de Baleares (Sala de lo Penal), de 30 de diciembre de 1999; Audiencia Provincial de Burgos (Sala de lo Penal), de 27 de febrero de 2002; Audiencia Provincial de Albacete (Sala de lo Penal), de 21 de marzo de 2002. Por su parte, la sentencia del Tribunal Constitucional 163/2004, de 4 de octubre, que resuelve el recurso de amparo presentado contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos mencionada, declara que esta línea jurisprudencial es acorde con las exigencias del principio de legalidad: “En efecto, tanto la interpretación del precepto llevada a cabo, como la subsunción de los hechos en el mismo, es posible a la vista del tenor literal del artículo 312.2 CP y no puede calificarse de extravagante o imprevisible para sus destinatarios, ni por su soporte metodológico, ni por las pautas valorativas que la inspiran. El entendimiento de que la protección penal del precepto en cuestión se extiende a toda prestación de servicios por cuenta ajena en la que concurren las notas típicas de la relación laboral, aunque el contrato sea nulo o tenga causa ilícita, constituye una interpretación no contraria a la orientación material de la norma, que tiene en cuenta el bien jurídico protegido por la misma y los fines a los que se orienta (lo que se hace explícito en las resoluciones impugnadas) y que encuentra respaldo en la jurisprudencia y en la doctrina científica acerca de este delito”.

se plantean la existencia de este delito, o bien rechazan su aplicación por entender, erróneamente, que no concurren todos los elementos típicos. Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sala de lo Penal), de 6 de marzo de 2002, niega que la conducta sea subsumible en el artículo 312.2 CP, entendiendo que la referencia en él contenida a que la conducta se realice “en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen [los súbditos extranjeros] reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual” convierte al precepto en una norma penal en blanco “cuya correcta aplicación exige acreditar cuáles eran las condiciones mínimas que la ley laboral, el convenio o el contrato individual, exigían en cada caso concreto. *Dada la actividad que estaban desempeñando las mujeres reseñadas en el relato histórico [...], no se acredita en la sentencia qué derechos tiene reconocidos esta actividad por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual y en qué condiciones se vieron perjudicados o restringidos esos derechos.* Tal omisión supone un obstáculo a la condena dictada. La aplicación del artículo 312 del Código Penal exige no sólo la contratación del súbdito extranjero sin permiso de trabajo sino también que se le perjudique en sus derechos laborales mínimos, elemento normativo que acoge el dolo del autor, en la medida en que, sabedor de que el trabajador ilegal no puede reclamar ante los organismos administrativos competentes por su condición de tal, se aprovecha de dicha circunstancia para incumplir las mínimas condiciones y garantías laborales del sector productivo concreto, y ello como *questio facti* exige de la cumplida prueba que venga a desvirtuar la presunción de inocencia del sujeto activo”⁷⁰.

De este modo, parece deducirse *a sensu contrario* de la resolución comentada que la ausencia de disposiciones laborales

70 En sentido similar, las sentencias de la Audiencias Provinciales de Navarra de 16 de mayo de 2003, de Albacete de 10 de junio de 2002, de Cáceres de 27 de junio de 2003 y de Ourense de 26 de noviembre de 2004 y 12 de mayo de 2005.

concretas sobre las actividades de alterne o prostitución proporcionan una patente de curso al empleador, en la medida en que estas inmigrantes ilegales no podrán solicitar tutela a las autoridades competentes, no ya por su situación irregular sino porque, lisa y llanamente, no existen disposiciones laborales que regulen sus derechos como trabajadoras.