



**FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO**

Circulares

DOCUMENTO ANALIZADO

Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del ministerio fiscal en materia de extranjería e inmigración.

NORMAS INTERPRETADAS POR EL DOCUMENTO

Artículo 177 bis CP (trata de seres humanos); Artículo 318 bis CP (delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros); Artículo 188 CP (prostitución coactiva); Artículo 312.2 CP (delitos contra los derechos de los trabajadores extranjeros); artículo 89 CP (expulsión sustitutiva de la condena penal) y algún aspecto limitado del artículo 57.7 LOEX (conclusión 41).

MODIFICACIONES LEGISLATIVAS POSTERIORES QUE LE AFECTAN

LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

AFECTADO POR LA JURISPRUDENCIA SENTADA POR EL TRIBUNAL SUPREMO EN LAS SIGUIENTES SENTENCIAS

AFECTADO POR LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LAS SIGUIENTES SENTENCIAS

AFECTADO POR LAS SIGUIENTES CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES

EXPLICACIÓN DE LA AFECTACIÓN

La Circular 5/2011 que se preocupa de unificar criterios para la persecución de los delitos atribuidos a la competencia de los Fiscales Delegados de Extranjería (delito de trata de seres humanos y conexos, delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, delitos contra los derechos de los trabajadores extranjeros) y para la aplicación de la expulsión sustitutiva de la condena impuesta a un ciudadano extranjero, se ha visto afectada –en mayor o menor medida según los casos- por la publicación de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

A) Delito de trata de seres humanos (artículo 177 bis). La Circular analiza el nuevo delito de trata de seres humanos incorporado en el artículo 177 bis por la LO 5/2010 de reforma del Código Penal. Tras una breve introducción en el que se explica las diferentes entidades criminológicas vinculadas al desplazamiento territorial y/o transnacional- de personas conforme al derecho internacional (contrabando de personas, inmigración clandestina y trata de seres humanos) y los instrumentos vinculantes para España que las tipifican se centra en analizar de manera sistemática el artículo 177 bis CP: el bien jurídico protegido (la dignidad); las conductas típicas alternativas; los medios comisivos alternativos; el tipo subjetivo (remarcando su naturaleza de delito de tendencia y de consumación anticipada); las distintas modalidades de trata y la definición de los elementos normativos que la integran según los instrumentos internacionales vigentes y la reciente Directiva 2011/36/UE; los tipos cualificados (en atención a la víctima, a las condiciones del autor, cuando se realice por grupo organizado; o en caso de reincidencia internacional); la responsabilidad de las personas jurídicas; los problemas concursales según la regla específica prevista por el apartado 9 del artículo 177 bis CP; y, el supuesto de exclusión de responsabilidad de la víctima que es obligada a cometer delitos.

La tipificación del delito de trata de seres humanos en nuestro Código Penal se realizó en 2010 tomando como base las disposiciones del Protocolo de Palermo de 2000 y la Convención de Varsovia de 2005 contra la trata. Con posterioridad, la Unión Europea aprobó la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo. En lo que concierne a los aspectos sustantivos penales la norma comunitaria sigue en esencia los documentos de Naciones Unidas y del Consejo de Europa aunque incorpore algunas precisiones que han sido trasladadas a la redacción del artículo 177 bis CP por la LO 1/2015.

Así especifica que: A) Entre los medios comisivos alternativos se encuentra *“la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima”*; B) Entre las conductas típicas alternativas introduce *“el intercambio o transferencia de control sobre esas personas”*; C) Entre las modalidades de trata comprende *“la explotación para realizar actividades delictivas”* y *“la celebración de matrimonios forzados”*; E) Aclara que *“existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso”*; D) Por fin, describe los subtipos agravados del apartado cuatro de manera diferente aunque con la misma extensión. Si en la redacción original se establecía una agravación de la pena cuando con ocasión de la trata se ponga en grave peligro a la víctima ahora se precisa que *“se hubiera puesto en peligro la vida o la integridad física o psíquica de las personas objeto del delito”*; si entonces se agravaba la pena cuando *“la víctima sea menor de edad”* o *“la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, discapacidad o situación”* ahora se dice que *“la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o sea menor de edad”*.

Ninguna de estas modificaciones afecta con rigor al contenido de la Circular que, cuando se redactó, tuvo siempre presente el contenido de la norma comunitaria.

B) Delitos contra los derechos de los ciudadanos europeos. En segundo lugar, la Circular unifica la doctrina de la Fiscalía General del Estado en relación con la interpretación que deben realizar los Fiscales del artículo 318 bis CP (delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros). A este respecto verifica una labor de síntesis completa de la doctrina de la Sala II TS en vigor: sobre el concepto de la ilegalidad del tráfico y la clandestinidad de la inmigración; sobre las diferentes categorías criminológicas contrastadas en la experiencia española (tráfico marítimo, paso de fronteras terrestre ocultos en vehículos a motor, documentación falsa, tramitación falsaria de

expedientes dirigidos a obtener permisos de entrada en España, recepción, acogida o alojamiento concertada de inmigrantes, organización del viaje, anticipando el viático, billetes de ida y vuelta, y cuanta documentación fuera precisa para poder traspasar la frontera como si fueran turistas; sobre el bien jurídico protegido (conceptualización como delito de peligro abstracto); sobre la integración de las acciones de promoción, favorecimiento o facilitación, directa o indirecta del tráfico ilegal o inmigración clandestina; sobre los supuestos de favorecimiento de la estancia ilegal sobrevenida; sobre su configuración como delito doloso; sobre el momento en que se produce la consumación del delito; sobre la exclusión de los ciudadanos comunitarios del ámbito subjetivo de aplicación; sobre la unidad del delito aunque haya pluralidad de víctimas; sobre los subtipos cualificados y los indicios que los acreditan (ánimo de lucro, puesta en peligro de la vida, la salud o la integridad de las personas, menores e incapaces, autoridad, agente de ésta o funcionario público, criminalidad organizada; y, sobre el subtipo privilegiado.

El artículo 318 bis CP ha sido sustancialmente modificado por la Ley Orgánica 1/2015. Corrigiendo el régimen extraordinariamente confuso de la persecución penal del delito de tráfico ilícito de migrantes y el favorecimiento de la inmigración clandestina que había introducido la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, la nueva reforma lleva a cabo una transposición casi literal de la Directiva 2002/90/CE del Consejo de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregular, y establece un sistema de penas que se ajusta a la Decisión Marco del consejo de 28 de noviembre de 2002 destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares (2002/946/JAI).

Sin embargo en lo que constituye el tipo básico y los subtipos cualificados del delito de favorecimiento de la inmigración ilegal (hoy denominado *ayuda a la entrada ilegal* en territorio nacional de un nacional de un tercer Estado de la UE vulnerando la legislación de extranjería sobre tránsito de extranjeros) en nada altera la doctrina recogida en la Circular. La verdadera novedad radica en la incorporación de dos tipos nuevos: la *ayuda a transitar* por territorio nacional y la *ayuda* a un nacional de un tercer Estado de la UE a permanecer en territorio español vulnerando la legislación de extranjería sobre estancia de extranjeros siempre que hubiera mediado ánimo de lucro.

Otras novedades –que en nada afecta al contenido de la Circular- es la introducción de una causa de exclusión de la antijuridicidad cuando el objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate; y la supresión de los subtipos agravados del empleo de violencia, intimidación, engaño, o abuso de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, y menores que nada tienen que ver ni con la ayuda a la inmigración clandestina ni con el tráfico ilícito de inmigrantes en sentido propio.

C) Prostitución coactiva y/o abusiva. En tercer lugar se preocupa de recordar la doctrina pacífica existente en nuestra jurisprudencia sobre el delito de prostitución coactiva: concepto de prostitución; bien jurídicamente tutelado por el artículo 188.1 CP; las conductas típicas de determinación y mantenimiento en la prostitución; los medios comisivos; supuestos concursales relevantes (con el delito de detención ilegal, con el delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual); sobre el alcance del último inciso del apartado primero del artículo 188 CP; los tipos cualificados (minoría de edad e incapacidad, prevalimiento de autoridad o funcionario público, organización criminal, y puesta en peligro de la víctima); y, sobre la petición indemnizatoria civil a las víctimas.

Toda esa doctrina permanece en vigor en vigor tras la reforma llevada a cabo por la LO 1/2015 con las siguientes excepciones:

Primero. La prostitución de mayores de edad se traslada al artículo 187, regulándose la prostitución de menores en el artículo 188. En consecuencia queda sin efecto las referencias contenidas en la Circular sobre los menores de edad y discapacitados dada la nueva regulación sobre prostitución y corrupción de menores.

Segundo. El tipo básico de prostitución de mayores se construye de idéntica forma. Sin embargo se agrava la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses a prisión de dos a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses.

Tercero. Aun cuando se mantiene el delito de explotación de la prostitución consentida (el que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma): se le atribuye una penalidad inferior (pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses) y se define la situación de *explotación* de manera alternativa: “a) *Que la víctima se encuentre en una situación de vulnerabilidad personal o económica.* b) *Que se le impongan para su ejercicio condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas*”.

D) Delitos contra los derechos de los trabajadores extranjeros. La Circular analiza el delito tipificado en el artículo 312.2 CP (contra los derechos de los trabajadores extranjeros): naturaleza jurídica y bien jurídico protegido (como delito de explotación del hombre por el hombre según sus antecedentes históricos y precedentes legales – artículo 499 bis TR 1973-); recuerda que puede ser cometido por sujetos individuales o por persona jurídicas; y delimita el concepto del sujeto pasivo, relación laboral –con relación pormenorizada de los casos analizados por la jurisprudencia (contrato de esclavo, contratos abusivos y leoninos)-; finaliza con la solución del concurso entre los delitos de prostitución coactiva y delitos contra los derechos de los trabajadores extranjeros.

E) Expulsión de ciudadanos extranjeros no residentes legalmente en España como medida sustitutiva de penas privativas de libertad (artículo 89 CP). Tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015 queda sin contenido buena parte de las conclusiones recogidas en la Circular.

En efecto, la nueva redacción del artículo 89 CP modifica:

Primero, el ámbito subjetivo de aplicación extendiéndolo a cualquier *ciudadano extranjero* independientemente de la situación administrativa –de regularidad o irregularidad- que tenga en España. En consecuencia carece de virtualidad jurídica a los efectos de aplicación del artículo 89 CP no sólo todas conclusiones referentes a la definición del ámbito de aplicación (conclusiones segunda y tercera) sino también las referidas a la *prueba* de la situación de residencia (conclusiones cuarta y quinta); el momento en que debe valorarse la situación administrativa (conclusión décima); o al régimen de suspensión y sustitución de penas privativas de libertad (conclusión trigésimo tercera).

Segundo, el régimen de la expulsión sustitutiva de los ciudadanos nacionales de Estados miembros de la Unión Europea –al atribuirse directamente al juez o tribunal penal la decisión de su expulsión- deja sin efecto las Conclusiones sexta, séptima y octava.

Tercero, la LO 1/2015 ha modificado todo el régimen jurídico de la sustitución parcial de la condena imponiendo *imperativamente* la expulsión sustitutiva cuando el penado acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional. Con ello quedan directamente derogadas las conclusiones trigésimo cuarta, trigésimo quinta, trigésimo sexta, y trigésimo sexta.

Cuarto, la LO 1/2015 –modificando el sistema anterior- admite la posibilidad con carácter excepcional de que el extranjero que ha incumplido la medida de expulsión adoptada judicialmente no tenga que cumplir la pena

sustituida. Con ello se deja sin efecto las conclusiones trigésimo octava y trigésimo novena.

Quinto, el ámbito objetivo de aplicación es modificado sustancialmente –de *penas privativas de libertad inferiores a seis años a penas de prisión de más de un año*- al punto de dejar sin contenido las conclusiones undécima (concepto de pena privativa de libertad), duodécima (responsabilidad subsidiaria por impago de multa y faltas), decimotercera (infracciones leves aisladas), decimoquinta (límite de la sustitución en caso de pluralidad de penas que excedan de los seis años de prisión) y cuadragésimo primera (condenas en juicios de faltas).

Sexto, sin embargo las reglas relativas a la valoración de los límites objetivos de la sustitución pueden considerarse plenamente vigente. En concreto, las contenidas en las conclusiones decimocuarta (determinación de la pena en relación con la pena concreta impuesta), decimosexta (conurrencia de una pluralidad de condenas), decimoséptima (conurrencia entre condenas y procedimientos penales con petición de la sustitución prevista en el artículo 57.7 LOEX).

Igualmente, salvando naturalmente alguna referencia puntual a determinados aspectos del sistema derogado, permanecen en vigor las consideraciones relativas a la motivación de la decisión sustitutoria (decimooctava a vigesimoprimera), las concernientes a la audiencia del interesado y la necesidad de debate contradictorio (conclusiones vigésimo primera, vigésimo segunda, vigésimo cuarta, vigésimo quinta), la que interpreta la Disposición Adicional Decimoséptima de la Ley Orgánica 19/2003 (conclusión vigésimo novena), las que analizan el momento de la decisión (conclusiones trigésima y trigésimo primera), la que establece el criterio a seguir en caso de imposibilidad de llevarse a cabo la ejecución de la expulsión acordada (conclusiones trigésima segunda).

Ficha elaborada por la Unidad de Extranjería de la Fiscalía General del Estado.

TEXTO DE LA CIRCULAR

Circular 5/2011, de 2 de noviembre sobre criterios para la unidad de actuación especializada del ministerio fiscal en materia de extranjería e inmigración.

SUMARIO. I. INTRODUCCIÓN: CONTRABANDO DE PERSONAS, INMIGRACIÓN CLANDESTINA Y TRATA DE SERES HUMANOS. II. EL DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS: ARTÍCULO 177 BIS CP. 11.1. Introducción. Bien jurídico protegido. 11.2. Conductas típicas alternativas. 11.3. Medios comisivos alternativos. 11.4. Tipo subjetivo. 11.4.1 .La imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre, o a la mendicidad. 11.4.2. La explotación sexual, incluida la pornografía. 11.4.3. La extracción de sus órganos corporales. 11.5. Tipos cualificados. 11.5.1. Tipos cualificados en atención a la víctima: a) Con ocasión de la trata se ponga en grave peligro a la víctima. b) La víctima sea menor de edad. c) La víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, discapacidad o situación. 11.5.2. Delito cometido por la autoridad, sus agentes o funcionarios 11.5.3. Delincuencia organizada 11.6. Reincidencia internacional. 11.7. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. 11.8. Concurso de delitos con el artículo 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación. 11.9. Exclusión de responsabilidad penal de las víctimas de trata. III. DE LOS DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS. 111.1. Introducción. 111.2.

La ilegalidad del tráfico y la clandestinidad de la inmigración. 111.3. Bienes jurídicos protegidos: delito de peligro abstracto. Conductas inocuas. 111.4. Las acciones de promoción, favorecimiento o facilitación, directa o indirecta del tráfico ilegal o inmigración clandestina. 111.5. Los supuestos de favorecimiento de la estancia ilegal sobrevenida. 111.6. Tipo subjetivo. 111.7. Consumación. Delito de mera actividad. 111.8. Sujetos pasivos: exclusión de los ciudadanos comunitarios. 111.9. Unidad o pluralidad de víctimas. Inexistencia de continuidad delictiva. 111.10. Subtipos cualificados. 111.1 0.1. Ánimo de lucro. 111.1 0.2. Puesta en peligro de la vida, la salud o la integridad de las personas. 111.1 0.3. Menores de edad e incapaces. 111.1 0.4. Autoridad, agente de ésta o funcionario público. 111.1 0.5. Criminalidad organizada. 111.11. Subtipo privilegiado. IV. DELITO DE PROSTITUCIÓN COACTIVA. IV.1 . Introducción. 1V.2. Concepto de prostitución. IV.3. Bien jurídicamente tutelado por el artículo 188.1 CP. IV.4. Conductas típicas: determinación y mantenimiento en la prostitución. IV.5. Medios comisivos. Concurso con el delito de detención ilegal. 1V.6. Delito de trata de seres humanos y prostitución coactiva: concurso instrumental de delitos. IV.7. Delito de explotación de la prostitución de otra persona. IV.8. Tipos cualificados. IV.8.1. Minoría de edad e incapacidad. IV.8.2. Otros subtipos cualificados. IV.9. Responsabilidad civil. V. DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS. V.1. Introducción. V.2. Naturaleza jurídica y bien jurídico protegido. V.3. La explotación como elemento diferenciador de las conductas perseguibles por el derecho laboral sancionador. V.4. Sujeto activo y las personas jurídicas. V.5. Sujeto Pasivo: súbditos extranjeros sin permiso de trabajo. V.6. Relación laboral. V.7. Casos analizados por la jurisprudencia: a) Contrato de esclavo; b) Contratos abusivos y leoninos. V.8. Prostitución coactiva y delitos contra los derechos de los trabajadores extranjeros: concurso real de delitos. VI. EXPULSIÓN DE CIUDADANOS EXTRANJEROS NO RESIDENTES LEGALMENTE EN ESPAÑA COMO MEDIDA SUSTITUTIVA DE PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD (ARTÍCULO 89 CP). VI.1. Introducción. VI.2. Ámbito subjetivo de aplicación del artículo 89 CP: "extranjero no residente legalmente en España". VI.2.1. Ciudadanos no comunitarios. VI.2.2. Prueba de la situación de residencia. VI.2.3. Ciudadanos de la Unión Europea y asimilados. VI.2.4. Padres de niños españoles (o comunitarios) [Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) 8/3/2011 (C/34/09)]. VI.2.5. Momento de valoración de la situación administrativa: cambio de circunstancias. VI.3. Sustitución íntegra de la condena privativa de libertad por la expulsión del territorio nacional. VI.3.1. Ámbito objetivo de aplicación de la sustitución íntegra: penas privativas de libertad inferiores a seis años. VI.3.1.1. Penas privativas de libertad. VI.3.1.2. Límite de los seis años. a) La pena a tomar en consideración es la pena efectivamente impuesta. b) Pluralidad de penas privativas de libertad, cada una de ellas inferiores a seis años, pero que sumadas exceden ese límite. c) Concurrencia de resoluciones, aplicando unas la expulsión judicial y otras exigiendo su cumplimiento en centro penitenciario: imposibilidad de refundición de conformidad con el artículo 76.2 CP. d) Concurrencia entre causas penales pendientes de enjuiciamiento y expulsión ya decretada. VI.3.2. Superación de automatismo: criterio de la preferencia de la sustitución. VI.3.3. Motivación de la decisión: las razones que justifican su no aplicación. VI.3.3.1. Gravedad y naturaleza de delito: prevención general. VI.3.3.2. Los intereses particulares del afectado. VI.3.3.3. Los antecedentes y el riesgo de reiteración delictiva del afectado. VI.3.4. Previa audiencia del condenado: debate contradictorio. VI.3.5. El escrito de acusación del Ministerio Fiscal. VI.3.6. La Disposición Adicional 17a LO 19/2003 y el posible ingreso en Centro de Internamiento de Extranjeros (artículo 89.6 CP). VI.3.7. La sustitución íntegra de la condena mediante auto posterior. VI.3.8. Imposibilidad de llevar a cabo la expulsión. VI.3.9. La suspensión de condena y

otras modalidades de sustitución aplicables a los penados extranjeros sin residencia legal. VI.4. Expulsión como medida sustitutiva del cumplimiento parcial de la condena. VI.4.1. Presupuestos objetivos de aplicación. VI.4.2. La expulsión sustitutiva a instancia del Ministerio Fiscal. VI.5. Quebrantamiento de la expulsión. VI.6 Régimen transitorio. VI.7. Las consecuencias de la aplicación del art. 89 CP a extranjeros sancionados administrativamente. VII. CONCLUSIONES.

I. Introducción: contrabando de personas, inmigración clandestina y trata de seres humanos.

1. Desde la aprobación por la Asamblea General de Naciones Unidas. (Resolución 55/25, de 15 de noviembre de 2000) del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños (Protocol to Prevent, Suppress and Punish trafficking in persons, Especially Women and Children) y del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire que complementan la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air) —denominados Protocolos de Palermo por haber sido abiertos a la firma en la conferencia política de alto nivel que se celebró en esa ciudad italiana entre los días 12 al 15 de diciembre de 2000—, el Derecho Internacional ha distinguido dos entidades criminológicas que, aunque tienen por objeto común el desplazamiento, migración o movimiento territorial de personas, deben ser perfectamente diferenciadas: la trata de seres humanos (trafficking in human beings; traite des êtres humains) o la trata de personas (trafficking in persons) y el contrabando de migrantes (smuggling of migrants).

Sin embargo, la versión española del segundo de los protocolos opta por utilizar una locución patentemente equívoca como es la de tráfico ilícito de migrantes lo que ha provocado interpretaciones erróneas y una indebida transposición de ambos instrumentos normativos a nuestro derecho positivo.

Los tipos definidos en uno y otro protocolo son especies perfectamente delimitadas de un género común. Ambos son delitos de tráfico de personas por cuanto exigen circulación o movimiento territorial de personas por cualquier procedimiento de transporte, pero mientras la ilicitud del tráfico, en el caso del delito de trata deriva de la utilización de unos determinados medios tendentes a la explotación del ser humano, en el caso del contrabando la ilicitud del tráfico está vinculada limitadamente a la introducción ilegal de la persona en un Estado del que no es nacional.

Ninguno de los dos protocolos fue concebido para definir, delimitar o regular derechos humanos en relación con las víctimas del contrabando de personas o de la trata. Fueron preparados y elaborados por la Comisión de Crimen de Naciones Unidas (Oficina de Fiscalización de Drogas y Prevención del delito, con sede en Viena) con el propósito principal de tipificar a nivel universal un conjunto de conductas estrechamente vinculadas al crimen organizado transnacional que, por su expansión y gravedad, habían alcanzado el mismo nivel de preocupación en la Comunidad internacional que el tráfico ilícito de drogas y estupefacientes, el tráfico ilegal de armas, el blanqueo de capitales o el terrorismo internacional.

Por ello, mientras las disposiciones de derecho penal material reguladas en ambos protocolos constituyen normas imperativas de primer grado para los Estados que los suscriban cuando los delitos se realicen en el ámbito de la delincuencia organizada transnacional, las relativas a la protección, asistencia, repatriación y

derechos de las víctimas en general o son de obligatoriedad menos intensa —solo deberían ser adoptadas en el caso de ser compatibles con el derecho interno de cada Estado- o constituyen meras recomendaciones.

2. El Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire (PPMI) obliga a los Estados Parte a tipificar tres modalidades de delitos: el tráfico ilícito de migrantes (contrabando de migrantes); determinadas conductas falsarias instrumentales del tráfico ilícito de migrantes (creación de un documento de viaje o de identidad falso, y la facilitación, el suministro o la posesión de tal documento); y, la que describe como habilitación para la permanencia del inmigrante en situación irregular en el Estado receptor cuando se haya recurrido a esas actividades falsarias o a cualquier otro medio ilegal. En todos los casos, se exige que se cometan con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material (Art. 6 PPMI).

En concreto, el delito de tráfico ilícito de migrantes (entendido como contrabando de migrantes) es definido 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 (artículo 3 a) PPMI). El traficante limita su actuación a facilitar los medios necesarios para que el inmigrante logre el paso de fronteras sin haber cumplido los requisitos necesarios para entrar legalmente en el Estado receptor (artículo 3 b) PPMI). De esta manera, el delito de tráfico ilegal de personas no solo se configura necesariamente como transnacional —no siendo admisible el tráfico ilícito interno o doméstico- sino también exige que el emigrante sea un ciudadano extranjero carente del derecho a la libertad de entrada, residencia o circulación en el Estado receptor.

Para el derecho penal de Naciones Unidas, el delito de tráfico ilícito de migrantes no exige la concurrencia de ningún otro elemento de valoración objetiva, ni tampoco agrega ningún otro de naturaleza subjetiva al ánimo de lucro. En efecto, el traficante ni provoca la decisión migratoria de la víctima, ni participa conscientemente en ningún movimiento territorial forzado o con consentimiento viciado del migrante con la finalidad de someterlo a explotación; al contrario, una vez hubiera cumplido su cometido, se desentiende del destino posterior de su víctima.

En principio, el traficante coopera con el emigrante que normalmente de manera voluntaria ha optado por introducirse en el territorio de un Estado con conocimiento de que lo hace con violación de las normas reguladoras de la entrada, circulación o residencia de extranjeros. Por ello, cuando el inmigrante ha logrado alcanzar su destino se encuentra en situación de irregularidad administrativa quedando sometido al derecho sancionador de extranjería del país receptor.

Del mismo modo, siendo un elemento constitutivo del delito de tráfico ilícito la concurrencia del ánimo de lucro, cualquier ayuda a la inmigración clandestina realizada por razones altruistas, humanitarias, familiares o similares podría constituir una infracción administrativa, pero —para el derecho de Naciones Unidas- sería penalmente atípica.

Así concebido, el delito de tráfico ilegal o contrabando de personas nace con la intención de proteger el legítimo interés de los Estados de controlar los flujos migratorios y la indemnidad de sus fronteras. Esto es, está

vinculado a la necesidad de garantizar a los distintos Gobiernos una programación coherente de sus políticas sociales, económicas, demográficas e, incluso, de seguridad ciudadana en sus respectivos territorios. En buena medida coincide con el fundamento y fines del derecho administrativo sancionador de extranjería.

Sin embargo, si Naciones Unidas ha exigido su persecución penal ha sido debido a otras causas de distinta naturaleza que afectan a la mayor antijuricidad de la acción.

Por una parte, obviamente, porque los efectos perniciosos para los Estados se exageran de manera extraordinaria cuando la inmigración clandestina es realizada en el ámbito del crimen organizado internacional.

Pero también, porque los derechos más elementales de los migrantes corren serio peligro de lesión no solo por las formas en que se lleva a cabo el transporte o se realiza el paso de fronteras —en muchas ocasiones con peligro para su vida e integridad física y casi siempre de modo abusivo e indigno al ser tratados como meras mercancías-, sino también porque los traficantes contribuyen a la introducción de los inmigrantes en el país receptor a conciencia de que -dada la situación de ilegalidad en la que se van a encontrar- deberán someterse a unas condiciones de vida' patentemente discriminatorias y degradantes en relación con los residentes en situación de regularidad, corriendo un grave riesgo de caer en la marginación social y en la explotación o abuso por terceros. Por esta razón, los migrantes —para Naciones Unidas- deben tener la consideración de víctimas del delito, prohibiendo expresamente el Protocolo de Palermo que puedan ser enjuiciados como partícipes en ninguno de los delitos relativos al tráfico ilegal de personas (artículo 5 PPMI).

3. Por el contrario, el Protocolo de Palermo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, impone en su artículo 5 la penalización de un delito bien distinto: la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos (artículo 3 PPT).

Si en el delito de contrabando de personas el desplazamiento territorial del inmigrante no es determinado por el traficante, en el delito de trata es impuesto por el sujeto activo mediante distintos medios —coactivos, intimidatorios, engañosos o abusivos- ejercidos durante todas o alguna de las fases en que se desarrolla el proceso. El contrabandista de personas preferentemente persigue enriquecerse facilitando la entrada ilegal o clandestina de la víctima en el territorio de un Estado, el tratante actúa con la intención decidida de que la víctima sea explotada en el lugar de destino; esto es, la actividad del tratante está encaminada directamente a cosificar a su víctima, convirtiéndola en un bien semoviente para que realice cualquier actividad productiva en su provecho o de un tercero, reduciéndola a mero objeto o mercancía sexual, o rebajándola a la condición de depósito o banco de órganos que puedan ser extraídos para lucrativos trasplantes.

En consecuencia, tal como es concebido el delito de trata de seres humanos por el Protocolo de Palermo, resulta evidente que solo persigue la protección de la dignidad de la víctima a quienes los tratantes —

desconociendo su condición humana- pretenden privarle de su misma personalidad. Ningún interés de los Estados en el control de los flujos migratorios se ve comprometido por este delito que, obviamente, no exige el traspaso ilegal de frontera alguna. El delito se refiere a la trata de seres humanos, no a la trata de extranjeros. Ello significa no solo que es posible cometer el delito en el territorio de un solo Estado (trata doméstica o interior), sino también que es inadmisibles cualquier discriminación en su persecución por razón de la nacionalidad de la víctima.

Por ello, en los casos en que la víctima de trata sea extranjera, no deberá tener la consideración de inmigrante en situación de irregularidad pudiendo ser sometida al régimen de extranjería del Estado receptor; todo lo contrario, ese Estado estaría obligado a desplegar todas las medidas de protección física, jurídica y asistenciales precisas para la pronta recuperación del afectado y, en su caso, la repatriación concertada y segura, cuando así convenga a los intereses de la persona tratada.

Ambos Protocolos son vinculantes para España, el de tráfico ilegal (contrabando de migrantes) desde el 25 de diciembre de 2003 (instrumento de ratificación, BOE Núm. 296 de 11/12/2003) y el de trata de seres humanos desde el 28 de enero de 2004 (instrumento de ratificación, BOE Núm. 295 de 10/12/2003).

4. Con posterioridad al Protocolo de Palermo, en el ámbito de la Unión Europea, el delito de tráfico ilegal (contrabando de migrantes) se intenta reconvertir en un delito de favorecimiento de la inmigración clandestina con intención de reforzar algunos de los objetivos prioritarios de la Unión, significadamente la supresión de fronteras interiores y el establecimiento progresivo de un espacio de libertad, seguridad y justicia.

A esta finalidad respondían la Directiva 2002/90/CE, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares y la Decisión marco 2002/946/JAI, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, las cuales carecen de vigencia en el orden penal sustantivo al haberse visto afectada la Decisión marco por la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Gran Sala) de 13 de septiembre de 2005 (Asunto C-176/2003).

5. A su vez, en el área geográfica europea, se han dictado otros instrumentos normativos dirigidos a combatir la trata de seres humanos que, además de matizar las definiciones jurídicas de ambas figuras delictivas o su ámbito de aplicación tal como venían establecidas por el Protocolo de Naciones Unidas, han profundizado en la regulación y adopción del sistema de protección de las víctimas que ya estaba previsto en aquellos protocolos de Naciones Unidas.

En el ámbito del Consejo de Europa el delito de trata ha sido regulado por el Convenio del Consejo de Europa Núm. 197 sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Varsovia, 16 de mayo de 2005), ratificado por España el día 23 de febrero de 2009, instrumento de ratificación, BOE núm. 219 de 10 de septiembre del mismo año (en los sucesivos CVT).

Este Convenio, siguiendo las prescripciones del Protocolo de Naciones Unidas, impone a los Estados Parte la tipificación del delito de trata de seres humanos, estableciendo en el artículo 4 que por «trata de seres

humanos» se entenderá el reclutamiento, transporte, transferencia, alojamiento o recepción de personas, recurriendo a la amenaza o uso de la fuerza u otras formas de coerción, el secuestro, fraude, engaño, abuso de autoridad o de otra situación de vulnerabilidad, o el ofrecimiento o aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con vistas a su explotación. La explotación comprenderá, como mínimo, la explotación de la prostitución de otras personas u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extirpación de órganos.

Al igual que ordenaba el Protocolo de Naciones Unidas, el Convenio impone la persecución de determinados delitos falsarios instrumentales a la trata (fabricar un documento de viaje o de identidad fraudulento; procurar o aportar dicho documento; retener, sustraer, alterar, dañar o destruir un documento de viaje o de identidad de otra persona) (art. 20 CVT); exige la persecución penal de la complicidad y de la tentativa (art. 21 CVT); se preocupa de la responsabilidad de las personas jurídicas (art. 22 CVT); relaciona las circunstancias agravantes (puesta peligro a la víctima; minoría de edad de la víctima; comisión por agente público en el ejercicio de sus funciones; comisión dentro del marco de una organización delictiva (art. 24 CVT), aunque añade la reincidencia internacional (art. 25 CVT).

Con carácter imperativo de segundo grado -esto es, siempre que sea posible con arreglo al derecho nacional- propugna la tipificación de la utilización de los servicios de la persona tratada con conocimiento de que la persona en cuestión es víctima de la trata de seres humanos (art. 19 CVT) lo que abre las puertas a la persecución —entre otros- de los clientes en el caso de trata con fines de explotación sexual; asimismo propone que se renuncie a enjuiciar o imponer sanciones penales a las víctimas de la trata de seres humanos por su participación en actividades ilícitas que se hayan visto obligadas a cometer como consecuencia directa de haber sido objeto de cualquiera de los actos contemplados en el artículo 2 (art. 26 CVT).

El Convenio de Varsovia, consecuente con la naturaleza jurídica del fenómeno que incrimina, generaliza su ámbito de aplicación a todas las formas de trata de seres humanos, nacionales o transnacionales, estén relacionadas o no con la delincuencia organizada (art. 2 CVT).

En definitiva, el Convenio de Varsovia de lucha contra la trata, desde la perspectiva del derecho penal sustantivo, reafirma la sustantividad del delito de trata de seres humanos siguiendo la estela del Protocolo de Naciones Unidas. Su verdadera trascendencia no lo constituye sus disposiciones penales (Capítulo IV, artículos 18 y siguientes) sino la ordenación de un sistema de lucha contra la trata de seres humanos más completo y estructurado, donde se profundiza sobre los aspectos atinentes a la prevención general del delito, a la investigación y cooperación internacional, y a la protección y asistencia integral de las víctimas.

6. Por su parte, el artículo 5. 3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Niza, 2000) expresamente prohíbe la trata de seres humanos por razón de constituir uno de los atentados más graves contra la dignidad del ser humano, al mismo nivel que la esclavitud, la servidumbre y los trabajos forzados.

Sin embargo, la delimitación del concepto de trata de seres humanos por los textos normativos comunitarios, desde la primera definición —recogida en el Capítulo I-A de la Acción común de 24 de febrero de 1997 adoptada

por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños (97/154/JAI)- hasta la actualidad ha sufrido una evolución extraordinariamente compleja y no exenta de ciertas confusiones y deficiencias.

Prescindiendo de ella, es preciso señalar que el régimen jurídico penal de la trata de seres humanos hoy vigente en la Unión Europea lo constituye la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo que, como sus redactores afirman en su exposición preliminar (considerandos), forma parte de la acción mundial contra la trata de seres humanos, constituyendo la lucha contra este, fenómeno delictivo —como reafirma el Programa de Estocolmo- urde=las prioridades de la Unión Europea.

En lo que concierne a sus disposiciones de derecho penal sustantivo, la Directiva 2011/36/UE define el delito de trata de seres humanos en su artículo 2 de la misma manera que el Protocolo de Palermo y la Convención de Varsovia. Sin embargo, entre las conductas típicas alternativas precisa que las mismas también comprenden el intercambio o la transferencia de control sobre estas personas; en relación a los medios comisivos, aclara que el concepto de situación de vulnerabilidad se produce cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa real o aceptable excepto someterse al abuso; en lo que respecta a las modalidades de trata incluye la mendicidad entre los supuestos constitutivos de servicios forzados y añade una nueva forma de explotación "para realizar actividades delictivas" (art. 2). En verdad, lo que hace el legislador europeo no es más que trasladar al texto de la norma —clarificándolo- muchas de las interpretaciones que ya se encontraban en los Trabajos Preparatorios elaborados por los expertos del Protocolo de Palermo.

La Directiva exige la persecución penal de la inducción, complicidad y tentativa (art. 3), de las personas jurídicas (art. 5 y 6), así como la imposición del decomiso de los instrumentos y productos del delito (art. 7). Como circunstancias agravantes el artículo 4 relaciona: la minoría de edad y la especial vulnerabilidad de la víctima; el realizarse en el marco de una organización delictiva; la puesta en peligro de la vida de la víctima; el empleo de violencia grave o la producción a la víctima de daños particularmente graves; o que haya sido cometida por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones.

La Directiva 2011/36/UE no llega a ordenar la persecución y castigo de los usuarios de los servicios de las personas esclavizadas, último eslabón de la trata, dejando a los Estados la decisión final al disponer en el artículo 18. 4 que con objeto de hacer más eficaz la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos desalentando la demanda, los Estados miembros estudiarán la adopción de medidas para tipificar penalmente el uso de servicios que son objeto de explotación a los que se hace referencia en el artículo 2, a sabiendas de que la persona es víctima de una de las infracciones contempladas en dicho artículo. Con anterioridad, la Directiva 2009/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular, todavía sin transponer, impone a los Estados Miembros perseguir penalmente la contratación de ciudadanos en situación irregular cuando d) el autor de la infracción es un empleador que, sin haber sido acusado o condenado por un delito establecido en virtud de la Decisión marco 2002/629/JAI, hace uso del

trabajo o los servicios de un nacional de un tercer país en situación irregular, sabiendo que esa persona es víctima de la trata de seres humanos.

El artículo 8 recoge una disposición semejante a la contemplada en el artículo 26 del Convenio de Varsovia al disponer que los Estados miembros adoptarán, de conformidad con los principios básicos de sus respectivos ordenamientos jurídicos, las medidas necesarias para garantizar que las autoridades nacionales competentes puedan optar por no enjuiciar ni imponer penas a las víctimas de la trata de seres humanos por su participación en actividades ilícitas que se hayan visto obligadas a cometer como consecuencia directa de haber sido objeto de cualquiera de los actos contemplados en el artículo 2.

7. En España, 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, realizó una reforma del artículo 318 bis CP al margen no solo de los instrumentos internacionales de Naciones Unidas vinculantes para España sino también de la normativa comunitaria europea sobre la materia entonces en vigor (Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo).

La reforma, según se expresa en la Exposición de Motivos, tenía por objeto trasponer la Directiva 2002/90/CE y la Decisión marco 2002/946/JAI, donde se resalta que con la reforma llevada a cabo los umbrales de penas resultantes satisfacen plenamente los objetivos de armonización que se contienen en la Decisión marco del Consejo de la Unión Europea destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares. Con esta finalidad se unificó el tratamiento jurídico penal de lo que denomina tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas por lo que en lugar de establecer un marco penal común de ámbito europeo relativo a la lucha contra la trata de seres humanos y a la lucha contra la inmigración clandestina (como también indica la Exposición de Motivos), confunde todas esas modalidades delictivas concernientes a los desplazamientos territoriales o movimientos ilegales de personas previstos por el derecho internacional en una entidad de difícil conceptualización.

En efecto, el delito de tráfico ilegal, aludido en el artículo 318 bis CP, no es el contrabando de personas que define el protocolo de Naciones Unidas pues el elemento subjetivo que lo caracteriza —el ánimo de lucro— se convierte en una circunstancia cualificadora de un subtipo agravado (Núm. 3 del artículo 318 bis CP). Tampoco puede identificarse con el delito de trata de seres humanos definido por el derecho internacional no solo porque se encuentra en un título referido a los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (lo que es incompatible con la esencia del delito de trata que no admite discriminación alguna por razón de la nacionalidad de la víctima) sino también porque el tipo básico ni recoge los medios comisivos integradores de la trata ni el tipo subjetivo que lo integra (finalidad de explotación, en cualquiera de sus tres manifestaciones).

Tampoco el apartado segundo del artículo 318 bis CP, único supuesto en el que se prevé una finalidad específica (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), puede asimilarse al delito de trata pues —además de constituirse en un subtipo agravado común del tráfico ilegal y de la inmigración clandestina— tampoco refiere ninguno de los medios comisivos típicos de aquella que de nuevo son trasladados a otro subtipo

cualificado en el Núm. 3 del artículo 318 bis CP (los que realicen las conductas descritas en cualquiera de los dos apartados anteriores... o empleando violencia, intimidación, engaño, o abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima,... serán castigados con las penas en su mitad superior).

En consecuencia, el delito de tráfico ilegal tal como viene configurado por el artículo 318 bis CP en nada se diferencia del delito de favorecimiento de la inmigración clandestina, hasta el punto de que -como veremos al analizar la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo- la ilegalidad del tráfico es sinónima a la clandestinidad de la inmigración, significando en ambos casos la entrada o circulación de extranjeros en territorio español sin cumplir con la legislación de extranjería. De este modo, aunque se utilicen como disyuntivos los términos de tráfico ilegal y el de inmigración clandestina por el artículo 318 bis CP, representan lo mismo, esto es la versión nacional del delito previsto por el artículo 2.1 de la Directiva comunitaria de 2002. Con ello no solo se realiza una tipificación rigurosamente formal y patentemente severa —incluso con riesgo de lesionar el principio de intervención mínima- de algunas conductas que preferentemente lesionan los intereses estatales de contención y control de los flujos migratorios irregulares, sino también —lo que es igual de grave- se orilla la persecución efectiva y proporcionada de uno de los delitos más afrentosos y preocupantes en la sociedad contemporánea, como es la trata de seres humanos, entendida como la expresión o forma de manifestarse la esclavitud en el siglo XXI.

Para salvar —al menos parcialmente- los anteriores defectos, la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, incorpora al Libro II del Código Penal el nuevo Título VII bis que, integrado únicamente por el artículo 177 bis, pretende tipificar el delito de trata de seres humanos tal y como exigen los distintos convenios internacionales firmados y ratificados por España.

El artículo 177 bis CP dispone:

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

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

b) La explotación sexual, incluida la pornografía.

c) La extracción de sus órganos corporales.

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

3. El consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a

alguno de los medios indicados en el apartado primero de este artículo.

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

- a) Con ocasión de la trata se ponga en grave peligro a la víctima;
- b) La víctima sea menor de edad;
- c) La víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, discapacidad o situación.

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

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

6. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades. Si concurriere alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en la mitad superior. Si concurriere la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo se impondrán las penas señaladas en este en su mitad superior.

Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado. En todo caso se elevará la pena a la inmediatamente superior en grado si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 o la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo.

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

8. La provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de trata de seres humanos serán castigadas con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente.

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

10. Las condenas de jueces o tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza que los previstos en este artículo producirán los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español.

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

El artículo 177 bis CP, en cuanto ordena los aspectos relativos a la persecución del delito de trata contra los seres humanos, solo constituye uno de los pilares en el que se asienta la adaptación de nuestro ordenamiento jurídico a la lucha contra ese fenómeno criminal.

Los concernientes al sistema integral de la protección de las víctimas fueron adelantados en parte por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en lo sucesivo LOEX), que ha introducido el artículo 59 bis (recientemente modificado de nuevo por la Ley Orgánica 10/2011, de 27 de julio) y por los artículos 140 y siguientes del nuevo Reglamento de Extranjería aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril (en lo sucesivo REX), en los que se regula un conjunto de actuaciones dirigidas a la identificación de las víctimas (declarando expresamente aplicable el artículo 10 Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, de 16 de mayo de 2005 -Convenio de Varsovia-), la concesión de un período de restablecimiento y reflexión, un régimen específico de autorización de residencia y trabajo —excepcional o provisional- para el caso de que la víctima fuera extranjera, y la colaboración de las organizaciones no gubernamentales sin ánimo de lucro. Instituciones y medidas que han sido desarrolladas por el Protocolo Marco de Protección de Víctimas de Trata de Seres Humanos (artículo 140 REX) aprobado el día 28 de octubre de 2011, elaborado por las Secretarías de Estado de Inmigración y Emigración, de Justicia, de Seguridad y de Igualdad con la intervención del Consejo General del Poder Judicial y de la Fiscalía General del Estado.

II. EL DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS: ARTÍCULO 177 BIS DEL CÓDIGO PENAL

II.1. Introducción. Bien jurídico protegido.

El artículo 177 bis —único precepto que integra el nuevo Título VII Bis del Libro Segundo del Código Penal- es una norma de transposición al derecho español del delito de trata de seres humanos tal y como ha sido definido por el derecho internacional vinculante para España.

De manera concisa pero muy expresiva el preámbulo de la LO 5/2010 reconoce que no tiene otro objetivo que el de la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren. En este sentido reafirma idéntica declaración y pretensión que todos los documentos e instrumentos internacionales preparatorios, explicativos y reguladores de este delito o de cualquier otra disposición relativa al sistema de prevención, protección, o persecución que integran la acción mundial contra este fenómeno criminal. Así lo reconoce también la Sala Segunda del Tribunal Supremo (STS 378/2011 de 17/5).

Se protege la dignidad de la persona sin discriminación alguna.. Por ello, el nuevo Título se ubica entre los que criminalizan las torturas y otros delitos contra la integridad moral (Título VII) y los delitos contra la libertad e

indemnidad sexual (Título VIII) es ajustada, adecuándose a la sistemática de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, donde se prohíbe la trata de seres humanos en el artículo 5.3 en el ámbito propio de protección de la dignidad de las personas (derecho a la vida (art. 2), derecho a la integridad de la persona (art. 3), prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes (art. 4) y prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado (art. 5).

Al proteger un bien jurídico de naturaleza personalísima —en esencia la propia personalidad de la víctima-, se cometerán tantos delitos de trata de seres humanos como víctimas hayan sido tratadas, aunque todas ellas lo fueran en una acción conjunta.

El artículo 177 bis CP, siguiendo los dictados del derecho internacional, ha estructurado el tipo básico del delito de trata de seres humanos sobre la base de construir la acción típica a través de tres elementos que necesariamente deben concurrir para que el delito se produzca. Dos son de carácter objetivo, las conductas alternativas y los medios comisivos que relaciona; y otro subjetivo, la finalidad perseguida, la explotación o dominación en sus tres modalidades.

II.2. Conductas típicas alternativas.

Las conductas típicas que lo integran se corresponden con cada una de las fases del proceso movilizador en que la trata consiste: la captación de la víctima que se llevará a efecto normalmente en el lugar de su residencia habitual; el transporte, que se desarrollará por las zonas de tránsito; y el alojamiento que se producirá en el sitio de destino donde se pretende la explotación de la víctima. Ello se remarca en el artículo 177 bis CP al especificarse que el delito puede cometerse no solo en territorio español (trata doméstica) sino también desde España, en tránsito o con destino a ella (trata transnacional).

El significado jurídico de los verbos nucleares utilizados por el legislador a la hora de relacionar cada una de las conductas típicas no puede delimitarse con carácter absoluto o apriorístico según su sentido semántico o lexicográfico propio pues dependen necesariamente del medio comisivo empleado en cada caso y de su obligada interconexión.

Así, la captación debe quedar orientada a la sustracción de la víctima de su entorno más inmediato para ser tratada, eso es para ser desplazada o movilizada, lo que no ocurre en la mera captación de menores con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos [artículo 189.1 a) CP].

El transporte solo puede representar la acción por la que se lleva a la persona tratada de un lugar a otro cualquiera que sea el medio o vehículo utilizado, por sí o a través de tercero.

El término traslado —como acepción necesariamente diferenciada del propio transporte-, al ser aplicado a una persona carente de capacidad de decisión por hallarse sometida a violencia, intimidación o situación abusiva, adquiere el significado de entrega, cambio, cesión o, transferencia de la víctima (término que con mayor propiedad utiliza la versión del Convenio de Varsovia aceptada por el Instrumento de ratificación español BOE 10/9/2009) del mismo modo que la recepción indica esa misma relación desde la perspectiva de quien la toma o

se hace cargo de ella. En ambos casos se comprenderán todos los supuestos de ventas entre tratantes o de adquisiciones mediante precio de quien ejerza un poder de dominación sobre otra.

Acoger, recibir y alojar refieren las conductas de quienes —ya sea con carácter provisional o definitivo— aposentan a las víctimas tratadas en el lugar de destino donde piensa realizarse la dominación o explotación planificada.

En definitiva, el artículo 177 bis CP recoge todo el proceso por el que se moviliza a una persona de un lugar a otro para su dominación y explotación.

II.3. Medios comisivos alternativos.

El tipo básico del artículo 177 bis CP, relaciona con carácter alternativo la violencia, la intimidación, el engaño, o el abuso de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima; esto es exactamente los mismos que integraron el tipo cualificado del ordinal segundo del artículo 188 CP según la redacción dada por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, y que todavía caracterizan el tipo básico de la prostitución coactiva del artículo 188.1 CP. Los medios utilizados para la captación, traslado, transporte o recepción, cualquiera que sea la denominación que reciban, tienen que ser lo suficientemente eficaces para lograr que la víctima sea obligada a ello, ya por no haber prestado su consentimiento ya por haberlo prestado de manera viciada.

Todos ellos han sido delimitados por la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo pudiendo ser trasladada convenientemente al ámbito del artículo 177 bis CP.

La violencia equivale a la fuerza física directamente ejercida sobre la víctima o encaminada a crear en ella un estado de miedo a sufrir malos tratos en el futuro, con capacidad para anular o limitar seriamente la libertad de acción y decisión (SSTS 1367/2004, 1536/2004, 1257/2005, 1425/2005). Abarcaría cualquiera de las conductas subsumibles en el delito de coacciones del artículo 172 CP (SSTS 1428/2000, 1588/2001, 823/2007, 15/2008), pero ni exige que se traduzca en lesiones corporales de la víctima, ni es preciso que llegue a producirse una situación adicional de privación de libertad constitutiva de detención ilegal (SSTS 740/2005, 981/2005, 1091/2005, 286/2006).

La intimidación se corresponde con la fuerza psíquica o moral, es decir, con las amenazas en sentido estricto o el ejercicio de cierta clase de fuerza sobre las cosas, que son dirigidas a la víctima o a un tercero -generalmente familiares- con la finalidad de doblegar su voluntad (SSTS 1367/2004, 1536/2004, 1257/2005, 1425/2005).

El engaño equivale a fraude o maquinación fraudulenta, comprendiendo cualquier tipo de señuelo que, según las circunstancias de cada caso, sea eficiente para determinar la voluntad viciada de la víctima. Ello se puede lograr a través de múltiples mecanismos de la más variada naturaleza: normalmente el medio más utilizado es la proposición ficticia de ofertas de trabajo o la contratación simulada (SSTS 1588/2001, 1905/2001, 1367/2004, 1536/2004, 1257/2005, 1425/2005); pero también la seducción amorosa e incluso técnicas de sugestión como el hechizo o el vudú (SSTS 349/2005, 1461/2005, 951/2009, 651/2010, 249/2011).

Las diversas modalidades de abusos -de una situación de superioridad, de necesidad o de vulnerabilidad de la

víctima-, comprenden aquellas relaciones de prevalimiento del sujeto activo bien derivadas de una situación de superioridad respecto a ella, bien en un estado de necesidad en el que ésta se encuentra o bien de su específica vulnerabilidad por razón de su corta edad, enfermedad u otra condición similar (SSTS 1367/2004, 1536/2004, 1257/2005).

Entre los supuestos de situación de superioridad o vulnerabilidad se comprenderán no solo los que tengan su causa en el pleno sometimiento de la víctima al padre, marido, patriarca o líder comunitario que todavía se producen en determinadas culturas, sino también aquellos en que la víctima se encuentre previamente tratada o en régimen asimilable a la esclavitud (vide, SSTS 1428/2000, 372/2005, 726/2005, 1465/2005, 191/2007, 96/2008, 644/2008, 876/2008, 308/2010, 873/2010).

Los medios comisivos son alternativos en el sentido de que cualquiera de ellos es suficiente para integrar el delito de trata en cada una de sus fases. Pero ello no supone que deba permanecer el mismo durante todo el proceso. Al contrario, cada conducta típica puede llevarse a cabo a través de un medio distinto, se puede captar con engaño y alojar con violencia.

En cualquier caso, el apartado 2 del artículo 177 bis CP establece que aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior, se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones indicadas en el apartado anterior cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación. Esto es, cuando la víctima no hubieran alcanzado la edad de dieciocho años.

La mención del apartado 3 según la cual el consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados en el apartado primero de este artículo no solo es su consecuencia lógica sino también un recordatorio de que la trata es un delito distinto y diferenciado de la explotación efectiva de la víctima en cualquiera de sus modalidades. Es decir, una persona puede aceptar libremente realizar actividades integradas en la explotación sexual o laboral pero ser engañada o forzada en cuanto a los presupuestos que condicionan su desplazamiento.

II.4. Tipo subjetivo.

El delito de trata de seres humanos es un delito de tendencia que requiere que las conductas alternativas señaladas, ejecutadas empleando los medios también indicados, se realicen con cualquiera de las finalidades siguientes: a) La imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre, o a la mendicidad; b) La explotación sexual, incluida la pornografía; c) La extracción de sus órganos corporales.

Todas ellas suponen la intención de que la víctima sea utilizada en provecho propio o de tercero, pues el artículo 177 bis CP no exige que el dominador o explotador sea el mismo tratante.

El delito se consuma sin necesidad de que los tratantes hayan logrado el efectivo cumplimiento de sus propósitos. Si se han alcanzado, el delito del artículo 177 bis CP entraría en concurso con cualquiera de los delitos consumados. La trata constituye el delito antecedente respecto de aquellos que pudieran perseguir

situaciones de dominación o explotación -prostitución coactiva, explotación laboral, tráfico de órganos, etc.- que puede implicar la aparición de otro delito posterior distinto (vide, en relación con el tráfico con fines de explotación sexual STS 380/2007).

El artículo 177 bis CP ha optado por describir las tres modalidades específicas de trata, también de manera alternativa (con cualquiera de las finalidades) y en tres grupos diferenciados. Por ello, basta que se acredite la existencia de uno de dichos fines para que el delito se produzca. Por el contrario, si se llegara a acreditar la concurrencia de más de un fin -lo que suele ocurrir en relación con la trata de mujeres para la prostitución coactiva en los que persigue su explotación sexual previendo la imposición de condiciones laborales patentemente abusivas-, ello no dará lugar a la apreciación de una pluralidad de delitos de trata (tantos como fueran las finalidades yuxtapuestas).

II.4.1. La imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre, o a la mendicidad..

El primer grupo de conductas que se describen en el apartado a) del artículo 177 bis.1 CP como finalidades de delito de trata de seres humanos son: la imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre, o a la mendicidad, las cuales han sido expresamente definidas por el Derecho Internacional en distintos tratados o convenios de Naciones Unidas en relación con la dominación del hombre por el hombre.

A) La imposición de trabajo o servicios forzados. Está dirigido a imponer a la víctima la realización de cualquier actividad o servicio contra su voluntad. El artículo 2.1 del Convenio sobre el trabajo forzoso de 1930 define el trabajo o servicio forzado u obligatorio como el que es exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente. Para el derecho internacional vinculante para España, el concepto de trabajo no solo comprende cualquier actividad laboral productiva reglada o no (agrícola, industrial, de servicios, doméstica, etc.), sino también otras actividades de naturaleza bien distinta como la recluta de menores para intervenir en conflictos armados o para la comisión de hechos constitutivos de delitos (Convenio OIT de 1999, sobre las peores formas de trabajo infantil).

B) La esclavitud o prácticas similares a la esclavitud. Supone un estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos (artículo 1.1. Convención sobre la esclavitud de 1926; artículo 7 Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de 1956; artículo 7.2 c del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998). En esas situaciones, la persona esclavizada puede ser utilizada para la realización de cualquier actividad lucrativa o no, entre ellas para satisfacer los apetitos sexuales de su dominador o de un tercero; si la persona ha sido tratada con la intención de ser utilizada como mero objeto sexual por el tratante no nos hallaríamos ante un supuesto del apartado b) del Núm. 1 del artículo 177 bis CP (explotación sexual), sino ante un caso específico de fines de esclavitud sexual. Consumado el atentado contra la libertad sexual daría lugar al correspondiente concurso de delitos, normalmente con el de agresiones sexuales de los artículos 178 y siguientes.

C) La servidumbre. Se puede reducir a una persona a esta condición de cuatro formas:

a. Por deudas, entendida como el estado o la condición que resulta del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales, o los de alguien sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda, si los servicios prestados, equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda, o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios;

b. De la gleba, es decir destinada a vivir y a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona y a prestar a ésta, mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios, sin libertad para cambiar su condición (artículo 1 Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de 1956).

Es importante señalar en este momento que —al menos desde la experiencia judicial nacional- la trata de seres humanos en España tiene que ver esencialmente con esa servidumbre por deudas, es decir cuando el afectado se somete a la situación de dominación como único medio de satisfacer las deudas con el tratante. No son pocos los casos enjuiciados por nuestros tribunales en que unos inmigrantes —cualquiera que fuera su procedencia- han sido desplazados de su residencia habitual mediante falsas promesas de un buen puesto de trabajo en España, se les ha facilitado toda la cobertura económica necesaria para el transporte, y han sido recibidos y alojados en pisos o lugares previamente dispuestos. Es entonces, cuando se les comunica que han contraído una descomunal deuda que solo pueden solventar realizando trabajos en condiciones extraordinariamente abusivas e indignas (jornadas agotadoras, obligación de reembolso de los gastos exagerados de manutención, remuneraciones prácticamente inexistentes, alojamiento en condiciones inhumanas, imposición de multas etc.). En caso de negativa a trabajar han sido obligados coactivamente, con amenazas, llegando, incluso, a privarles de libertad. En esta categoría, obviamente, se encontrarían los supuestos de captación de jóvenes extranjeras para el ejercicio de la prostitución consentida en España, es decir de aquellas mujeres que bien ya ejercían la prostitución en su país de origen, bien ya se les advirtió que ese era el "trabajo" a realizar en España.

Aunque, probablemente no suponga la respuesta que exige la violación de derechos fundamentales de la persona tan relevantes [vide, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26/7/2005 (Siliadin contra Francia) dictada en interpretación del artículo 4 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre], es lo cierto que, tanto la actividad desarrollada por el esclavo como por el siervo en cualquier sector (agrícola, industrial, de servicios, doméstica, etc.) como los trabajos obligatorios —sin perjuicio de los delitos instrumentales que en concreto hayan podido concurrir para lograr la dominación o la imposición coactiva del trabajo- de llevarse a efecto podrían integrar además, en concurso con el delito de trata de seres humanos, un delito contra los derechos de los trabajadores tipificados en los artículos 311.1 o, en su caso, 312.2 CP.

c. Con el propósito de imponer un matrimonio forzoso a una mujer (cuando una mujer, sin que la asista el derecho a oponerse, es prometida o dada en matrimonio a cambio de una contrapartida en dinero o en especie entregada a sus padres, a su tutor, a su familia o a cualquier otra persona o grupo de personas, artículo 1 Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas

análogas a la esclavitud de 1956). Esta es la forma en que se pueden encubrir gran parte de los casos de esclavitud doméstica y de esclavitud sexual.

d. Cuando tenga por objetivo la venta o transmisión de una mujer (cuando el marido de una mujer, la familia o el clan del marido tienen el derecho de cederla a un tercero a título oneroso o de otra manera o la mujer, a la muerte de su marido, puede ser transmitida por herencia a otra persona), o de un menor (cuando un niño o un joven menor de dieciocho años es entregado por sus padres, o uno de ellos, o por su tutor, a otra persona, mediante remuneración o sin ella, con el propósito de que se explote la persona o el trabajo del niño o del joven) (artículo 1 Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de 1956). Aunque es valorado como finalidad específica, también constituye un medio para lograr cualquiera de los otros fines señalados.

D) La mendicidad. Siguiendo las orientaciones del derecho comunitario [Propuesta de Decisión marco de la Comisión de las Comunidades Europeas de 25/3/2009 (COM 2009 136 final) incorporada a la Directiva 36/2011/CE] por entender que constituye una forma de trabajo o servicio forzoso según la definición del Convenio N° 29 de la OIT, relativo al trabajo forzoso u obligatorio, de 1930, por lo tanto, la explotación de la mendicidad, incluido el uso en la mendicidad de una persona dependiente víctima de la trata, solo se incluye en el ámbito de la definición de trata de seres humanos cuando concurren todos los elementos del trabajo o servicio forzoso (considerando 11 de la exposición preliminar de esa Directiva).

La mendicidad integra uno de los fines de la trata cualquiera que sea el sexo, edad o capacidad física o psíquica de la víctima. Si además se hubiesen utilizado a menores e incapaces en el ejercicio efectivo de la mendicidad una vez alcanzado el lugar de destino entraría en concurso con el delito del artículo 232. 1 CP (en su caso con el delito del apartado segundo del mismo precepto de haberse empleado para esa efectiva utilización, violencia, intimidación o se les suministrare sustancias perjudiciales para la salud). Sin embargo, los supuestos de tráfico de menores con fines de mendicidad (artículo 232.2 CP) evidentemente pueden quedar comprendidos en el delito de trata —siendo menores no es necesaria la concurrencia de los medios comisivos-, dando lugar a un concurso aparente de normas con el artículo 177 bis CP, a resolver de conformidad con el artículo 8. 4 CP, castigándose solo por el delito de trata (criterio de alternatividad).

La Directiva 36/2011/CE incorpora un nuevo fin, la explotación para realizar actividades delictivas. Esta modalidad, según explica en su exposición preliminar, debe entenderse como la explotación de una persona para que cometa, por ejemplo, carterismo, hurtos en comercios, tráfico de estupefacientes y otras actividades similares que están castigadas con penas e implican una ganancia económica. Quizá es correcta su inclusión a modo de precisión, pero —como se argumenta en los Trabajos Preparatorios del Protocolo de Palermo- nada impide comprender esta modalidad en el concepto más amplio de servicios forzados.

II.4.2. La explotación sexual, incluida la pomografía.

El apartado b) del n° 1 del artículo 177 bis CP se refiere a la explotación sexual, incluida la pomografía. El legislador de 2010 ha utilizado la misma locución "explotación sexual" que se encontraba recogida para cualificar el subtipo agravado del Número 2 del artículo 318 Bis CP en su redacción anterior. Con ello se está

comprendiendo no solo cualquier actividad sexual que pudiera integrarse en el ámbito de la prostitución coactiva, como el alterne (STS 728/2005) o los llamados masajes eróticos (STS 556/2008), sino también cualquier otra práctica de naturaleza erótico-sexual como la participación en espectáculos exhibicionistas o "strip tease" (STS 1428/2000) o en la pornografía (STS 651/2006) a la que alude el artículo 177 bis CP expresamente y que, aunque sea un concepto difuso, abarcaría cualquier actividad dirigida a la confección de material audiovisual en el que con finalidad de provocación sexual, se contengan imágenes o situaciones impúdicas todo ello sin perjuicio de que, en esta materia las normas deben ser interpretadas de acuerdo con la realidad social, como impone el art. 3.1 del Código civil" (STS 373/2011).

El ánimo de lucro es consustancial con el concepto de explotación sexual. Así lo ha entendido la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en relación a la interpretación de la misma expresión "explotación sexual" del ordinal segundo del artículo 318 bis CP, que "-mutatis mutandis"- es plenamente trasladable al artículo 177 bis CP "la existencia de ánimo de lucro es inherente a la finalidad de explotación sexual, generalmente a través de actividades de prostitución, de manera que quien explota o pretende explotar la prostitución de otros no lo hace de forma desvinculada de las ganancias económicas que el ejercicio de ese comercio supone" (STS 378/2011). La ganancia económica puede ser fija, variable o a comisión, pero es preciso, en cualquier caso, que se trate de un beneficio económico directo (SSTS 450/2009, 1171/2009, 1238/2009).

En consecuencia, si la explotación sexual ha sido efectivamente llevada a cabo a través de la prostitución coactiva, el delito de trata entrará en concurso con el delito del artículo 188. 1 CP —en el caso de personas mayores de edad- o con el artículo 188. 2 o 3 CP, si fueran menores de dieciocho o trece años respectivamente. Del mismo modo, si la actividad efectivamente desarrollada en el caso de menores o incapaces necesariamente sometidos al proceso de trata fuera el explotarlos sexualmente —es decir con ánimo de lucro- a través de su utilización con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico se producirá un concurso de delitos con el artículo 189 del CP.

II.4.3. La extracción de sus órganos corporales.

El último de los apartados contempla la trata con fines de extracción de sus órganos corporales. La trata de seres humanos con fines de extracción de órganos implica la incorporación al proceso de trata de la propia persona afectada para extraerle sus órganos corporales tal y como exige el Protocolo de Palermo y la Convención de Varsovia. Normalmente la extracción del órgano se realizará para ser posteriormente traficado o trasplantado, pero la redacción del artículo 177 bis CP no excluye otras posibilidades, como por ejemplo que la extracción forme parte integrante de una ceremonia o rito aberrante ("satánico").

No obstante, al incorporarse al Código Penal el nuevo artículo 156 bis CP, en el que se tipifica de la manera más extensa posible el nuevo tipo de tráfico ilegal de órganos (los que promuevan, favorezcan, faciliten o publiciten la obtención o el tráfico ilegal de órganos humanos ajenos o el trasplante de los mismos serán castigados con la pena de prisión de seis a doce años si se tratara de un órgano principal, y de prisión de tres a seis años si el órgano fuera no principal) podría estar abarcando parcialmente las mismas conductas integradas en el artículo 177 bis CP, esto es la trata de seres humanos con fines de extracción de órganos cuando lo sea

para su posterior tráfico o/y transplante.

En consecuencia, el nuevo delito de tráfico ilegal de órganos en muchos casos podría generar un concurso aparente de normas con el de trata de seres humanos, a resolver por el cauce del artículo 8.4 CP. Sería de aplicación el artículo 177 bis CP cuando —dadas las penas previstas- el órgano extraído no fuera principal. En estos casos, una vez practicada la extracción —fase de agotamiento- el delito de trata entrará en concurso con el delito de lesiones o contra la vida, según el resultado efectivamente producido.

II.5. Tipos cualificados.

La pena a imponer por el tipo básico de trata de seres humanos es de cinco a ocho años de prisión. El legislador previene una penalidad muy severa que supera con creces lo ordenado por el artículo 4.1 de la Directiva 36/2011 (se castiguen con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos cinco años), aunque hay que significar que en muy pocas ocasiones va a aplicarse aisladamente por entrar en concurso con una pluralidad de delitos de distinta naturaleza y gravedad que se cometerán durante el desarrollo del proceso de trata o, tras haber concluido, en fase de agotamiento con los correspondientes al efectivo ejercicio de la explotación, toda vez que es en este el momento cuando —en la mayoría de las ocasiones- se adquiere constancia del delito de trata que le precede, y, también porque será muy común la concurrencia de cualquiera de los subtipos cualificados para los que, a su vez, se previenen unas importantes exacerbaciones punitivas.

11.5.1. Tipos cualificados en atención a la víctima (artículo 177 bis núm. 4 CP; artículo 24 del Convenio de Varsovia; y, artículo 4 de la Directiva 36/2011/CE).

Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo (8 años a 12 años de prisión) (de nuevo, aumentando los mínimos del artículo 4.2 de la Directiva 36/2011/CE que exige que se castiguen con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos diez años) cuando:

a) Con ocasión de la trata se ponga en grave peligro a la víctima.

Como concepto jurídico indeterminado solo podrá valorarse caso a caso. Tal como ocurre con el subtipo agravado del apartado segundo del artículo 318 bis CP (poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas) exige generar una situación de riesgo cierto de lesión para la vida, salud o integridad física o psíquica de la víctima en cualquiera de las fases en que se desarrolla el proceso de trata.

Por ello, si con ocasión del episodio de trata —normalmente por la manera de llevarse a efecto el transporte- se produce la muerte o graves lesiones de la víctima no será de aplicación esta circunstancia calificadora —lo cual supondría valorar dos veces la misma circunstancia-, sino el tipo básico de trata en concurso ideal con el delito de resultado correspondiente.

b) La víctima sea menor de edad.

El legislador internacional, y por derivación el nacional, ha valorado la condición del menor de dos maneras distintas. Una, para configurar el tipo básico del delito de trata que existe aunque no concurren los medios

comisivos que se exigen en el apartado primero en relación con los mayores de dieciocho años (nº 2 artículo 177 bis CP); otra, para configurar la circunstancia agravatoria en relación con el delito de trata perfecto, es decir cuando el tratante ha aplicado al menor de edad cualquiera de los medios comisivos descritos en el apartado primero del precepto. A salvo de lo que determine la Sala Segunda del Tribunal Supremo, hay que convenir que esta interpretación impide que una misma circunstancia pueda ser valorada dos veces; siendo, además, este criterio congruente con otros tipos con los que guarda especial relación como la prostitución coactiva de menores donde el artículo 188.2 CP prevé que si las mencionadas conductas se realizaran sobre persona menor de edad o incapaz, para iniciarla o mantenerla en una situación de prostitución, se impondrá al responsable la pena de prisión de cuatro a seis años.

Igual que el caso anterior, solo podrá entrar en concurso con el delito de trata de seres humanos el tipo básico del artículo 318 bis CP, pues en otro caso supondría valorar dos veces la misma circunstancia.

c) La víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, discapacidad o situación.

La exposición preliminar de la Directiva 36/11/2011/CE (considerando 12) contempla a modo de ejemplo distintos supuestos que podrían servir de fundamento para poder construir esta circunstancia (el estado de gestación y el estado de salud). No es posible prefijar todos los supuestos que en la realidad pueden darse, pero sí es debido llamar la atención de que necesariamente deben ser otros distintos de los que han podido ser tomados en consideración para configurar el tipo básico.

Si concurriere más de una circunstancia se impondrá la pena en su mitad superior, esto es prisión de 10 años a 12 años.

II.5.2. Delito cometido por la autoridad, sus agentes o funcionarios (artículo 177 bis nº 5 CP; artículo 24 Convenio de Varsovia; y artículo 4.3 Directiva 36/2011).

Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo (8 años a 12 años de prisión) e inhabilitación absoluta de seis a doce años a los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. Si concurriere además alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en su mitad superior (10 años a 12 años de prisión y de 9 años a 12 años de inhabilitación).

Una vez más, el legislador de 2010 ha adoptado una fórmula idéntica a la recogida por el artículo 318 bis CP (actualmente en el número 3) para los delitos de favorecimiento de la inmigración clandestina y a la prevista por el artículo 188.3 CP (según la redacción de la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, "...a los que realicen las conductas descritas en los apartados anteriores, en sus respectivos casos, prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público). Solo en el caso de que pueda ser imputado como autor, en su caso como inductor o cooperador necesario, sería posible aplicar el referido subtipo agravado.

Ello significa que el nº 5 del artículo 177 bis CP se configura como un delito especial impropio por la cualidad personal del sujeto activo del delito, toda vez que exige que la autoridad, sus agentes, o funcionarios realicen los

hechos —evidentemente del tipo básico del delito de trata -de tal manera que si su participación fuera meramente accesoria, solo podría ser perseguido como cómplice del tipo básico común (vide, SSTS 438/2004 y 1536/2004).

11.5.3. Delincuencia organizada (artículo 177 bis nº 6; artículo 24 del Convenio de Varsovia; artículo 4 Directiva 36/2011/CE en relación con la Decisión marco 2008/841/JAI del Consejo, sobre la lucha contra la delincuencia organizada).

Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo (8 años a 12 años de prisión) e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades. Si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas señaladas en este en su mitad superior (10 años a 12 años de prisión e inhabilitación especial). Si concurriera la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo se impondrán las penas señaladas en este en su mitad superior (10 años a 12 años de prisión y de 9 años a 12 años de inhabilitación absoluta).

Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior (de 10 años a 12 años de prisión e inhabilitación especial), que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado (12 años a 18 años de prisión e inhabilitación especial). En todo caso se elevará la pena a la inmediatamente superior en grado si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 (12 años a 18 años de prisión e inhabilitación especial) o la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo (12 años a 18 años de prisión y 12 años a 18 inhabilitación absoluta). Una vez más el artículo 177 bis CP acude a la fórmula ya establecida por el artículo 318 bis CP (apartado 4) de incorporar una agravación para el caso de pertenencia a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio que se dedicase a la realización de tales actividades.

Los problemas concursales que se pueden presentar en virtud de la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminal, han sido analizados en la Circular 2/2011 de la FGE, a cuyas pautas deberá ajustarse la actuación de los Sres. Fiscales.

II.6. Reincidencia internacional.

Conforme el apartado 10 del artículo 177 bis CP, las condenas de jueces o tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza que los previstos en este artículo producirán los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español.

El legislador español cumple de esta manera con las exigencias derivadas de nuestros compromisos internacionales, significadamente del artículo 25 Convenio de Varsovia, conforme al cual cada Parte adoptará medidas legislativas y de otra índole para prever la posibilidad de tener en cuenta, para la apreciación de la pena, las condenas en firme impuestas en otra Parte por infracciones establecidas de conformidad con el presente Convenio.

Ello significa que es imprescindible que consten en las actuaciones una certificación autenticada de la sentencia extranjera en donde conste la fecha de su firmeza, todas las circunstancias fácticas y delito por el que se dictó la condena, la pena o penas impuestas, y la fecha en la que el penado las dejó efectivamente extinguidas; así como la certificación (en su caso, prueba de derecho extranjero) por el que se acredite la falta de cancelación de los antecedentes penales. Para ello, los Sres. Fiscales promoverán la utilización de todos los mecanismos de cooperación jurídica internacional, y, en su defecto el auxilio judicial internacional (artículo 193 LECrim).

II.7. Responsabilidad penal de las personas jurídicas.

El apartado 7 del artículo 177 bis CP establece que cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa del triple al quíntuple del beneficio obtenido. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

Los presupuestos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la extensión y aplicación de los artículos 31 bis y 33 CP, han sido analizados en la Circular 1/2011 de la FGE, estableciendo las pautas de actuación deberán ser observadas por los Sres. Fiscales.

II.8. Concurso de delitos con el artículo 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación.

El apartado 9 del artículo 177 bis CP establece una regla concursal específica del delito de trata de seres humanos conforme a la cual en todo caso las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación.

Muchos son los supuestos concursales que pueden originarse con ocasión del delito de trata de seres humanos. Así, cuando concurren con otros delitos que integren en sí mismos los medios comisivos utilizados para lograr vencer la resistencia de la víctima (ejemplo, el delito de amenazas o coacciones) habrá que estar a las normas generales conforme a las cuales quedarán consumidos en la acción típica de trata, o, como ocurre con el delito de detención ilegal del artículo 163 CP, cuando no queden subsumidos entrarán en concurso real o medial según cada caso, en atención a que concurra o no la necesidad instrumental según la pacífica doctrina jurisprudencial sobre el artículo 77.1 CP.

II.9. Exclusión de responsabilidad penal de las víctimas de trata.

El apartado 11 del artículo 177bis incorpora un supuesto de exención de responsabilidad criminal de la víctima de trata: sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales de este Código, la víctima de trata de seres humanos quedará exenta de pena por las infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha

situación y el hecho criminal realizado.

Evidentemente este precepto pretende trasladar al derecho español la recomendación establecida por el artículo 26 de la Convención de Varsovia (las Partes deberán prever, con arreglo a los principios fundamentales de su sistema jurídico, la posibilidad de no imponer sanciones a las víctimas por haber tomado parte en actividades ilícitas cuando hayan sido obligadas a ello) también recogida por el artículo 8 de la Directiva 36/2011/CE (los Estados miembros adoptarán, de conformidad con los principios básicos de sus respectivos ordenamientos jurídicos, las medidas necesarias para garantizar que las autoridades nacionales competentes puedan optar por no enjuiciar ni imponer penas a las víctimas de la trata de seres humanos por su participación en actividades ilícitas que se hayan visto obligadas a cometer como consecuencia directa de haber sido objeto de cualquiera de los actos contemplados en el artículo 2) .

Es difícil precisar la naturaleza, extensión y efectos de la exclusión punitiva prevista en este artículo. Si acudimos a la justificación que proporciona la exposición preliminar de la Directiva de la Unión Europea —el objetivo de esta protección es salvaguardar los derechos humanos de las víctimas, evitar una mayor victimización y animarlas a actuar como testigos en los procesos penales contra los autores- parece que participa de la naturaleza jurídica de las excusas absolutorias por haberse fundado en razones de política criminal. Sin embargo, al exigirse que se hayan visto obligadas a cometer como consecuencia directa de haber sido objeto de cualquiera de los actos contemplados en el artículo 2, parece definir un supuesto relacionado con el principio de no exigibilidad de otra conducta, tal y como reconoce la Circular 3/2010 de la FGE, sobre régimen transitorio aplicable a la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio.

El artículo 177 bis CP no excluye de su aplicación ningún delito, ni siquiera el tipificado en el propio artículo 177 bis CP. Podría afirmarse que está pensando en aquellos supuestos en que —sin que concurren todos los requisitos configuradores del estado de necesidad o, según los casos, del miedo insuperable- se ha producido una importante, patente y objetiva limitación del dominio de la voluntad de la víctima consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida, que por su situación de sometimiento se ve compelida a realizar los delitos ordenados por el tratante.

No siendo posible la formulación de una relación de los supuestos en que cabrá la aplicación del apartado 11 del artículo 177 bis CP, deberá valorarse en cada caso la concurrencia de las condiciones determinantes de la situación de dominación y del hecho criminal realizado, siguiendo un criterio de proporcionalidad.

En principio, lo será cuando el sujeto tratado lo ha sido con la finalidad de cometer determinados delitos a los que alude la Directiva 36/2011/CE como carterismo, hurtos en comercios, tráfico de estupefacientes (considerando 11).

Por otra parte, la experiencia demuestra que muchas víctimas de trata, significadamente en la modalidad de explotación sexual, son compelidas por los tratantes a colaborar con ellos directamente en cualquiera de las conductas alternativas típicas o, incluso, en la explotación efectiva. Así, está comprobado que la forma de llevarse a cabo la captación de algunas ciudadanas subsaharianas en ocasiones se realiza por víctimas de su misma nacionalidad e incluso de su misma familia, a cambio de ser liberadas. En otros casos, comúnmente

cuando las víctimas provienen de países del este, son obligadas a realizar funciones de vigilancia de las recientemente acogidas en los centros de explotación sexual. En estos casos la víctima participa directamente en la victimización de otra persona o en el mantenimiento de la situación de explotación de otro.

Es evidente que dichas personas no son totalmente libres en la realización de esos actos -de participación- pero no alcanzan el nivel de exclusión de la acción típica por ausencia de voluntariedad ni, en caso de haber actuado por miedo a represalias, a quedar cubiertas por la exención de responsabilidad del artículo 20.6 CP, sobre todo teniendo en cuenta la rigurosa doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo interpretando cada uno de los elementos que la configuran ("impulso" e "insuperabilidaer del miedo).

Del mismo modo, como corolario del principio de no persecución de las víctimas de trata, siempre sería proporcional que las víctimas quedaran exentas de la responsabilidad penal en relación con cualquier delito que hubiera cometido con ocasión del traslado a territorio español para facilitar su migración fraudulenta o subrepticia, especialmente los relativos a las falsedades documentales. A ello expresamente se refiere la exposición preliminar de la Directiva 36/2011/CE (el considerando 14 habla de uso de documentación falsa o infracciones contempladas en la legislación sobre prostitución o inmigración).

Entre los supuestos que con más frecuencia se producen en la práctica que podrían estar bajo su cobertura, se hallan los casos de las víctimas tratadas con fines de explotación sexual que son obligadas a facilitar cualquier tipo de drogas o sustancias psicotrópicas o estupefacientes a los clientes.

III. De los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.

III.1. Introducción.

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, ha suprimido el apartado segundo del artículo 318 Bis CP (si el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas), ha reenumerado los apartados 3, 4, 5 y 6, que pasan a ser 2, 3, 4 y 5, y ha modificado los resultantes apartados 2 y 4 del artículo 318 bis CP, incorporando las penas a imponer cuando de conformidad con el nuevo artículo 31 bis CP una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Título. Del mismo modo ha derogado el ordinal primero del artículo 313 CP (el que promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España, o a otro país de la Unión Europea).

En el primer caso, la supresión del antiguo apartado segundo es una de las consecuencias necesarias de la nueva tipificación en el artículo 177 bis CP del delito de trata de seres humanos. Sin embargo, desde esta perspectiva es patentemente incompleta pues mantiene como subtipo agravado —en el actual ordinal segundo— una serie de medios comisivos (empleando violencia, intimidación, engaño, o abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima) conformadores del delito de trata de seres humanos y que, por su propia naturaleza, parecen incompatibles con el contrabando de personas y el favorecimiento de la inmigración clandestina.

La modificación del apartado cuarto es consecuencia del nuevo régimen penal de la responsabilidad de las

personas jurídicas. Habiéndose dictado por parte de la Fiscalía General del Estado la Circular 1/2011, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010, los Sres. Fiscales deberán acomodar su actuación en este aspecto a lo que se expresada en dicho documento.

En el segundo, la reforma obedece a la necesidad de acabar con la existencia de dos entidades criminológicas idénticas -si los términos gramaticales (inmigración clandestina) son exactos en el artículo 313 y 318 bis, idéntica debe ser también su significación jurídica (STS 380/2007)- en las que no está justificada una respuesta penológica distinta según que el sujeto pasivo fuere trabajador o no (es evidente que el hecho de que las víctimas sean trabajadores o mano de obra, como con poca fortuna dice el artículo 312, no puede justificar la diferencia, de modo que habrá que encontrarla en la gravedad de la conducta. Sin embargo, la literalidad del tipo no aporta elementos valorativos que permitan esa diferenciación, por lo que la solución para armonizar ambas previsiones habría de ser la reforma legal, que podría contemplar como supuestos agravados la existencia de ulteriores finalidades de explotación (STS 569/2006). A ello, se une la circunstancia de que es de muy difícil determinación -en la mayoría de los casos que se someten a enjuiciamiento- valorar la concurrencia de esa condición. Se utiliza el término personas -en el artículo 318 bis-, en lugar del de trabajadores que aparecía -y continúa- en el art. 313, ante los problemas de prueba que se planteaban para acreditar que era el propósito de trabajar la causa de la venida al territorio español (SSTS 968/2005, 284/2006, 399/2009).

El legislador de 2010 no va más allá en sus pretensiones reformadoras del artículo 318 bis CP. Sigue apartándose del concepto de tráfico ilegal tal y como es definido por el artículo 3 del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, y continúa manteniendo un tratamiento jurídico penal unificado con el delito de favorecimiento de la inmigración clandestina que, directamente inspirado en el delito de ayuda a la entrada y circulación de ciudadanos no comunitarios en el espacio Schengen (artículo 1, Directiva 2002/90/CE), es de naturaleza marcadamente formal.

En definitiva, el Legislador de 2010 no ha aprovechado la ocasión para corregir muchos de los defectos apreciados tras la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 septiembre, que en lugar de potenciar la protección de los derechos de los ciudadanos extranjeros —como parece exigir la rúbrica del Título XV donde el artículo 318 bis CP se encuentra insertado- prioriza la protección de los intereses estatales de controlar los flujos migratorios y la indemnidad de sus fronteras.

Tras la última reforma el artículo 318 bis CP queda redactado de la siguiente manera:

"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, o con destino a otro país de la Unión Europea, será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión.

2. Los que realicen las conductas descritas en el apartado anterior con ánimo de lucro o empleando violencia, intimidación, engaño, o abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, o poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas, serán castigados con las penas en su mitad superior. Si la víctima fuera menor de edad o incapaz, serán castigados con las penas superiores en grado a las

previstas en el apartado anterior.

3. 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 prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.

4. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados 1 a 3 de este artículo, en sus respectivos casos, e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el 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.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Título, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años, o la del triple al quíntuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b a g del apartado 7 del artículo 33.

5. 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".

III.2. La ilegalidad del tráfico y la clandestinidad de la inmigración.

Tanto en el delito de favorecimiento del tráfico ilegal como en el facilitación de la inmigración clandestina se incriminan una serie de conductas que infringen determinadas disposiciones de la LOEX y del REX, por las que se establece el régimen jurídico de entrada, estancia, residencia o salida de ciudadanos nacionales de Estados que no pertenecen a la Unión Europea o a quienes no sea de aplicación el régimen comunitario (art. 1.3 LOEX).

Así, la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo es pacífica a la hora de reconocer que la ilegalidad del tráfico o la clandestinidad de la inmigración constituyen elementos normativos del tipo que deben ser integrados por el artículo 25.1 LOEX regulador de los requisitos de entrada en territorio español de los extranjeros no comunitarios, indicando que el extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, que se considere válido para tal fin en virtud de convenios internacionales suscritos por España. y no estar sujeto a prohibiciones expresas. Asimismo, deberá presentar los documentos que se determinan reglamentariamente que justifiquen el objeto y condiciones de estancia y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios (SSTS 1059/2005, 284/2006, 1087/2006, 1119/2006, 1146/2009, 399/2009, 378/2011).

Atendiendo al contenido y naturaleza de la infracción cometida del artículo 25 LOEX, la ilegalidad o

clandestinidad podrá revestir dos modalidades.

Primera, cuando la entrada en España no se realiza por los puestos habilitados al efecto, en cuyo caso nos encontraríamos en presencia de las denominadas entradas al territorio nacional ocultas, secretas o subrepticias (SSTS 1312/2002, 739/2003, 1092/2004, 994/2005, 1059/2005, 1490/2005, 284/2006, 1087/2006, 913/2009, 1119/2006, 153/2007, 985/2007, 1146/2009, 378/2011).

En ellas, lo decisivo es la elusión del control efectivo y directo de las autoridades administrativas llevado a cabo en los puestos fronterizos. Por ello es irrelevante en orden a la calificación penal el dato del lugar concreto desde el que partió el inmigrante -territorio español o no- si su residencia habitual fuera en el extranjero. Se realiza el tipo penal -promoviendo o facilitando el tráfico ilegal de personas- aunque sea desde la ciudad de Ceuta o de Melilla a la península (SSTS 1330/2002, 147/2005, 1294/2006), o, de los que se hallen en las zonas de tránsito de un aeropuerto internacional o en puerto marítimo nacional al haber fondeado el buque que lo transportaba, o de quien se encuentra ya en España, porque, como tripulante de un barco, en uno de sus puertos haya hecho escala (STS 284/2006, de 6/3).

La STS 740/2009, de 30/6, reafirma esta posición recordando que el tránsito de Ceuta o Melilla a otra ciudad española no supone la exclusión del régimen de control de acceso de extranjeros según expresamente se previene por el Instrumento de 23 de julio de 1993 de ratificación por el Reino de España del Acuerdo de 19 de junio de 1990 para la aplicación del Convenio Schengen de 14 de junio de 1985, publicado en Boletín Oficial del Estado de 5 de abril de 1994, en el que se acuerda que España mantendrá controles (controles de identidad y de documentos) en las conexiones marítimas y aéreas provenientes de Ceuta y Melilla que tengan como único destino otro punto del territorio español. A este mismo fin, España mantendrá controles sobre los vuelos interiores y sobre las conexiones regulares por trasbordador que salgan de las ciudades de Ceuta y Melilla con destino a otro Estado parte del Convenio. Así pues resulta evidente que el acceso desde Ceuta a la península burlando el citado control constituye la actividad de inmigración que, carente de la pertinente autorización, es ilegal.

Por el contrario, esta modalidad subrepticia queda seriamente limitada en el caso de entrada terrestre desde Francia o Portugal, por pertenecer los dos países al espacio Schengen. Así, ha declarado la STS 153/2007, de 28/2, que el cruce por una carretera secundaria no lo convierte sic et simpliciter en "paso fronterizo no habilitado al efecto". Más aún la realidad física del puesto fronterizo dentro del marco de la Unión Europea y en concreto entre España y Francia ha desaparecido como es un dato de experiencia, y ello se predica tanto del cruce por autopistas o carreteras principales como de secundarias, lo que no impide la existencia aleatoria de controles a uno y otro lado de la frontera. Así pues el paso no puede calificarse de clandestino porque se utilizó una vía normal, aunque no principal.

Los casos de inmigración subrepticia pueden ser clasificados, según la experiencia judicial española, en:

a. Transporte marítimo por medio de pateras, cayucos, balsa rígidas o hinchables, zodiacs, hidropedales u otro tipo de embarcaciones muy precarias (SSTS 112/1998, 1252/2002, 1248/2002, 1312/2002, 1330/2002, 1685/2002, 527/2003, 668/2003, 739/2003, 789/2003, 762/2003), 1207/2003, 14/4/2005, 491/2005, 568/2005,

700/2005, 760/2005, 968/2005, 950/2005, 1050/2005, 1080/2005, 1306/2005, 1595/2005, 46/2006, 561/2007, 628/2007, 582/2007, 554/2007, 604/2007, 618/2007, 622/2007, 718/2007, 753/2007, 799/2007, 788/2007, 808/2007, 1092/2007, 1121/2008, 1/2008, 36/2008, 122/2008, 111/2008, 270/2008, 921/2008, 17/2009, 1268/2009, 152/2010, 177/2010, 675/2010, 940/2010, 1089/2010);

b. Transporte marítimo a través de los denominados "motores humanos" esto es, cuando el autor del delito provisto de traje de neopreno -y, en su caso, aletas- transporta a nado, remolcando un flotador o pequeña balsa de goma, a ciudadanos extranjeros desde la costa de Marruecos a las playas de Ceuta o Melilla (SSTS 689/2005, 704/2005, 830/2005, 901/2005, 1039/2005, 1059/2005, 1451/2005);

c. Transporte marítimo clandestino en buques o embarcaciones de gran tonelaje, de cualquier tipo, incluso pesqueros (SSTS 1059/2006, 606/2007, 768/2007, 730/2007, 1166/2010); y,

d. Transporte terrestre ocultos en vehículos a motor (SSTS 610/2004, 1514/2004, 556/2005, 887/2005, 2/2006, 479/2006, 1183/2006, 87/2007, 526/2007, 945/2007, 1109/2007, 886/2008).

La segunda, cuando se realiza a través de los puestos fronterizos pero de manera fraudulenta, al valerse el individuo de cualquier tipo de artificio para ocultar a las autoridades la finalidad ilícita con que se hace, y que de ser conocida la haría imposible (vide, SSTS 2205/2002, 1092/2004, 147/2005, 994/2005, 1059/2005, 1465/2005, 1490/2005, 569/2006, 1119/2006, 153/2007, 380/2007, 605/2007, 152/2008, 182/2009, 1146/2009).

Específicamente, estarían comprendidas en esta segunda categoría los casos de uso de documentación falsa con la que se pretende ocultar la verdadera identidad del migrante con pasaportes, títulos de viaje y demás documentos señalados por el artículo 6 REX (vide, SSTS 1119/2006, 399/2009, 1146/2009); por la utilización de documentación -físicamente genuina- pero que no responde a la realidad de las cosas sirviendo de justificación del motivo y condiciones de entrada y estancia, como son las cartas de invitación, los acreditativos de la existencia de relaciones comerciales, las tarjetas de acceso a ferias o congresos, reservas hoteleras, matrícula u otro documento acreditativo de admisión en centro de enseñanza, etc. recogidos en el artículo 8.2 REX (vide, SSTS 1119/2006, 399/2009, 1146/2009); o, la conseguida mediante fórmulas autorizadoras de ingresos transitorios en el país, como los visados de estancia de corta duración con fines de permanencia, burlando o incumpliendo las normas administrativas que los autoricen en tales condiciones (vide, SSTS 284/2006, 913/2009, 1146/2009). A este último grupo pertenece el recurso de hacerse pasar como turista cuando solo constituía una tapadera, patraña o subterfugio que encubría una verdadera inmigración ilegal, ajustada a un plan o diseño inicial (vide, SSTS 1045/2003, 994/2005, 712/2005, 1059/2005, 1276/2005, 1465/2005, 1490/2005, 52/2006, 284/2006, 1087/2006, 380/2007, 605/2007 y acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 3 de octubre de 2005).

Los casos de inmigración fraudulenta, en consecuencia, pueden ser clasificados en:

a. Introducción en territorio español exhibiendo en el control de fronteras documentación falsa o a nombre de otra persona (SSTS 1116/2003, 1451/2003, 727/2004, 1352/2005, 1531/2005, 569/2006, 676/2006, 1072/2007,

124/2008, 1082/2009, 1146/2009, 1338/2009, 788/2010);

b. Tramitación fraudulenta o falsaria de expedientes dirigidos a obtener permisos de entrada en España (SSTS 1598/2001, 180/2003, 39/2007, 399/2009, 1235/2009);

c. Recepción, acogida o alojamiento concertada de inmigrantes (SSTS 669/2003, 1254/2003, 1397/2003, 1447/2003, 1597/2003, 801/2004, 1038/2005, 1080/2005, 1150/2005, 1304/2005, 17/11/2005, 989/2006, 297/2009);

d. Organización del viaje, anticipando el viático, billetes de ida y vuelta, y cuanta documentación fuera precisa para poder traspasar la frontera como si fueran turistas (SSTS 587/2000, 1428/2000, 204/2000, 1588/2001, 1905/2001, 1397/2001, 2194/2001, 448/2002, 2205/2002, 187/2003, 837/2003, 1045/2003, 1306/2003, 1484/2003, 71/2004, 293/2004, 306/2004, 416/2004, 438/2004, 896/2004, 1092/2004, 1367/2004, 1305/2004, 1305/2004, 349/2005, 372/2005, 994/2005, 712/2005, 726/2005, 728/2005, 740/2005, 981/2005, 1047/2005, 1091/2005, 1276/2005, 1307/2005, 1425/2005, 1446/2005, 1465/2005, 1461/2005, 1471/2005, 1490/2005, 1595/2005, 265/2006, 286/2006, 338/2006, 594/2006, 651/2006, 957/2006, 1047/2006, 1080/2006, 29/2007, 39/2007, 191/2007, 195/2007, 297/2007, 380/2007, 484/2007, 604/2007, 605/2007, 635/2007, 716/2007, 770/2007, 801/2007, 803/2007, 823/2007, 1008/2007, 15/2008, 76/2008, 96/2008, 127/2008, 152/2008, 350/2008, 363/2008, 445/2008, 644/2008, 802/2008, 876/2008, 87/2009, 207/2009, 238/2009, 409/2009, 425/2009, 450/2009, 913/2009, 1106/2009, 1171/2009, 1238/2009, 330/2010, 461/2010, 503/2010, 651/2010, 688/2010, 1155/2010, 153/2011, 196/2011, 378/2011, 550/2011).

III.3. Bienes jurídicos protegidos: delito de peligro abstracto. Conductas inocuas.

En el caso de los subtipos agravados descritos en los apartados 2 y siguientes del artículo 318 bis CP es evidente que concurre una pluralidad de intereses personales objeto de protección (dignidad, integridad, seguridad, etc.) pero en la definición del tipo básico no se describe o relaciona ningún dato que permita identificar un concreto derecho del ciudadano extranjero que directamente pueda verse lesionado por la realización de la acción típica.

La redacción del tipo básico -sobre todo tras la reforma de 2003- es indicadora de que este precepto nace con vocación de reforzar la protección del derecho del Estado al control de los flujos migratorios y la defensa de la indemnidad de sus fronteras. El art. 318 bis CP consagra un tipo delictivo en clave manifiestamente formalista, como instrumento de la política inmigratoria del Estado y de los demás integrantes de la Unión Europea o del Convenio de Schengen (STS 479/2006).

Sin embargo, la Sala Segunda del Tribunal Supremo se ha esforzado por limitar -en la medida de lo posible- una aplicación mecánica o formalista de aquellos delitos para impedir que puedan ser valorados como una mera criminalización de la normativa vigente en materia administrativa sobre entrada, permanencia y salida de extranjeros del territorio nacional.

Dos han sido los argumentos utilizados, uno de naturaleza sistemática derivado de la ubicación del artículo 318

bis en un Título que lleva como rúbrica de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros; y, otro, valiéndose de una interpretación teleológica del precepto congruente con el principio de intervención mínima que exige que solo sean perseguidos penalmente bienes jurídicos considerados esenciales para la convivencia según un sistema de valores constitucionalmente orientado y solamente frente a los ataques más graves contra aquellos (SSTS 479/2006, 569/2006).

En síntesis, ha afirmado que el bien jurídico protegido en ese precepto es doble: de un lado, el interés del Estado en el control de los flujos migratorios y de otro la protección de los derechos de la persona del migrante que, dada su posición de especial vulnerabilidad derivada de su situación de irregularidad en España, puede ser gravemente discriminatoria en relación con los que se encontraren regularmente.

Desde esta última perspectiva se configuraría como un delito de peligro abstracto por cuanto el tráfico ilegal y la inmigración clandestina: provocan la inserción de los migrantes en otros países en la más cruda marginalidad, la del no-ciudadano en condiciones de extrema indigencia (STS 730/2010); el inmigrante sin papeles se encuentra en unas circunstancias en las que sus derechos se ven, al menos, ante un alto peligro de ser seriamente disminuidos (SSTS 479/2006, 1087/2006); tiene graves dificultades para el ejercicio de sus derechos más esenciales (SSTS 768/2007, 913/2009); está imposibilitado de hacerlos valer en la misma forma que correspondería a cualquier ciudadano, a causa del temor a las consecuencias inherentes a su situación irregular (STS 1146/2009); y, se encuentran ante el peligro, siquiera sea abstracto, de ser sometidos a situaciones de explotación (SSTS 1087/2006, 153/2007, 1146/2009, 730/2010, 378/2011). Con otras palabras, a través del tipo básico del artículo 318 bis CP, se pretende proteger al emigrante en situación de búsqueda de una integración social con total ejercicio de las libertades públicas (SSTS 1465/2005, 1087/2006, 1238/2009, 378/2011).

Con ello quedan excluidos del ámbito de derecho penal cualquier conducta que aunque en sentido amplio pudiera estar comprendida en los términos favorecer o facilitar la inmigración de otro, es patentemente inocua por superflua, como la del que facilita al hermano el nombre del transportista que lo podría trasladar a España cuando esa información era de público conocimiento en la localidad (STS 479/2006), ingenua, como quien pide por favor a los agentes de fronteras que le dejen entrar con el inmigrante (STS 545/2006, 569/2006) o irrelevante, lo que ocurrirá cuando —aunque el inmigrante transportado carezca de autorización de entrada- se realice por un puesto fronterizo sin ocultación y en condiciones de absoluta normalidad (SSTS 1087/2006, 1146/2009).

111.4. Las acciones de promoción, favorecimiento o facilitación, directa o indirecta del tráfico ilegal o inmigración clandestina.

La conducta típica es descrita de la manera más amplia posible, en forma abierta y progresiva: promoción, que equivale a provocación, incitación o procurar su consecución; favorecimiento, integrado por cualquier acción de ayuda o apoyo al tráfico ilegal; y facilitación, que viene constituida por la remoción de obstáculos o prestación de medios para hacer posible el tráfico y que, en el fondo, no es más que una modalidad del favorecimiento.

Podíamos decir, de acuerdo con la doctrina más autorizada, que cualquier acción prestada al inicio o durante el desarrollo del ciclo emigratorio o inmigratorio y que auxilie a su producción en condiciones de ilegalidad, está incluida en la conducta típica (SSTS 1059/2005, 1092/2007, 17/2009, 399/2009, 913/2009). Con los términos

"directa o indirectamente" se trata de dar la amplitud necesaria para integrar en este tipo de delito también los comportamientos que, dirigidos a esa misma finalidad, no tuvieran relación inmediata con el hecho favorecedor del tráfico ilegal o la inmigración clandestina (SSTS 968/2005, 399/2009), significando que no requiere un contacto personal con el sujeto que emigra de forma clandestina (STS 913/2009).

Por tanto, los actos de favorecimiento del tráfico ilegal o de la inmigración clandestina, necesariamente referidos a terceras personas, serían imposibles de catalogar minuciosamente, toda vez que según el medio comisivo utilizado para llevar a cabo la entrada ilícita del afectado puede incluir una multiplicidad de acciones concurrentes constitutivas de captación, transporte, intermediación o cualquier otra que suponga promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina o el tráfico ilegal (SSTS 1059/2005, 561/2007, 582/2007, 605/2007, 746/2007, 36/2008, 122/2008, 152/2008, 399/2009) o cualquier otra de las características de las enunciadas (STS 545/2006). Es decir, habría que referir este comportamiento punible al hecho mismo del transporte, su organización, su realización o incluso la posterior acogida en España en connivencia con quienes participaron o prepararon el viaje correspondiente (SSTS 2205/2002, 739/2003, 1294/2006); los que facilitan la documentación para encubrir la finalidad ilícita de la entrada (STS 1087/2006); a la financiación de la operación, la actuación como intermediario, transportista, piloto de embarcación, o la facilitación de ésta, etc. (STS 1330/2002).

Por otra parte, la utilización de esos verbos de tan amplia extensión -promover, favorecer, facilitar- dificulta la consideración de formas de responsabilidad distintas de la autoría, siendo suficiente la participación del infractor en alguna de las múltiples tareas que convergen para llevar a cabo la acción para cumplirse la previsión normativa (STS 1330/2002). En el precepto se refleja el afán pancriminalizador que conduce a la adopción de un concepto unitario de autor, en el que se equiparan a la autoría conductas que materialmente son de participación (TS 479/2006).

Solo en supuestos muy excepcionales de aportaciones intrascendentes con auxilio escasamente efectivo o de mínima colaboración (STS 1330/2002) es posible la imputación a título de complicidad. Así, la esposa que colabora en la recepción en España con la llevanza de la casa y a cocinar la comida de los ocupantes de la vivienda con conocimiento de la procedencia de éstos y de lo irregular de la situación de los extranjeros que alojaban en la misma (STS 1735/2003) o el que presta su cuenta bancaria para la remisión de la suma con la que el inmigrante habría de comprar el billete para su viaje... por no tratarse de una aportación necesaria o imprescindible, cabiendo, en efecto, otras alternativas (STS 746/2007).

III.5. Los supuestos de favorecimiento de la estancia ilegal sobrevenida.

El delito del artículo 318 bis solo lo comete quien favorece, promueve o facilita el tráfico ilegal o la inmigración clandestina desde —la salida del inmigrante en situación irregular de España al extranjero-, en tránsito —dentro de España, de un punto a otro- o, con destino a España o a otro país de la Unión Europea —movimiento de personas desde el extranjero hacia España.

En todo caso, al estar vinculados a la ilegalidad del tráfico o a la clandestinidad de la inmigración, quien realice las conductas de favorecimiento debe actuar con conocimiento inicial y antecedente de que la situación administrativa de su acceso no responde a la realidad de la estancia en España (SSTS 2/2006, 605/2007,

746/2007, 152/2008, 378/2011). Consecuentemente, no comprende a quien, en territorio nacional, realiza cualquier acto de ayuda al inmigrante que se encuentra en situación de ilegalidad en España como consecuencia de actos no dependientes de su intervención.

Como afirma la STS nº 1397/2003, de 16/10, no es lo mismo favorecer la inmigración que favorecer al inmigrante. En estos supuestos se podrá incurrir en un ilícito administrativo (por ejemplo, del artículo 54. 1 d LOEX que considera como infracción muy grave, la contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo la correspondiente autorización de residencia y trabajo, incurriéndose en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados) pero no cabe la imputación por delito del artículo 318 bis CP.

Del mismo modo, la sola y aislada acción de alojamiento de inmigrantes en situación de ilegalidad es una conducta impune. Es decir, acoger o albergar a inmigrantes clandestinos —desconectado de cualquier acto de colaboración con los que organizan y dirigen la entrada ilegal o que sirva de estructura previamente convenida de alojamiento- mientras tratan de regularizar su situación o sustraerse a la fiscalización de los agentes de inmigración o policiales, aunque sea mediante el cobro de una cantidad por el alojamiento (STS 1304/2005). La Sala Segunda del Tribunal Supremo reiteradamente ha declarado que quienes reciben, transportan, acogen o alojan en territorio español a migrantes extranjeros en situación de ilegalidad, solo incurrirán en responsabilidad criminal por el delito del artículo 318 bis CP cuando quede debidamente probado el previo concierto con los organizadores de la migración clandestina o constituyera una condición acordada de aquella (vide, SSTs 669/2003, 1254/2003, 1397/2003, 1447/2003, 1597/2003, 801/2004, 1038/2005, 1080/2005, 1150/2005, 1304/2005, 17/11/2005, 989/2006, 297/2009).

Tal vinculación entre la conducta de alojamiento y el favorecimiento de la inmigración clandestina, obviamente también tiene lugar cuando constituye una fase necesaria para lograr la estancia definitiva e irregular de un ciudadano extranjero que se encontraba en tránsito por España y al que el imputado le induce a permanecer en ella (SSTs 1038/2005, 1080/2005 284/2006).

III.6. Tipo subjetivo.

El tipo básico del artículo 318 bis CP es un delito esencialmente doloso que no admite la comisión por imprudencia. Las conductas que lo integran deben estar dirigidas por su autor al tráfico ilegal o a la inmigración clandestina desde, en tránsito o con destino a España o a otro país de la Unión Europea. Por ello, el dolo debe comprender el sentido o finalidad perseguida por su conducta —de promoción, favorecimiento o facilitación- y la conciencia de la ilicitud del desplazamiento de las personas a las que afecta, sin que sea preciso que concurra ninguna otra finalidad o móvil espurio distinto —como el ánimo de lucro- que de existir daría lugar a la aplicación del subtipo agravado del apartado tercero del artículo 318 bis CP (SSTs 1330/2002, 1059/2005, 569/2006, 773/2006, 1292/2006, 526/2007, 768/2007).

III.7. Consumación. Delito de mera actividad.

El delito se consuma por la realización de los actos de promoción, favorecimiento o facilitación directa o

indirecta del tráfico ilegal o de la inmigración clandestina, sin exigir que se consiga la llegada a territorio español de los extranjeros, su estancia, su residencia o la obtención de puesto de trabajo por los mismos (SSTS 112/1998, 1330/2002, 1059/2005, 1597/2003, 773/2006, 1119/2006, 561/2007, 582/2007, 605/2007, 746/2007, 1092/2007, 36/2008, 122/2008, 152/2008).

No es pues necesario para su perfección que el extranjero haya traspasado efectivamente el control de pasaportes, ni que haya logrado entrar clandestinamente en territorio español sino que basta la promoción o el favorecimiento para que se alcance la consumación del tipo (SSTS 1330/2002, 284/2006). Del mismo modo, es irrelevante que la operación no haya llegado a buen término por naufragio, intervención de la policía, o cualquier otro motivo (STS 1092/2007). En definitiva, la consecución del fin previsto, la inmigración, pertenece a la esfera del agotamiento del delito (STS 399/2009).

La Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, incorporó un apartado f) al artículo 23 LOPJ conforme al cual extendió la jurisdicción española al conocimiento de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como delito de tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores". Con ello trataba de resolver la problemática planteada por algunas resoluciones dictadas por la Audiencia Provincial de Las Palmas que declararon su falta de jurisdicción para conocer del delito de tráfico ilegal de personas al haber sido localizadas las embarcaciones donde se trasladaba a los inmigrantes fuera del mar territorial español y ser trasladados a puerto gran canario por un navío de Salvamento Marítimo de la Guardia Civil.

La reforma fue quizás precipitada toda vez que la Sala Segunda del Tribunal Supremo —acudiendo a distintos criterios argumentales- resolvió la cuestión reconociendo no solo que los tribunales españoles gozaban de potestad jurisdiccional para enjuiciar esos casos (SSTS 561/2007, 582/2007, 628/2007, 554/2007, 618/2007, 622/2007, 1/2008, 36/2008, 122/2008), sino también determinando que correspondía la competencia territorial a los que estuvieran ubicados en el lugar del destino migratorio, esto es, aquél en que, según la representación del hecho por su autor, debería producirse el resultado (STS 1/2008).

III.8. Sujetos pasivos: exclusión de los ciudadanos comunitarios.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo, fundada en el carácter prioritario del principio de libre circulación de los ciudadanos nacionales de Estados miembros de la Unión Europea —artículo 20 del Tratado de Funcionamiento • de la Unión Europea (antiguo artículo 17 Tratado Constitutivo CE)-, ha declarado la desaparición de la tipicidad penal de las conductas perseguidas por el artículo 318 bis CP cuando afecten a los ciudadanos comunitarios (Pleno no jurisdiccional de la Sala II del día 29 de mayo de 2007, y SSTS 484/2007, 803/2007, 823/2007, 1008/2007, 76/2008, 127/2008, 445/2008, 802/2008).

III.9. Unidad o pluralidad de víctimas. Inexistencia de continuidad delictiva.

De la construcción típica del tipo básico del artículo 318 bis CP se derivan tres consecuencias de especial trascendencia:

Primera, aunque en el tipo se alude a personas en su acepción plural, no es necesario que la actividad afecte a más de una persona para ser típica.

Segunda, que en el caso del transporte colectivo de inmigrantes aunque sean varias las personas afectadas, estaremos ante la existencia de un solo delito (SSTS 1059/2005, 284/2006, 1119/2006, 605/2007, 152/2008, 17/2009, 330/2010).

Tercera, que cuando la actividad del acusado favorecedora de la inmigración clandestina de una pluralidad de personas se haya realizado en distintos actos y momentos sin solución de continuidad durante un periodo de tiempo cualquiera que sea su duración no es posible apreciar la continuidad delictiva (artículo 74 CP) por ser incompatible con la estructura del tipo y la naturaleza jurídica de los bienes jurídicos amparados por el artículo 318 bis CP (intereses estatales e intereses colectivos de los extranjeros en España). Solo cabría esa posibilidad para el caso de que se hubiera producido una interrupción del actuar delictivo de los acusados que pudiera justificar, mediante la renovación de las conductas delictivas, una punición por separado de los distintos supuestos de inmigración clandestina y, por ende, la aplicación del artículo 74 del Código Penal (STS 330/2010).

III.10. Subtipos cualificados

El párrafo primero del apartado segundo del artículo 318 bis CP relaciona una pluralidad de circunstancias cualificadoras de distinta naturaleza —los que realicen las conductas descritas en el apartado anterior con ánimo de lucro o empleando violencia, intimidación, engaño, o abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, o poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas- de manera alternativa, de tal manera que es indiferente la concurrencia de todas o alguna de ellas para que la pena deba imponerse en su mitad superior (seis a ocho años de prisión).

Sobre el empleo de violencia, intimidación, engaño, o abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima ya adelantamos que constituyen los mismos medios comisivos del delito de trata de seres humanos por lo que son de muy difícil compatibilidad con los delitos de favorecimiento de la inmigración ilegal.

III.10.1. Ánimo de lucro.

El ánimo de lucro, por el contrario, es consustancial con el delito de tráfico ilegal de migrantes -elemento constitutivo para el derecho de Naciones Unidas-, no planteando problemas su valoración jurídica como no sea la prueba de su existencia.

Normalmente se logrará a través del testimonio de las víctimas unido, en algún caso, a la valoración conjunta de una pluralidad de indicios derivados de la manera de realizarse el transporte de los inmigrantes, como sucede en los casos de las travesías marítimas en cayucos o pateras, pues se trata de una actividad retribuida, ajena a cualquier atisbo de altruismo, como suelen reconocer los detenidos y se desprende lógicamente de la actividad por ellos desplegada (STS 1312/2002), a través de los denominados "motores humanos"; o cuando se ha llevado a cabo ocultos en determinados receptáculos realizados en un vehículo a motor y no existiendo una relación de

conocimiento, amistad o parentesco próximo entre los inmigrantes y el conductor (STS 610/2004); la realización de modificaciones en el compartimiento del motor de su vehículo para acondicionar un espacio en el que pudiera alojar a una persona solo se explica por el propósito de obtener algún beneficio de ello (STS 1183/2006), pues no entra en la naturaleza de las cosas que nadie arriesgue una pena de cárcel por mero ánimo de liberalidad unido al acceso a la furgoneta que se realiza de forma alternativa sino que, para colocarse uno encima de otro en un espacio de treinta centímetros de ancho, es necesario proceder a una carga conjunta, lo que implica un convenio previo cuya única explicación es el pago del precio concertado (STS 87/2007).

III.10.2. Puesta en peligro de la vida, la salud o la integridad de las personas.

Esta circunstancia normalmente concurre en los supuestos de transporte marítimo clandestino por medio de pateras, cayucos, balsa rígidas o hinchables, zodiacs, hidropedales u otro tipo de embarcaciones muy precarias, por carecer de elementos de seguridad y de ayudas a la navegación o de salvavidas, muchas veces alteradas en sus condiciones de navegabilidad, por el número excesivo de personas transportadas para sus características (a veces con mujeres embarazadas y niños a bordo), y por tratarse de una travesía por alta mar. Precisamente el juicio de inferencia sobre la peligrosidad de la acción se desprende directamente de la descripción fáctica del modo de verificarse la travesía.

Otro tanto ocurre con el transporte marítimo clandestino a través de los denominados "motores humanos". La peligrosidad deriva de la propia mecánica de la acción: a) se realiza durante las horas nocturnas o de madrugada, lo que implica no solo una falta de visión de los riesgos concretos que puedan surgir en la travesía, sino también la posibilidad de una desorientación fatal; b) Baja temperatura del agua, hasta el punto que muchos extranjeros rescatados presentaban claros signos de hipotermia; c) Falta de experiencia en natación de los ciudadanos transportados; d) Abandono a su suerte de los extranjeros transportados cuando son sorprendidos por la Guardia Civil; e) Viento y marejada; f) Distancia que les separaba de la costa; g) Cambios de corrientes, oleajes; h) Animales marinos; i) Escasa consistencia de la balsa de plástico; j) acreditación estadística del número de fallecidos en estas circunstancias. Por ello el subtipo de peligro abstracto del ordinal tercero del artículo 318 bis deberá ser aplicado comúnmente, pues esos datos constituyen distintos factores objetivos, criterios técnicos de general conocimiento, datos estadísticos y pautas de experiencia (STS 1039/2005), razonables según las reglas de la lógica y de la experiencia (STS 1059/2005) para valorarlos.

En el caso del transporte marítimo, aunque se realice en buques de importante tonelaje, puede ser aplicable el subtipo agravado del nº 2 del artículo 318 bis CP, cuando se haga en condiciones sanitarias deplorables por viajar en condiciones infrahumanas y padeciendo enfermedades como la sarna y la tuberculosis (STS 606/2007) o por no reunir las condiciones de navegabilidad seguras dado el estado de abandono del barco, como en el caso que carecía de cualquier tipo de documentación acreditativa del cumplimiento de la normativa internacional sobre navegabilidad y seguridad de aplicación, y no disponía de medios propios de achique, de generación de energía eléctrica, de medios propios de lucha contra incendios, de medios de propulsión y gobierno ni de equipo de separación de sentinas o elementos para el bombeo de aguas oleosas o lodos a tierra, faltándole el bote salvavidas que originariamente tuvo en la banda de estribor, si bien contaba con un grupo electrógeno, un bote auxiliar y no más de diez chalecos salvavidas (SSTS 1166/2010).

También debe ser aplicada esta circunstancia cuando el inmigrante es transportado oculto en un vehículo a motor de forma que corra riesgo de asfixia, quemaduras u otras lesiones derivadas de la larga duración de la inmovilización a la que está sometido (bajo los asientos del vehículo de motor, debajo de las maletas, mantas y otros bultos (STS 610/2004); tras una alfombra ocupando el lugar destinado al depósito de combustible (STS 1514/2004); en un doble fondo de reducidas dimensiones (SSTS 887/2005, 87/2007, 886/2008), oculto en el salpicadero (STS 2/2006); escondido en el interior del motor de la furgoneta (STS 1183/2006); oculto en un doble fondo practicado en el maletero, en lugar del depósito de gasolina, cerrado con tornillos en los bajos del coche (STS 945/2007); tumbado en el asiento trasero y tapado con unas mantas y bolsos de viaje (STS 1109/2007). Su valoración debe realizarse caso a caso, dependiendo las circunstancias concretas de su escondrijo.

Cuando alguno de los inmigrantes fallece debido a las peligrosas manera de transportarse, se producirá un concurso ideal del tipo básico del artículo 318 bis CP con los delitos de homicidios imprudentes del artículo 142 CP que se hayan producido (SSTS 1330/2002 y 177/2010 -cayucos-, 886/2008 -ocultos en vehículo a motor-), sin perjuicio de que las circunstancias evidencien que se ha cometido un homicidio por dolo eventual.

III.10.3. Menores de edad e incapaces.

El artículo 318 bis CP dispone que si la víctima fuera menor de edad o incapaz, serán castigados con las penas superiores en grado a las previstas en el apartado anterior.

En cuanto a la minoría de edad de la víctima, como en todos los supuestos en que esta circunstancia es valorada como elemento típico, expresamente ha declarado la Sala Segunda del Tribunal Supremo que, aunque este presupuesto del subtipo no esté abarcado por el dolo directo, lo abarcaría el dolo eventual predicable de quien asume una actuación como la aquí imputada sin cerciorarse de manera más cierta de la edad de la persona cuya ilegal inmigración favorece (STS 740/2009).

Sin embargo es importante señalar que cuando el menor acompaña a cualquiera de sus padres o familiares cercanos en el episodio migratorio no es aplicable esta circunstancia agravatoria toda vez que no hay riesgo concreto de lesión de los derechos del niño al estar amparado por sus progenitores (STS 526/2007) o por parientes próximos (STS 1146/2009).

III.1 0.4. Autoridad, agente de ésta o funcionario público.

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 prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público (artículo 318 bis 3 CP).

La realización de conductas favorecedoras de la inmigración clandestina por parte del funcionario público - normalmente previo pago de una cantidad de dinero- puede consistir tanto en conductas desarrolladas en la propia frontera no oponiéndose al pase del inmigrante cuando precisamente era el encargado de impedir que ello se produjera (SSTS 814/2006, 1294/2006, 740/2009), como cuando colabora en la tramitación fraudulenta o falsaria de expedientes dirigidos a obtener permisos de entrada o residencia en España de extranjeros no

residentes en territorio nacional.

En estos casos, además de realizar la conducta típica de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previsto y penado en el artículo 318 bis apartado 1º, 2º, 3º (en su caso continuado, en relación con el art. 74 CP), se produciría un concurso medial del artículo 77.1 CP con un delito de cohecho de los arts. 419 y sges, CP, y, en su caso, con un delito de falsedad de los arts. 390 y sges. CP.

III.1 0.5. Criminalidad organizada.

Una vez más hay que tener en cuenta los criterios establecidos por la Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del código penal por ley orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminal, redactada con ocasión de la incorporación al Código Penal de los artículos 570 bis y siguientes. El concurso de normas entre el artículo 318.4 bis CP y los delitos del artículo 570 bis y 570 ter CP que se resolverá por aplicación del criterio de la alternatividad con arreglo a los criterios establecidos en dicha Circular.

Además, conviene recordar:

A) La apreciación de la pertenencia a una organización o grupo criminal dedicado al tráfico de inmigrantes relacionada con el transporte a través de cayucos, pateras u otras embarcaciones similares se ha apreciado tras probar su conexión con una infraestructura de recepción en territorio nacional para su traslado por carretera al lugar del posible trabajo, donde eventualmente se les facilitaba alojamiento (SSTS 1330/2002, 527/2003, 968/2005, 270/2008).

Cuando los integrantes de la organización encargados de recibirlos y alojarlos en España se han aprovechado de la situación de evidente vulnerabilidad de los inmigrantes para, con violencia e intimidación, apoderarse de cuanto de valor tuvieran, además ha dado lugar a la condena por el delito del artículo 318 bis CP en concurso real con los delitos de robo con violencia del artículo 237 y 242 1º y 2º CP (STS 527/2003). Cuando han procedido a privarles de libertad y exigirles rescate a sus familiares, ha dado lugar a un concurso real con los correspondientes delitos de secuestro (SSTS 1397/2003, 968/2005, 270/2008).

B) En los supuestos de transporte marítimo clandestino en buques o embarcaciones de gran tonelaje, de cualquier tipo, incluso pesqueros es posible acreditar la existencia de organización criminal o grupo organizado cuando queda probado que hubo contratación del capitán del buque y de los demás integrantes de la tripulación para dicha actividad (STS 730/2007).

III.11. Subtipo privilegiado.

El artículo 318 bis 5 CP dispone que 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.

Este precepto confiere a los tribunales la facultad (SSTS 887/2005, 122/2008) de imponer la pena inferior en un grado teniendo en cuenta tres criterios:

a. La gravedad del hecho, prescindiendo de aquellos datos que ya se hubieran tenido en cuenta para la aplicación de las diferentes circunstancias que en definitiva determinan cuál de los cinco apartados anteriores ha de aplicarse (ánimo de lucro, minoría de edad, peligro para la salud, condición de funcionario en el sujeto activo, pertenencia a una organización, etc.) (STS 887/2005);

b. Las condiciones del culpable, siendo irrelevante para valorar esta circunstancia el que el traficante carezca de antecedentes penales (STS 887/2005);

c. La finalidad perseguida.

Debe ser apreciada en todo caso cuando exista un vínculo de parentesco entre el autor del delito y la víctima, sin que concurra otra intención que colaborar con el familiar a petición de la víctima o en su beneficio, pues la gravedad del hecho en relación a la afectación de derechos esenciales se reduce durante el viaje por la presencia del familiar y su actitud, y la finalidad de éste no es otra que prestar ayuda a personas con las que se encuentra vinculado de forma muy cercana (STS 768/2007). Esta circunstancia tendría el mismo fundamento que la circunstancia mixta de parentesco, aunque de aplicación preferente (STS 1109/2007)...

Del mismo modo, puede estar justificada su apreciación cuando quede fehacientemente acreditado que los imputados realizaron la actividad delictiva (pilotaje de la embarcación) como medio de pago de su transporte para lograr ellos mismos una inmigración irregular cuando las condiciones del transporte —aunque con riesgo- no fuera tan alto como desgraciadamente suele acontecer en similares ocasiones (STS 568/2005).

Por el contrario, no puede ser apreciada en relación con los agentes de la autoridad corrompidos (STS 740/2009); o, cuando queda acreditada la intención de realizar nuevos hechos de idéntica naturaleza, como la construcción de un habitáculo oculto entre los asientos traseros del coche y el maletero revela la intención del dueño del vehículo de dedicarse de modo más o menos continuado a realizar hechos similares (STS 887/2005).

IV. Delito de prostitución coactiva.

IV.1. Introducción.

La realidad acredita que los delitos de prostitución coactiva afectan prácticamente en su totalidad a ciudadanas extranjeras que, en muchas ocasiones, no solo residen en España en situación de irregularidad administrativa sino también son víctimas cualificadas de trata de seres humanos por lo que se hacen acreedoras del sistema integral de protección establecido por el artículo 59 bis de la Ley Orgánica de Extranjería. En su virtud, corresponderá a los Sres. Fiscales Delegados de Extranjería el seguimiento específico de los delitos tipificados en el artículo 188 CP.

El artículo 188 CP ha sido modificado parcialmente por la LO 5/2010, que ha introducido varios subtipos agravados (la víctima fuera menor de 13 años, la pertenencia a organización o grupo criminal, y puesta en peligro de la vida y salud de la víctima) y ha reenumerado sus apartados dos a cinco.

IV.2. Concepto de prostitución.

No existe ninguna norma jurídica estatal que nos facilite un concepto legal de prostitución. En puridad, constituye un elemento normativo de valoración social integrado en el artículo 187 CP y en el artículo 188 CP por el que se refiere la actividad a la que se dedica quien mantiene relaciones sexuales con otras personas, a cambio de dinero (Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia). Este es el criterio la Sala Segunda del Tribunal Supremo indicando que en el ámbito del Derecho Penal, es evidente que la prostitución implica el mantenimiento de relaciones sexuales a cambio de dinero cualquiera que sea la importancia del precio (SSTS 1905/2001; 1080/2006; 484/2007).

Consecuentemente puede afirmarse que en la actualidad la nota más importante que caracteriza y define la prostitución en cuanto actividad sexual es la venalidad (esto es, la cualidad de vendible o expuesto a la venta), habiendo perdido relevancia, tanto jurídica como social, los otros dos elementos que tuvieron una cierta trascendencia histórica: la promiscuidad (relaciones con una pluralidad de sujetos) y la profesionalidad, pues, aunque normalmente implica una tendencia a la reiteración o habitualidad (STS 1080/2006; 484/2007, 378/2011) no aparece descrita en la definición legal del tipo (STS 1905/2001).

Tampoco define la prostitución el lugar donde ésta se desarrolla que puede serlo tanto en clubes y locales de alterne, hoteles, domicilios particulares, e, incluso en la calle u otros lugares públicos.

No es preciso que las prestaciones sexuales constitutivas de esta actividad conlleven la consumación de relaciones sexuales completas, toda vez que los delitos relacionados con la prostitución no requieren tal comportamiento sexual, sino que en cualquier forma que se atente con la libertad sexual de la víctima, y directamente también contra su dignidad personal, se colman las exigencias típicas (STS 651/2006). Por ello, puede abarcar las denominadas actividades de alterne (eufemismo con el que muchas veces trata de encubrirse verdaderos casos de prostitución (STS 1428/2000) pero con aderezos (STS 728/2005), o los llamados masajes eróticos (STS 556/2008).

Sin embargo, ni social ni jurídicamente el concepto de prostitución se corresponde con otras prácticas de naturaleza erótica como la pornografía y los espectáculos exhibicionistas (STS 1428/2000), que se encuentran directamente tipificados en el artículo 189 Código Penal y que pueden encajar en el concepto más amplio de explotación sexual al que se refiere el N° 2 del artículo 318 bis CP (STS 651/2006) y ahora el artículo 177 bis CP.

Cualquiera que haya sido la evolución histórica de la prostitución (predominantemente femenina) el sujeto pasivo del delito puede serlo tanto mujeres como hombres, mayores y menores de edad, comprendiendo, además, tanto las formas heterosexuales como homosexuales.

IV.3. Bien jurídicamente tutelado por el artículo 188.1 CP.

El artículo 188 CP no pretende la protección ni de la moralidad pública ni de la honestidad de las personas (SSTS 1367/2004, 1425/2005, 1238/2009). El ejercicio libremente decidido de la prostitución es una actividad irrelevante para el Derecho Penal (SSTS 1047/2005, 1461/2005).

Lo que se castiga en el Título VII del CP es la prostitución impuesta violentando la libertad de decisión del afectado o abusando de sus limitadas condiciones intelectivas o volitivas (menores e incapaces). El bien jurídico protegido no es otro que la libertad sexual de la persona afectada y su autodeterminación para ejercer voluntariamente la prostitución (SSTS 1397/2001, 1045/2003, 349/2005, 372/2005, 13/6/2005, 740/2005, 191/2007, 405/2007, 15/2008, 1106/2009, 1171/2009, 1238/2009, 208/2010).

Al ser la libertad sexual el bien jurídicamente tutelado, de titularidad individual y naturaleza personalísima, no permite la aplicación de la continuidad delictiva (STS 651/2006), de tal manera que se cometerán tantos delitos como sujetos pasivos coactivamente dedicados a la prostitución existan (SSTS 1588/2001, 1045/2003, 1305/2004, 191/2007, 152/2008, 1238/2009, 208/2010).

IV.4. Conductas típicas: determinación y mantenimiento en la prostitución.

La conducta típica regulada en el artículo 188.1 CP ofrece dos posibilidades: la primera, determinar a una persona mayor de edad a ejercer la prostitución, tanto respecto de quien no la ha ejercido nunca, como de quien la hubiere ejercido con anterioridad pero que ha abandonado ya dicha práctica sexual; la segunda, determinar a quien está ejerciendo la prostitución para hacer que se mantenga en ella (SSTS 1367/2004, 1536/2004, 1257/2005, 1425/2005, 1238/2009, 461/2010).

Toda vez que el verbo rector del tipo del artículo 188.1 CP es determinar significa que nos encontramos ante un delito de resultado y no de mera actividad por lo que si efectivamente no llegó a realizarse ningún acto de prostitución cabe su apreciación en grado de tentativa (determinar —como expresa en su acepción quinta el Diccionario de la RAE- es "hacer -no solo intentar- tomar una resolución". De ello se deriva que la acción de determinar no se perfecciona hasta que el otro toma la resolución, que, de una u otra manera, se le impone (STS 152/2008). Sin embargo, el delito del art. 188.1 CP no requiere que la persona determinada haya llegado a mantener relaciones sexuales por precio. Es suficiente con haberla colocado en la posición de tener que hacerlo en situaciones en las que su necesidad es clara (STS 350/2008).

IV.5. Medios comisivos. Concurso con el delito de detención ilegal.

El legislador ha previsto la utilización alternativa o concurrente, para conseguir que la víctima se prostituya o se mantenga en tal situación, de alguno o algunos de los medios que enumera (SSTS 438/2004, 740/2005, 981/2005, 1091/2005, 286/2006, 15/2008). De tal modo que si se diera alguno de los descritos en orden al cercenamiento de la voluntad de decisión de la víctima, el delito existiría (SSTS 981/2005, 1091/2005).

Es indudable que el tipo descrito en el art. 188.1 del CP, en cuanto delito llamado a la protección del bien jurídico libertad sexual, impone para su existencia una acción del sujeto activo de la suficiente entidad como para neutralizar esa libertad en la esfera sexual. Sin esa conducta tendente a yugular cualquier acto de libre determinación sexual de la víctima, no podrá afirmarse la tipicidad del hecho. Sin embargo, la apreciación de esa conducta y la efectiva existencia de una lesión del bien jurídico protegido, no debe desconectarse de la concreta situación en la que se desarrollan los hechos y de todas aquellas circunstancias, de distinto signo, que sirvan para imponer una atmósfera puesta al servicio de la coacción, el engaño o el abuso de superioridad (STS

15/2008).

Los medios relacionados en el artículo 188 CP tienen el mismo contenido y significado que los previstos para el delito del artículo 177 bis 1 CP, que ya hemos analizado.

No obstante, la realidad acredita que en relación con la inmensa mayoría de las mujeres que previamente han sido tratadas, la efectiva determinación de la prostitución en nuestro país se ha logrado acudiendo a una pluralidad de medios concurrentes o yuxtapuestos: cualquier tipo de documentación a. retirada de los pasaportes o identificativa (SSTS 1905/2001, 1092/2004, 1305/2004, 349/2005, 994/2005, 712/2005, 728/2005, 1307/2005, 1465/2005, 265/2006, 594/2006, 1047/2006, 1047/2006, 297/2007, 380/2007, 716/2007, 15/2008, 44/2008, 802/2008, 1360/2009, 688/2010, 873/2010); intimidación y amenazas con causarles un daño a ellas o a sus familiares en el país de origen (SSTS 1428/2000, 204/2000, 1588/2001, 1905/2001, 448/2002, 2205/2002, 1484/2003, 1092/2004, 1367/2004, 1305/2004, 71/2004, 712/2005, 728/2005, 1091/2005, 1307/2005, 265/2006, 651/2006, 957/2006, 1047/2006, 29/2007, 297/2007, 605/2007, 716/2007, 823/2007, 15/2008, 96/2008, 152/2008, 445/2008, 644/2008, 802/2008, 87/2009, 409/2009, 1360/2009, 330/2010, 873/2010); c. agresión física (SSTS 1428/2000, 1905/2001, 1305/2004, 71/2004, 1091/2005, 1307/2005, 1465/2005, 1461/2005, 338/2006, 957/2006, 29/2007, 297/2007, 380/2007, 823/2007, 445/2008, 330/2010, 873/2010), llegándose en algún caso a causarse lesiones de cierta

entidad a las víctimas (SSTS 1428/2000, 71/2004, 338/2006, 29/2007, 380/2007), o incluso un aborto (STS 87/2009);

d. utilización de la brujería y el vudú (SSTS 349/2005, 1461/2005, 951/2009, 651/2010, 249/2011);

e. de violaciones y abusos sexuales por los explotadores (SSTS 1905/2001, 13/6/2005, 740/2005, 1091/2005, 605/2007, 644/2008, 876/2008);

f. han sido traspasadas o vendidas a otros tratantes o explotadores mediando precio (SSTS 1428/2000, 372/2005, 1465/2005, 191/2007, 96/2008, 644/2008, 876/2008, 308/2010, 873/2010); o

g. aprovechamiento de cualquier situación de desvalimiento de la víctima (SSTS 372/2005, 994/2005, 1091/2005, 1307/2005, 1047/2006, 1080/2006, 191/2007, 350/2008, 238/2009, 450/2009).

No hay determinación coactiva de la prostitución cuando la víctima voluntariamente viene a nuestro país con la decisión y conocimiento de ejercer la prostitución. No obstante en estos casos, sin perjuicio de la posible comisión de un delito de explotación laboral -por imponérseles unas condiciones de ejercicio de la prostitución sumamente gravosas (horarios, remuneración, servicios especiales, pagos excesivos por alojamiento, sistema disciplinario etc.)-, cabe que se produzca el delito de prostitución en su segunda modalidad, empleando esos

mismo medios comisivos para obligarla a mantenerse en su ejercicio, retirándolas todo tipo de documentación (STS 2194/2001, 187/2003, 1045/2003, 896/2004, 1047/2005, 1307/2005, 1425/2005, 286/2006, 594/2006, 1047/2006, 76/2008, 127/2008, 1106/2009), sometiéndolas a restricciones deambulatorias, estrechas vigilancias, incluso llegando a la detención ilegal (SSTS 2194/2001, 187/2003, 1306/2003, 306/2004, 293/2004, 896/2004, 740/2005, 594/2006, 1047/2006, 405/2007, 484/2007, 770/2007, 801/2007, 127/2008, 1106/2009, 326/2010), usando de la coacción o amenaza (SSTS 438/2004, 896/2004, 981/2005, 1307/2005, 1425/2005, 1047/2006, 1080/2006), la agresión (SSTS 981/2005, 1307/2005, 1080/2006, 635/2007, 326/2010), los tratos vejatorios y degradantes (STS 1307/2005), el abuso sexual (STS 1446/2005), o la venta a otros explotadores (STS 726/2005).

La restricción de movimientos, vigilancias y estrechos controles a los que están sometidas las víctimas de la prostitución coactiva ha generado problemas de delimitación entre lo que constituye la coacción típica del delito del artículo 188 CP y el delito de detención ilegal del artículo 163 CP que de apreciarse se valoraría como delito independiente.

En síntesis, la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo puede resumirse de la siguiente forma:

a) El delito de determinación coactiva al ejercicio de la prostitución -en la medida que el medio utilizado sea la coacción- implica una cierta restricción de la libertad ambulatoria, al menos mientras se está desempeñando efectivamente esa dedicación (STS 594/2006) por lo que también es un delito contra la libertad (SSTS 1367/2004, 1425/2005). El delito de coacciones es el género mientras que la detención ilegal es la especie (STS 594/2006).

b) La necesidad de respetar la prohibición del bis in idem lleva a que la determinación coactiva de la prostitución -art. 188.1 CP-, absorba las manifestaciones menores de restricción deambulatoria insitas en el comportamiento previsto en aquel tipo, pero que esa absorción no ha de tener lugar cuando las manifestaciones de la restricción deambulatoria excedan del campo propio de lo funcionalmente adecuado para el mantenimiento en la prostitución (SSTS 1047/2006, 823/2007), de otro modo la comisión de la conducta tipificada en el artículo 188 determinaría necesariamente la condena adicional, prácticamente en todo caso, por el delito de detención ilegal... (SSTS 1092/2004; 1536/2004; 1257/2005; 1425/2005).

Ese principio no se conculca cuando se va más allá de la simple "restricción" deambulatoria que conlleva las coacciones psíquicas ejercidas para el mantenimiento de la persona en el ejercicio de la prostitución (STS 896/2004). La actuación coactiva o violenta del citado art. 188 no exige inexcusablemente la prohibición o impedimento de la libertad ambulatoria, ni la exigencia de un confinamiento espacial (incluso en la denominada "prostitución acuartelada" no se requieren tales requisitos exigidos para la detención legal), por lo que ambas infracciones son totalmente independientes, los comportamientos fácticos son distintos y los bienes jurídicos protegidos diferentes, pues el primer delito tiende en la libertad sexual, dada la subsunción sistemática y características descriptivas y normativas, si bien la nota de determinación coactiva se hace coincidir con la detención ilegal en la libertad deambulatoria, pero con una intensidad antijurídica propia cuando coincida con dicho tipo delictivo, que supone la vulneración de los elementos del tipo de detención ilegal en caso de un

agravado desbordamiento de tales factores fácticos, si se produce el encierro perdurable en el tiempo de las víctimas en lugar cerrado y vigilado, bajo la continua vigilancia de sus secuestradores, con tal plus de antijuricidad que tales hechos no tienen porqué quedar consumidos y absorbidos por él delito descrito en el artículo 188 CP (SSTS 1536/2004, 31/10/2005, 1425/2005).

c) Ello significa que es preciso un examen individualizado y circunstancial de cada caso (SSTS 1461/2005, 338/2006, 1059/2007) en el que se tenga en consideración dos aspectos fundamentales: en primer lugar, cuando se haya producido una conducta, consistente en encerrar o detener, que elimine la capacidad del individuo para hacer efectiva su decisión acerca del lugar donde desea permanecer o a donde desea dirigirse. En segundo lugar, que tal privación de libertad se haya extendido durante un período temporal mínimamente relevante, lo que excluye las privaciones de libertad instantáneas y fugaces, o bien aquellas otras que han de considerarse absorbidas por la comisión simultánea de otro delito, como ocurre en los robos violentos, o en las agresiones sexuales o en los delitos de determinación coactiva al ejercicio de la prostitución (STS 594/2006).

En consecuencia se debe apreciar el concurso de delitos en los siguientes casos:

a. Situaciones de encierro. Cuando se alcanza una situación de encierro, privación física de libertad de las víctimas, o internamiento forzado en un lugar del que las víctimas no pueden salir por sí mismas (SSTS 896/2004, 1092/2004, 1425/2005, 1536/2004, 1257/2005, 594/2006, 823/2007) (prácticamente son encerradas en el Club de alterne sin posibilidad alguna de salir de él, bajo un control férreo y creándose en las víctimas una situación de verdadero terror, STS 896/2004)(encerrar a las testigos en una vivienda impidiéndoles salir al estar la puerta cerrada con llave y vigilada por los acusados, al menos hasta el momento en que son obligadas a ejercer la prostitución, STS 1092/2004) (se llevaron engañadas en su coche a las dos menores desde Castellón a Alicante en contra de su voluntad, e impidiendo a una de ellas bajar del coche cuando se dio cuenta y quiso hacerlo STS 1536/2004) (tenían prohibida la salida del local, sin que dispusiera de llave de acceso al exterior, permaneciendo la puerta cerrada con llave, fuera del horario de apertura al público y estando las habitaciones donde pernoctaban las mujeres residentes enrejadas, STS 1425/2005).

b. Salidas acompañadas y vigiladas en unión de otras circunstancias: con amenaza de muerte si escapaban cuando las víctimas se encontraban sin dinero, sin pasaporte, en un país extraño, amenazadas y conscientes de que su situación administrativa era irregular, lo que les impedía solicitar el auxilio de las autoridades, les convertía en rehenes de su explotador (STS 2194/2001) (situaciones muy similares: 1536/2004, 1257/2005, 1425/2005, 1461/2005, 338/2006, 1059/2007). Incluso aunque las víctimas tuvieran a su disposición teléfonos móviles (ello no anulaba la eficacia de las trabas a la libertad deambulatoria, y, de otro, aparece que el control intimidatorio abarcaba las llamadas telefónicas (STS 1047/2006).

La situación de privación de libertad puede venir provocada por estar sometida la víctima al vudú como con claridad y profundo conocimiento de la cuestión refleja el Tribunal Supremo al afirmar: posteriormente pudo existir un cierto relajamiento -podía coger el autobús, incluso se escapó- pero la vivencia de vivir sin libertad de movimientos persistió y prueba de ello es que volvió por miedo al "vudú" que le hicieron, situación equivalente a la detención a que también se refiere el artículo citado. Puede parecer una explicación exótica, pero no se puede

dudar de la realidad de ese sentimiento que tuvo la víctima, severamente condicionada por elementos culturales de su país de origen, por unas costumbres que si bien ajenas y más primitivas en relación a nuestro entorno occidental, es precisamente, desde aquellas, desde las que debe ser analizada la privación de libertad que sufrió, máxime cuando, como en el presente caso, estas creencias son utilizadas abusivamente por los autores para procurarse la dominación sobre la víctima. Se trata de nuevas formas de dominación que la nueva realidad multicultural de España ofrece y a las que el sistema judicial debe atender y valorar, STS 1059/2007.

c. Supuestos excepcionales: en los casos en que la privación de libertad no es continua por disponer las mujeres prostituídas de un tiempo en el que se les permitía abandonar su encierro y acudir solas al lugar donde debían ejercer la prostitución, en que se producen momentos de interrupción de la situación de privación de libertad —de tal manera que aún a costa de superar su miedo, podían acudir a terceros en busca de ayuda- no procedería aplicar el subtipo agravado del apartado 3 del artículo 163 del Código Penal, siendo sancionados conforme al tipo básico (STS 594/2006).

Por el contrario, no es apreciable la concurrencia de un delito de detención ilegal cuando solo consta: a) que las menores estuvieron viviendo en distintos apartamentos y al final en un chalet (...) y desde estos lugares las desplazaban en vehículos a los diferentes lugares en los que ejercían la prostitución, y que las menores no podían escapar por temor a posibles represalias (STS 1536/2004); b) que el recurrente ejerció control y vigilancia sobre la mujer, obligándola al ejercicio de la prostitución. Ejercer control y vigilancia no supone necesariamente privar de libertad ambulatoria, pues es perfectamente posible tal labor sin que la persona vigilada y controlada pierda su libertad de decidir el lugar al que se va a desplazar de modo efectivo (STS 594/2006; en el mismo sentido: 1397/2001, 2205/2002, 823/2007).

Acreditada la existencia autónoma de tantos delitos de detención ilegal como personas hayan sido privadas de libertad entrarán en relación de concurso —real o instrumental- con el delito o los delitos de prostitución coactiva.

Acudiendo a la doctrina común establecida por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en relación con la interpretación del requisito de la necesidad del artículo 77.1 CP —conforme a la cual no basta tal relación de medio a fin en el propósito del sujeto activo, pues la Ley escoge que sea necesaria, esto es, que no obedezca a una mera conveniencia o mayor facilidad para cometer el delito, sino que haya una conexión instrumental de carácter objetivo, situada más allá del mero pensamiento o deseo del autor de los hechos para entrar en el ámbito de lo imprescindible según la forma en que realmente ocurrieron-habrà que acudir a cada caso concreto para valorar si concurre o no la mencionada relación de necesidad, es decir si en un sentido objetivo, o sea, real y concreto con referencia a la particular situación fáctica, apreciando racionalmente los hechos, la detención ilegal aparece como vehículo o instrumento caracterizado e idóneo para la comisión con éxito de la segunda infracción. Las SSTS 326/98 y 1536/2004 consideran que esta situación se produce en los casos de privación de libertad durante el traslado forzoso de las víctimas en el vehículo que las transporta desde su residencia hasta el lugar donde se encuentra el club de alterne donde se las va a someter a prostitución, entendiéndose que de no haber detenido ilegalmente los acusados a las menores, reteniéndolas contra su voluntad en el vehículo y trasladándolas de igual modo a ..., donde se encontraban los clubes de alterne, no hubieran conseguido el fin de

que las menores se prostituyeran en dichos locales, ni dicho delito se hubiera cometido.

Por supuesto no ofrece duda alguna que, en relación con el delito de detención ilegal, cabe la imputación a título de autoría mediata conforme al artículo 28, párrafo primero, del Código Penal, cuando el autor, aun cuando no ejecute los hechos personalmente, da las precisas instrucciones a quienes forman parte de la organización y ocupan un lugar inferior a él en jerarquía dentro de la misma, de modo que se ven compelidos a cumplirlas debido a la misma existencia de la organización (STS 594/2006).

IV.6. Delito de trata de seres humanos y prostitución coactiva: concurso instrumental de delitos.

Por disposición expresa del artículo 177 bis 9 CP, en todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación.

El delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual, por su propia configuración es preparatorio del delito de prostitución coactiva, pues a través de ella se materializa aquella intención. Desde esta perspectiva, el delito de trata de seres humanos es instrumental respecto del delito de prostitución coactiva, cumpliendo con el requisito de la necesidad medial (artículo 77.1 CP) apreciada desde una perspectiva objetiva, pues entre ambos se produce la relación lógica, temporal y espacial que exige la jurisprudencia (Vide, STS 297/2007). Existe pues un concurso instrumental de delitos que deberán ser penados aplicando la regla establecida en el artículo 77.1 CP.

IV.7. Delito de explotación de la prostitución de otra persona.

El inciso segundo del apartado primero del artículo 188 CP establece que "en la misma pena incurrirá el que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma".

El vigente Código no prevé la responsabilidad penal del dueño del local en el que se ejerza la prostitución -y obviamente participe de sus beneficios-, supuesto que la doctrina y la jurisprudencia denominan tercería locativa, ya que, como señala la STS 846/96, cuando se trata de prostitución de personas mayores de edad solo permanece tipificada la conducta de quien determine coactivamente, mediante engaño o abusando de una situación de necesidad o superioridad a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o mantenerse en ella (SSTS 1367/2004, 1536/2004, 1171/2009, 1360/2009).

En consecuencia, para poder imputar al arrendatario o titular del negocio donde se ejerciera la prostitución el delito del artículo 188.1 CP es preciso probar que -además de que participaba en los beneficios que tal actividad generaba- personalmente obligó o coaccionó de alguna manera a la víctima a ejercer la prostitución o al menos tenía conocimiento de que aquella estaba coaccionada por otros cuando realizó la contratación, pues no es delito el mero hecho de cooperar o proteger la prostitución de una persona mayor de 18 años, aunque exista aprovechamiento económico (vide, SSTS 1367/2004).

Estas condiciones no han sido alteradas, según la doctrina jurisprudencial por la redacción del inciso segundo del artículo 188.1 CP: puesto que está demostrado que en muchas ocasiones son unos sujetos lo que fuerzan a

la prostitución y otros distintos los que la explotan, lo que el nuevo precepto pretende es equiparar las conductas de ambos grupos de personas, dada la trascendencia que para la prostitución forzada tiene sin duda, la conducta de quienes se dedican a explotar dicha actividad (STS 1367/2004; 556/2008, 1238/2009).

Así ha sido confirmado por la STS nº 445/2008, de 3/7 y otras posteriores, que exigen para la aplicación de este tipo concreto la concurrencia de los siguientes requisitos: a) que los rendimientos económicos se deriven de la explotación sexual de una persona que se halle mantenida en ese ejercicio mediante el empleo de violencia, intimidación, engaño o como víctima del abuso de superioridad o de su situación de necesidad o vulnerabilidad. Así se desprende de una elemental consideración de carácter sistemático (STS 445/2008, 22/4/2009, 450/2009); b) que quien obtiene el rendimiento económico a costa de la explotación sexual ajena sea conocedor de las circunstancias que determinan a la persona prostituida a mantenerse en el ejercicio de la prostitución. Por ello, cuando la persona que se lucra explotando abusivamente la prostitución es la misma que ha determinado coactivamente al sujeto pasivo a mantenerse en el tráfico sexual, el primer inciso del art. 188.1 excluiría la aplicación del inciso final, por imponerlo así una elemental regla de consunción (art. 8.3 del CP) (STS 445/2008, 450/2009); c) la ganancia económica puede ser fija, variable o a comisión, pero es preciso, en cualquier caso, que se trate de un beneficio económico directo. Solo la explotación lucrativa que está íntimamente ligada a la fuente de la prostitución ajena queda abarcada en el tipo (STS 445/2008, 450/2009); d) la percepción de esa ganancia ha de ser el fruto de algo más que un acto aislado o episódico. Esa reiteración es exigible, tanto en la persona que ejerce la prostitución como en aquella otra que se lucra con su ejercicio (STS 445/2008, 450/2009).

IV.8. Tipos cualificados.

IV.8.1. Minoría de edad e incapacidad.

Si las mencionadas conductas se realizaran sobre persona menor de edad o incapaz, se impondrá al responsable la pena de prisión de cuatro a seis años (artículo 188.2 CP); si la víctima es menor de trece años será castigado con la pena de prisión de cinco a diez años (artículo 188.2 CP).

El Tribunal Supremo se ha preocupado de señalar la diferencias existentes entre los delitos de favorecimiento de la prostitución de un menor o incapaz (artículo 187 CP) y prostitución coactiva de un menor de edad o incapaz (artículo 188.3 CP).

En el primer caso, para que la acción delictiva se produzca es suficiente que se induzca, promueva, favorezca o facilite su prostitución, sin duda porque la Ley parte del supuesto de que el consentimiento prestado por el menor o incapaz a los meros requerimientos o facilidades de quienes pretenden su prostitución no puede ser considerado válido ni justificar jurídicamente la conducta de aquellos. El atentado a su libertad sexual existe aunque no se le coaccione, ni engañe, aunque no se abuse de su situación de necesidad y aunque el sujeto activo no se prevalga de su superioridad. Basta que se induzca, promueva, favorezca o facilite su prostitución, con independencia de que constituya un delito más grave, art. 188-4, si se emplean los medios comisivos de violencia, intimidación o engaño o abusivos que se detallan en el art. 188.1 CP (STS 1536/2004).

Además, el delito del artículo 187 CP, a diferencia del delito del art. 188, es un delito de mera actividad, pues los

verbos "inducir", "promover", "favorecer" y "facilitar" denotan "conductas que, aun estando orientadas a la consecución de un determinado propósito, agotan su propia entidad aunque el mismo no se alcance, por lo que cabe entender que su contenido del injusto es independiente de que se produzca o no el resultado querido por el sujeto activo. Sin que pueda decirse lo mismo del verbo "determinar" con que se expresa la acción típica en el art. 188 del C. Penal (SSTS 152/2008, 510/2010)

En la mayoría de las ocasiones los problemas que plantea este supuesto agravado son los referidos a la prueba de la minoría de edad, incapacidad o al error sobre la edad en el autor del delito sin que presente especialidades significativas (STS 1777/2005).

IV.8.2. Otros subtipos cualificados.

Son tres las circunstancias cualificadoras previstas en el ordinal 4º del art. 188 CP:

- a. Cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. En este caso se aplicará, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.
- b. Cuando el culpable perteneciere a una organización o grupo criminales que se dedicaren a la realización de tales actividades.
- c. Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.

En el primer caso, de nuevo, se establece un supuesto de delito especial impropio que exige que el sujeto activo realice las conductas descritas en el tipo básico (art. 188.1 CP). Si el funcionario solo realiza una actividad accesoria, los actos de complicidad estimados lo serán respecto al supuesto típico del número primero del art. 188 CP (SSTS 438/2004, 1536/2004).

De nuevo procede una remisión a la Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del código penal por la ley orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminal redactada con ocasión de la incorporación al Código Penal de los artículos 570 bis y siguientes, dada la trascendente influencia anulatoria de la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo sobre los presupuestos estructurales de aquellas categorías penales.

Es preciso recordar que la citada Circular llama la atención sobre el hecho de que nos encontramos ante uno de los supuestos en que —fuera de los casos en que concurriera el delito de tráfico de seres humanos con el delito de prostitución coactiva- puede resultar castigado con menor pena el delito del artículo 188.4 CP que los correspondientes tipificados en los artículo 570 bis o 570 ter. En estos casos, el legislador ha introducido en el art. 570 quáter 2 in fine una regla expresa para solucionar el concurso de normas en este supuesto, al establecer que "en todo caso, cuando las conductas previstas en dichos artículos estuvieran comprendidas en otro precepto de este Código será de aplicación lo dispuesto en la regla 4a del art. 8" Como explica la Circular referida, si bien, la regla prevista en el art. 8.4 tiene carácter subsidiario respecto del resto de los criterios establecidos en el art. 8 para la resolución de los conflictos de normas, sin embargo, su aplicación directa ha de

prevalecer por decisión del legislador expresada en el citado artículo 570 quáter 2 in fine, opción justificada desde el planteamiento de que el mayor desvalor del hecho determina la aplicación de la pena más grave para evitar sanciones atenuadas incongruentes por la existencia de discordancias punitivas entre los distintos tipos penales.

IV.9. Responsabilidad civil.

Las víctimas del delito de prostitución coactiva —como las que han sido objeto de trata de seres humanos— deben ser indemnizadas convenientemente de manera proporcionada al daño moral causado. Como en cualquier responsabilidad civil "ex delicto" corresponde al Tribunal sentenciador su cuantificación ponderando todas las circunstancias concurrentes (STS 405/2007), siempre y cuando haya sido interesada por alguna de las partes acusadoras estando sometida al principio acusatorio (STS 1905/2001).

El derecho a la indemnización de las víctimas de trata de seres humanos —entre las que se encontrarán las personas prostituidas en caso de llevarse a efecto su efectiva explotación— es un derecho de especial significación tanto para el Protocolo de Palermo (artículo 6.6), Convenio de Varsovia (artículo 15), y Directiva 36/2011/CE (artículo 17) a los que los Sres. Fiscales deberá prestar un cuidado y atención preferente señalando en sus escritos de acusación las bases fácticas sobre las que asentará la petición indemnizatoria concreta que necesariamente solicitará en sus calificaciones, y que comprenderá no solo los daños morales sufridos sino también cualquier gasto derivado de la necesaria cobertura asistencial, incluidos los que originen la repatriación a su residencia de origen cuando así lo solicite y convenga a los intereses de la víctima.

En lo que concierne a la determinación del «quantum» del daño moral, la responsabilidad civil no lo es por la obligación de reparar el daño por él causado ni por la de indemnizar los daños materiales consecuencia de su acción delictiva (artículo 110. 2º y 3º Código Penal), de ahí la indudable dificultad de fijar unas bases para determinar concretamente la cuantía de la obligación que debe imponerse al condenado respecto del daño moral por la falta de parámetros objetivos sobre el particular. Tres son, según se ha dicho, las exigencias que el Tribunal ha de respetar en esta materia: a) Necesidad de explicitar la causa de la indemnización; b) Imposibilidad de imponer una indemnización superior a la pedida por la acusación; y c) Atemperar las facultades discrecionales del Tribunal en esta materia al principio de razonabilidad (SSTS 89/2003, 1171/2009).

V. Delitos contra los derechos de los trabajadores extranjeros.

V.1. Introducción.

El Título XV, del Libro II del Código Penal, que lleva por rúbrica De los delitos contra los derechos de los trabajadores, nace con vocación de configurar sistemáticamente un verdadero Derecho penal del Trabajo que superara la deficiente y fragmentaria regulación que sobre la materia ofrecía el Texto Refundido de 1973 y sus sucesivas reformas (Ley de Reforma de 19 de junio de 1976 (art. 496), Ley de Reforma Urgente y Parcial de 1983 (arts 177 bis y 348 bis).

Aparentemente orientado a la protección de la clase trabajadora, es lo cierto que difícilmente puede afirmarse

que haya logrado de forma eficiente su propósito. Por el contrario, parece que muchas de las dudas interpretativas y conflictos exegéticos que se planteaban en relación con los viejos preceptos, continúan vigentes en su versión actualizada, significadamente en lo que concierne a las conductas tipificadas en el viejo artículo 499 bis TR 1973 cuando la acción típica tiene como sujeto pasivo los ciudadanos extranjeros sin permiso de trabajo (artículo 312.2 CP).

V.2. Naturaleza jurídica y bien jurídico protegido.

La jurisprudencia dictada tras la entrada en vigor del Código Penal de 1995 ha ratificado la idea de que las conductas tipificadas en el artículo 312.2 CP son manifestaciones de los delitos denominados de explotación o de explotación del hombre por el hombre, tal como reiteradamente se había pronunciado en relación con el antiguo artículo 499 bis TR 1973 (Vide, SSTS 16/11/1987, 29/5/1989).

De manera explícita, la Sala Segunda del Tribunal Supremo fundamenta la tipificación de todas las conductas recogidas en los artículos 312.2 CP (y 313.1 CP antes de la reforma de 2010) en la necesidad de hacer frente a una nueva forma de explotación favorecida por determinados rasgos de la estructura económica mundial de nuestro tiempo, tales como la profundización de la desigualdad entre países ricos y pobres, la multiplicación de las comunicaciones internacionales de toda índole y el lógico crecimiento de la aspiración de las poblaciones de los países menos desarrollados a alcanzar mejores condiciones de trabajo y de vida. Para aprovecharse de esta situación y convertirla en inmoral fuente de ingresos, aparecen grupos y organizaciones de gentes sin escrúpulos que promueven migraciones laborales, al margen o en contra de las disposiciones dictadas al respecto por los diversos Estados, abusando del ansia por salir de la miseria de quienes caen en sus redes y convirtiéndolos de hecho en mercancía de fácil y reprobable explotación (STS 1330/2002).

Consecuentemente, el bien jurídico protegido, lejos de tener una naturaleza subjetiva que contemple los derechos que corresponden al trabajador en su consideración individual, es de naturaleza múltiple y compleja en el que concurren no solo los intereses del trabajador afectado sino también los del propio Estado en el mantenimiento del régimen jurídico de naturaleza necesaria o imperativa de las relaciones laborales que él mismo ha establecido como manera de impedir que se produzcan situaciones de explotación.

Efectivamente, muchas de las condiciones de la relación del trabajo no son de naturaleza dispositiva sino de obligado cumplimiento para ambos sujetos de la relación laboral tal como establece el artículo 3.5 ET (los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario. Tampoco podrán disponer válidamente de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo consiguientemente ha sido constante a la hora de exigir que, para comprender el sentido y alcance de los artículos 311.1 y 312.2 CP, es necesario partir de la idea de explotación laboral que solo comprende las situaciones de vulneración dolosa de las normas imperativas reguladoras de las relaciones laborales.

Por ello, el bien jurídico protegido está constituido por un conjunto de intereses concretos y generales que

protegen la indemnidad de la propia relación laboral (STS 293/2004, 438/2004, 221/2005, 321/2005, 372/2005) según la naturaleza imperativa de la regulación impuesta por el Estado (los tipos penales de los arts. 312 y 313 CP están referidos a bienes jurídicos estatales, pues su finalidad es proteger las regulaciones legales de la inmigración y de la mano de obra, STS 762/2003) que, por otra parte, se extiende también a la materia de inmigración (STS 1330/2002).

V.3. La explotación como elemento diferenciador de las conductas perseguibles por el derecho laboral sancionador.

Si los delitos tipificados en el artículo 312.2 CP son verdaderos delitos de resultado (STS 349/2004), regulados para proteger a todos los trabajadores extranjeros frente a cualquier forma de explotación, resulta evidente que la definición de la conducta que realiza ese precepto (la contratación de ciudadanos extranjeros en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual) es manifiestamente incorrecta -por extensiva- al invadir la esfera propia del derecho sancionador administrativo laboral.

En este sentido la Sala Segunda del Tribunal Supremo establece dos correcciones a la dicción literal del precepto: en primer lugar, negando que un contrato individual sea fuente de condiciones de derecho necesario tal como se establece en el artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores; en • segundo lugar, exigiendo que las condiciones impuestas al trabajador sean especialmente tan gravosas y perjudiciales que evidencien una situación de verdadera explotación y falta de respeto de la dignidad del trabajador (SSTS 995/2000, 293/2004, 438/2004, 321/2005, 372/2005), lo que siempre ocurrirá cuando el trabajo sea forzado o coactivamente impuesto (STS 293/2004, 221/2005).

Ello significa que no toda violación de una norma imperativa reguladora de las condiciones de trabajo esté abarcada por este precepto, sino por el régimen general sancionador administrativo laboral, como ocurriría por el solo hecho de no encontrarse dado de alta en la Seguridad Social (SSTS 1638/2002, 1349/2004).

Al tratarse de la violación de disposiciones de carácter necesario es indiferente que el trabajador haya prestado o no su consentimiento a las condiciones laborales impuestas (STS 762/2003).

Con estos presupuestos, obviamente se configura como delito doloso en el sentido que los tipos penales establecen (conocimiento de las condiciones laborales que suprimen o restringen los derechos de los trabajadores), pero no lo es de tendencia, pues no exige la finalidad concreta de explotar a los trabajadores o perjudicarles en su dignidad (STS 1471/2005).

V.4. Sujeto activo y las personas jurídicas.

El artículo 312.2 CP castiga al empleador de ciudadanos extranjeros sin permiso de trabajo. Ello significa que puede ser cualquier persona física capacitada para realizar de iuris o de facto una contratación laboral, es decir como empleador individual o como representante, apoderado, gestor, o factor de una persona jurídica, o como, tras la reforma de la LO 5/2010, la propia persona jurídica. En este caso, de conformidad con el artículo 318 CP

cuando los hechos previstos en los artículos de este título se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello. En estos supuestos la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código.

En este sentido lo decisivo, independientemente del título jurídico por el que actúa, es que tenga capacidad de gestión sobre el personal (STS 293/2004).

V.5. Sujeto Pasivo: súbditos extranjeros sin permiso de trabajo.

En cuanto al tipo objetivo, el precepto exige que se trate de un ciudadano ("súbdito") extranjero y que carezca de permiso de trabajo, esto es comprende a todos aquellos que presten servicios remunerados por cuenta ajena (SSTS 995/2000, 1045/2003) o a quien pretenda prestarlos aunque, según los términos del artículo 1.1. y 1.2 del Estatuto de los Trabajadores, nunca pueda adquirir el status de trabajador, como ocurre con los ciudadanos extranjeros carentes de permiso de residencia y trabajo, pues aunque no se encuentren incluidos en el art. 35 de la Constitución, tal condición no puede constituir una patente de impunidad frente a quienes contratan a tales emigrantes conscientes de su situación ilegal (SSTS 995/2000, 438/2004, 1092/2005, 372/2005).

V.6. Relación laboral.

Es indiferente que el contrato de trabajo que vincula al sujeto pasivo con su víctima sea escrito o verbal (STS 1045/2003; 293/2004), que dicha relación sea lícita o viciada de nulidad como ocurre con las relaciones consentidas de prostitución o las actividades de alterne (SSTS 995/2000, 438/2004, 221/2005, 372/2005, 1360/2009, 308/2010, 503/2010, 160/211, 378/211).

V.7. Casos analizados por la jurisprudencia.

Existe el delito del artículo 312.2 CP (en su caso el delito del artículo 311 CP) cuando la relación de los hechos son indicativos de una múltiple lesión de los derechos de los trabajadores indicativa de una situación de explotación del afectado que excede —por el plus de antijuricidad que conlleva— del ámbito de aplicación del derecho sancionador administrativo. Esto ocurrirá en los siguientes casos:

a) Contrato de esclavo:

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, sometiéndose a esa calificación y el trato subsiguiente, así como el trabajar sin cobrar, solo por la alimentación ratificada en el Plenario con expresiones que eximen todo comentario "...permanecía en casa trabajando sin cobrar, empezó a hacerlo para que no le rompieran sus papeles y tuviese que marcharse...." "...en cuanto al contrato de esclavo, después de firmarlo, le trataron de convencer que era esclavo, le decía que tenía que responderle mi amo cuando le dijera esclavo, el no se lo decía pero lo hacía (sic), estaba esperando a los papeles....". "... Que a él le han humillado....". "...La palabra esclavo la desconocía, nadie le dijo que podía ser una broma o juego...."

(STS 995/2000). En esta categoría se comprenderían los supuestos de servidumbre por deudas, las situaciones asimilables a la esclavitud y los convenios leoninos subyugantes sin el menor reconocimiento de derechos laborales o de la Seguridad Social (vide, STS 1045/2003, 221/2005, 372/2005, 651/2006, 1047/2006).

b) Contratos abusivos y leoninos:

Horarios excesivos, falta de retribución o extraordinariamente escasa, ausencia de descansos semanales, y falta de seguridad en el empleo (STS 1349/2004, 321/2005).

Cuando las condiciones impuestas no llegan a producir un atentado a la dignidad del afectado —aunque lesionen determinadas normas de derecho necesario laboral- las conductas perseguidas quedan extramuros del derecho penal. Eso ocurrirá no solo cuando la propia Inspección de Trabajo no aprecie la máxima gravedad de la infracción (STS 1638/2002).

La Sentencia del Tribunal Supremo 14/4/2009 (N° 425/2009) todavía realiza una interpretación mucho más restrictiva en relación con el trabajo ejercido por mujeres en locales de alterne al considerar que los horarios impuestos (de 19'00 horas de la tarde hasta las 4 ó 5 de mañana del día siguiente), la obligación de residir en el mismo centro de trabajo, no recibir retribución alguna durante los primeros días de trabajo, establecer un régimen disciplinario (sistema de multas por llegar tarde a la hora de inicio del trabajo, por hablar alto, por dar el número de teléfono a clientes, por salir sin permiso, que se descontarían de lo obtenido por los servicios realizados), resultan normales en el trabajo por ellas desarrollado (las multas por llegar tarde, por alzar la voz, en el mundo de la hostelería están normalmente sancionadas y las otras condiciones, a las que ya hemos hecho referencia, resultan normales).

V.8. Prostitución coactiva y delitos contra los derechos de los trabajadores extranjeros: concurso real de delitos.

Dada la diversidad de bienes jurídicos tutelados en los artículos 312.2 CP y 188.1 CP, no es posible establecer una relación de consunción entre el artículo 188.1 CP (libertad sexual) y artículo 312 CP (explotación laboral). La relación concursal ha de construirse, pues, como de delitos y no de normas, y dentro de la primera, como de concurso real, pues las acciones son distintas y no están en función de instrumentalidad (...) es probable que ambas conductas vayan ordinariamente aparejadas, pero nada impide que se puedan deslindar fácticamente ambas situaciones (SSTS 372/2005; 651/2006; 1106/2009 y Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 30 de mayo de 2006).

Además debe tomarse en consideración la distinta estructura de los tipos. En efecto, el delito de explotación sexual (determinación coactiva a la prostitución ajena) es de contenido activo (se consuma mediante actos positivos), mientras que el tipo relativo a la explotación laboral es de estructura omisiva (no reconocer los derechos de los trabajadores en las condiciones que dispone la norma extrapenal). Siendo ello así, es claro que entre un tipo activo y otro omisivo no puede construirse un concurso ideal pluriofensivo (una misma acción es constitutiva de dos o más delitos), sino real (STS 651/2006).

VI. EXPULSIÓN DE CIUDADANOS EXTRANJEROS NO RESIDENTES LEGALMENTE EN ESPAÑA COMO

MEDIDA SUSTITUTIVA DE PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD (ARTÍCULO 89 CP)

VI.1. Introducción.

La regulación de la expulsión judicial de los extranjeros no residentes legalmente en España prevista por el artículo 89 CP ha sufrido una importante modificación por la Ley Orgánica 5/2010.

Entre otros aspectos relevantes, ha eliminado su naturaleza automática, ha flexibilizado los momentos en que puede decidirse, ha ampliado considerablemente las posibilidades de aplicación parcial a cualquier clase de pena privativa de libertad y ha establecido un sistema más riguroso para el caso del quebrantamiento de esta medida de seguridad.

Todas estas novedades provocan la necesidad de modificar un importante número de directrices de actuación del Ministerio Fiscal que se encontraban recogidas no sólo en el Capítulo I de la Circular FGE 2/2006 sino también en otros textos normativos internos precedentes (Consulta 5/1987, Consulta 2/1990, Circular 1/1994, Circular 3/2001, Circular 1/2002), muchos de los cuales han sido patentemente superados, tanto por las distintas modificaciones legislativas producidas desde su respectiva redacción, como por las doctrinas jurisprudenciales —Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos [TEDH] y Tribunal de Justicia de la Unión Europea [TJUE]- que deben ser tomadas en consideración para fijar los criterios aplicables en cada caso.

En el presente apartado de esta Circular se establecen los criterios a seguir por los Sres. Fiscales en la interpretación del artículo 89 CP. Este documento se erige en el único sobre la materia, cuyo texto recoge a modo de texto consolidado las directrices vigentes, y, por tanto, sustituye los apartados de las Circulares, Consultas e Instrucciones precedentes dictados con el mismo objeto (sustitución judicial de las condenas), las cuales, sin perjuicio de su indudable valor doctrinal e histórico, dejarán de ser vinculantes para los miembros del Ministerio Fiscal.

La LO 5/2010 ha dado la siguiente redacción al artículo 89 CP:

"1. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

También podrá acordarse la expulsión en auto motivado posterior, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las demás partes personadas.

2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado.

3. La expulsión llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.

4. Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas. No obstante, si fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

5. Los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia del penado y de las partes personadas, acordarán en sentencia, o durante su ejecución, la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España, que hubiera de cumplir o estuviera cumpliendo cualquier pena privativa de libertad, para el caso de que hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena, salvo que previa audiencia del Ministerio Fiscal y de forma motivada aprecien razones que justifiquen el cumplimiento en España.

6. Cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el Juez o Tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la Ley para la expulsión gubernativa.

En todo caso, si acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del período de condena pendiente, o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma o su sustitución en los términos del artículo 88 de este Código.

7. Las disposiciones establecidas en los apartados anteriores no serán de aplicación a los extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de delitos a que se refieren los artículos 312, 313 y 318 bis de este Código".

VI.2. Ámbito subjetivo de aplicación del artículo 89 CP: "extranjero no residente legalmente en España".

De los pocos presupuestos del artículo 89 CP que permanece inalterable tras la reforma de 2010 es el relativo al ámbito subjetivo de aplicación: tanto la expulsión sustitutiva de la condena en su integridad (apartado primero del artículo 89 CP) como la parcial (apartado quinto del artículo 89 CP) solo pueden ser impuestas a los extranjeros no residentes legalmente en España, esto es, aquellos extranjeros que carecen de un permiso administrativo de residencia en territorio español.

Para poder delimitar el concepto de residencia legal se hace preciso distinguir según que al ciudadano afectado le sea aplicable el régimen jurídico común de la extranjería regulado por la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX) o, por tratarse de ciudadanos nacionales de Estados miembros de la Unión Europea o de países asimilados, el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que constituye la norma española de transposición de la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004.

VI.2.1. Ciudadanos no comunitarios,

Son extranjeros no residentes legalmente en España aquellos ciudadanos que, no teniendo la nacionalidad española ni comunitaria, carecen de la correspondiente autorización vigente de residencia otorgada por la autoridad administrativa competente conforme a la Ley Orgánica 4/2000, salvo que estén dispensados de obtenerla en virtud de Ley o Tratado internacional.

Tras la reforma de la Ley Orgánica 4/2000 llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, se encuentran en situación de residencia legal en España aquellos extranjeros no comunitarios que sean titulares de cualquiera de los permisos siguientes en vigor

a) Autorizaciones de residencia temporales ordinarias.

Otorgan al extranjero el permiso para permanecer en España por un periodo superior a noventa días e inferior a cinco años. Comprende dos modalidades: a) de residencia (artículos 25 bis 2) y 31.2 LOEX); y b) de residencia y trabajo (artículos 25 bis 2 d), 31, 36, 37 y 38 LOEX). Estas, a su vez, admiten varias categorías: autorización de residencia y trabajo de temporada o campaña (artículos 25.2 letra e) y 42 LOEX); autorización de residencia y trabajo con fines de investigación (artículos 25.2 letra g) y artículo 38 bis LOEX); autorización de residencia y trabajo de profesionales altamente cualificados (artículo 38 ter LOEX en relación con la Directiva 2009/50/CE del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado); y, las autorizaciones de residencia y trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios (artículo 43.2 LOEX).

b) Autorizaciones de residencia temporal excepcionales: No exigen el previo visado y son las que se pueden conceder por concurrir circunstancias relevantes como el arraigo, razones humanitarias, colaboración con la Justicia u otra circunstancia excepcional que se determine reglamentariamente (artículo 31.3 LOEX), las que puedan darse, en su caso, a los extranjeros que acrediten la imposibilidad de ser documentados por las autoridades de ningún país (artículo 34.2 LOEX y 107 REX), las reconocidas a las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género (artículos 19.2 y 31 bis LOEX), y las concedidas a las víctimas del delito de trata de seres humanos (artículo 59 bis LOEX).

c) Autorizaciones provisionales de residencia: Son las otorgadas sin fijar su duración al estar condicionadas al cumplimiento de otras condiciones. Participan de esta naturaleza: la autorización provisional de residencia a las mujeres víctimas de violencia de género mientras se tramita el procedimiento penal cuando, tras haber solicitado autorización de residencia temporal y trabajo por circunstancias excepcionales, se hubiese dictado una orden de protección a su favor o, en su defecto, el Ministerio Fiscal informe sobre la existencia de indicios de violencia de género (artículo 31 bis LOEX); las concedidas a las víctimas, perjudicados o testigos de un acto de "tráfico ilícito de seres humanos", inmigración ilegal, explotación laboral o de tráfico ilícito de mano de obra o de explotación en la prostitución abusando de su situación de necesidad (artículo 59 LOEX); las reconocidas a las víctimas de trata de seres humanos en tanto se resuelva el procedimiento de autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales (artículo 59.4 bis LOEX); la autorizaciones de permanencia provisional otorgadas a los que hubieren presentado solicitud de reconocimiento de apátrida (artículo 5 Real Decreto

865/2001, de 20 de julio y artículo 34.1 LOEX); y las que corresponden a aquellos extranjeros que hayan presentado solicitud de asilo (artículo 18. 1 letra c de la Ley 12/2009 y artículo 34 LOEX) o protección subsidiaria (artículo 19.1 de la Ley 12/2009 y artículo 34 LOEX) hasta que se resuelva sobre la misma o no sea admitida.

d) Autorizaciones de residencia de larga duración.

Otorgan al extranjero el permiso para permanecer en España por tiempo indefinido en las mismas condiciones que los españoles (artículo 32 LOEX). En esta situación se encuentran los extranjeros a quienes se hubiera concedido el derecho de asilo o la protección internacional subsidiaria (artículo 36.1c) de la Ley 12/2009).

En consecuencia los ciudadanos extranjeros sometidos al régimen común de la Ley Orgánica 4/2000 que pueden ser expulsados al amparo del artículo 89 CP por carecer de permiso de residencia, son: a) cualquier ciudadano extranjero que se hubiera introducido en territorio nacional de manera subrepticia o fraudulenta al margen de los controles establecidos por las autoridades incumpliendo con los requisitos y formalidades previstas en los artículos 25 y siguientes de la Ley Orgánica 4/2000 (ciudadanos extranjeros en situación de irregularidad); b) los que solo tuvieran reconocido un derecho de tránsito; c) los que fueran titulares de un permiso de estancia (permanencia en territorio español por un período de tiempo no superior a 90 días); d) los que teniendo inicialmente autorizada su permanencia en territorio nacional a título de residencia hubieran perdido su derecho por cualquiera de las causas previstas en la Ley, ya sea por no haber obtenido la correspondiente prórroga, haber caducado su derecho o por haber sido debidamente expulsados judicial o administrativamente.

VI.2.2. Prueba de la situación de residencia.

La situación de residencia legal cualquiera que sea su modalidad exige un acto formal de reconocimiento del derecho —autorización o permiso— dictado por la autoridad gubernativa competente tras el correspondiente procedimiento administrativo que da lugar a la expedición de la Tarjeta de Identidad de Extranjero acreditativa, entre otros aspectos, de la situación del extranjero en España (210.2 REX); documentación que los extranjeros tienen el derecho y el deber de conservar mientras se hallen en territorio español (artículo 4.1 LOEX).

La Tarjeta de Identidad no puede ser confundida con el Número de Identidad del Extranjero (NIE) que "deberá figurar en todos los documentos que se le expidan o tramiten, así como en las diligencias que se estampen en su pasaporte o documento análogo" (artículo 206.2 REX). El NIE no acredita la situación del extranjero en España pues solo tiene una finalidad identificativa, toda vez que es atribuido a todos los extranjeros a cuyo favor se inicie un procedimiento para obtener un documento que les habilite para permanecer en territorio español que no sea un visado, aquellos a los que se les haya incoado un expediente administrativo en virtud de lo dispuesto en la normativa sobre extranjería y aquellos que por sus intereses económicos, profesionales o sociales se relacionen con España serán dotados, a los efectos de identificación, de un número personal, único y exclusivo, de carácter secuencial (artículo 206. 1 REX).

Del mismo modo, en el Registro Central de Extranjeros, que es llevado por la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, deberán constar inscritas todas las autorizaciones de residencia concedidas (artículo 213 1 g) REX).

En síntesis, constituye prueba de la situación de residencia legal la tenencia de una Tarjeta de Identidad de Extranjero -genuina y en vigor- que el extranjero tiene el deber de llevar consigo, o la certificación del Registro Central de Extranjeros en la que así se haga constar.

Cuando la certificación del Registro Central de Extranjeros incorporada a la causa penal es negativa y el ciudadano extranjero reconoce carecer de la correspondiente documentación o no la presenta cuando le sea requerida por el Juzgado, concurre un principio de prueba lo suficientemente sólido para afirmar que el afectado no reside legalmente en España. En estos casos, corresponderá al extranjero la carga de aportar cualquier otro elemento probatorio lo suficientemente potente como para enervar ese principio de prueba.

La certificación negativa de la concesión de cualquier autorización de residencia debería estar incorporada al atestado instruido por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado. Si así fuere está justificado que el Ministerio Fiscal pueda interesar motivadamente en su escrito de calificación provisional la petición sustitutoria, trasladando al acusado la carga de la prueba sobre su situación de residencia (STS 792/2008).

En efecto, el atestado debería comprender una diligencia en la que se hiciera constar: los datos de identidad y Número de Identidad de Extranjero; su situación administrativa de acuerdo con la documentación personal que posea y la que resulte de contrastar las bases de datos policiales (Adextra y Perpol); y, la circunstancia de estar incurso en procedimiento administrativo por solicitud de autorización de residencia o en un expediente sancionador de expulsión.

Si en los atestados no se hiciera mención alguna a la situación administrativa de residencia del extranjero, el Ministerio Fiscal lo reclamará al amparo de lo prevenido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículo 781.1 párrafo segundo de la LECrim). Sin embargo, en los casos de enjuiciarse siguiendo los trámites de los juicios rápidos celebrados durante el servicio de guardia en los que no conste en el atestado la información sobre la situación administrativa del denunciado, se intentará obtener la oportuna certificación mediante el contacto directo con las correspondientes Brigadas Provinciales de Extranjería y Fronteras, a cuyo fin se encomienda a los Fiscales Delegados de Extranjería de cada provincia que faciliten el apoyo necesario para la agilización de las gestiones que fueran necesarias.

A este respecto, para que los Sres. Fiscales puedan comprobar la existencia o no de la autorización de residencia de los ciudadanos extranjeros sometidos a enjuiciamiento penal, en estos momentos se está gestionando la instalación de una aplicación informática que permitirá el acceso directo desde la sede de las Fiscalías al Registro Central de Extranjeros.

Si finalmente ello no fuera posible, o se tratara de un juicio de faltas -cuando la carencia de datos no pudiera subsanarse mediante el interrogatorio del denunciado o las demás pruebas que se practiquen durante la vista oral-, deberá solicitarse expresamente que la decisión sobre la expulsión sustitutiva se difiera al trámite previsto en el apartado segundo del artículo 89.1 CP.

VI.2.3. Ciudadanos de la Unión Europea y asimilados.

El artículo 20 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo artículo 17 Tratado Constitutivo CE) confiere a todo ciudadano de la Unión Europea un derecho primario e individual a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Es un derecho originario pero de configuración legal pues está sometido a las limitaciones establecidas por la Directiva 2004/38/CE que, en España, han sido recogidas por el Real Decreto 240/2007.

En síntesis, cabe afirmar que todos los ciudadanos nacionales de Estados miembros de la Unión Europea —Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Dinamarca, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Holanda, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, República Eslovaca, Rumania y Suecia-, o de aquellos países a los que les sea aplicable el régimen comunitario —Noruega, Islandia y Liechtenstein (al haber firmado el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo) y Suiza (por virtud de Acuerdo de 21 de junio de 1999 entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza)-, tienen reconocido un derecho de residencia en España de carácter originario, de tal manera que no necesitan de reconocimiento expreso o acto de autorización o permiso de la autoridad administrativa (los ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo tienen derecho a residir en territorio español por un período superior a tres meses, artículo 7.1 RD 240/2007).

Por el contrario, este derecho no se extiende a los miembros de la familia de un ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo que sean nacionales de un tercer Estado, pues deberán haber obtenido —para tener la consideración de residentes legales- una tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión (artículo 8 Real Decreto 240/2007).

No obstante, los derechos de libre circulación y residencia reconocidos a cualquier ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea —o de país asimilado- no son absolutos dado que pueden ser suspendidos o limitados por la autoridad administrativa competente.

El de libre circulación, porque puede serle impedida la entrada en territorio nacional cuando concurren razones de salud pública (cuando padezca enfermedades con potencial epidémico, como se definen en los instrumentos correspondientes de la Organización Mundial de la Salud, así como otras enfermedades infecciosas o parasitarias contagiosas, de conformidad con la legislación española vigente, artículo 15. 9 RD 240/2007).

El de residencia, porque puede ser ordenada su expulsión o devolución del territorio nacional, si existen motivos graves de orden público o seguridad pública (artículo 15.1 RD 240/2007) apreciadas tras la tramitación del correspondiente procedimiento sancionador gubernativo (artículos 15 y ss RD 240/2007) cuyo control corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa.

Por consiguiente, adquirida firmeza la sanción de expulsión o devolución, el ciudadano comunitario carece —durante el tiempo marcado en la resolución- del derecho de residencia en suelo nacional. En estos casos, si el ciudadano comunitario fuera sorprendido en territorio español, le podría ser aplicada la sustitución de penas previstas en el artículo 89 CP.

En todo caso, tendrá que probarse documentalmente (pasaporte, tarjetas de residencia comunitaria, certificación registral) la condición de ciudadano de un Estado miembro de la Unión o de país asimilado para impedir la aplicación del artículo 89 CP (STS 828/2007).

VI.2.4. Padres de niños españoles (o comunitarios) [Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) 8/3/2011 (C/34/09)].

La paternidad de un hijo español o nacional miembro de un Estado de la Unión Europea no excepciona la aplicación de la expulsión sustitutiva de la pena cuando —como veremos- no se cumplen los requisitos de convivencia, dependencia, o relación normalizada de las relaciones familiares. Es más, en algunos supuestos puede ser una medida que beneficia el interés del hijo o de su propia familia, especialmente cuando han sido víctimas de la acción delictiva realizada por el progenitor.

Sin embargo, fuera de estos casos, es preciso tener en consideración la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea contenida en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) 8/3/2011 (C/34/09) dictada para delimitar el derecho de libre residencia de los ciudadanos comunitarios reconocida por el artículo 20 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

En ella, tras recordar que la aptitud de un nacional de un Estado miembro para ser titular de los derechos garantizados por el Tratado y por el Derecho derivado en materia de libre circulación de las personas no puede supeditarse al requisito de que el interesado haya alcanzado la edad mínima para disponer de la capacidad necesaria para ejercitar por sí mismo dichos derechos [STJUE 19/10/2004 (C/200/02, que cita las SSTJUE 15/3/1989 (Asuntos acumulados C/389/87 y C/390/87) 17/9/2002 (0-413/99)], concluye que el artículo 20 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un Estado miembro, por un lado, deniegue a un nacional de un Estado tercero, que asume la manutención de sus hijos de corta edad, ciudadanos de la Unión, la residencia en el Estado miembro de residencia de éstos, del cual son nacionales, y, por otro, deniegue a dicho nacional de un Estado tercero un permiso de trabajo, en la medida en que tales decisiones privarían a dichos menores del disfrute efectivo de la esencia de los derechos vinculados al estatuto de ciudadano de la Unión [STJUE (Gran Sala) 8/3/2011 (C/34/09)].

Esta resolución del Tribunal de la Unión Europea es de extraordinaria relevancia toda vez que limita la soberanía de los Estados miembros a la hora de otorgar permisos de residencia a los extranjeros progenitores de ciudadanos comunitarios cuando hubiera una relación de dependencia normalizada (manutención de los hijos de corta edad) porque tal denegación del permiso de residencia tendrá como consecuencia que los mencionados menores, ciudadanos de la Unión, se verán obligados a abandonar el territorio de la Unión para acompañar a sus progenitores.

Aplicando la doctrina señalada en sus justos y limitados términos al artículo 89 CP —salvo que se pretenda una interpretación meramente formalista del requisito de la residencia ilegal del extranjero- debe excluirse esa categoría de extranjeros del ámbito subjetivo de aplicación de la expulsión judicial. Si así no fuera valorado, la expulsión del padre o la madre puede traer como consecuencia inevitable el extrañamiento de un español.

VI.2.5. Momento de valoración de la situación administrativa: cambio de circunstancias.

La falta de autorización de residencia es un requisito que se exige para el instante de dictarse la sentencia o, en su caso, posteriormente si se ha realizado mediante auto durante la ejecutoria (artículo 89.1 párrafo segundo).

La ley no se refiere al momento de la comisión de delito. Si desde la comisión del hecho delictivo hasta su enjuiciamiento se han alterado las condiciones de su residencia en España (legal a ilegal o viceversa), solo habrá que tomar en cuenta su situación en el momento de adoptarse la decisión sustitutiva o, si hubiera un cambio de circunstancias, incluso en el momento posterior. En efecto, el requisito de la ilegalidad de la residencia debe subsistir al momento de la ejecución y si no debe quedar sin efecto, por mucho que lo establezca la sentencia, ya que se trata de una medida y no de una pena (STS 792/2008).

VI.3. Sustitución íntegra de la condena privativa de libertad por la expulsión del territorio nacional.

Tras la reforma de 2010, el artículo 89 CP distingue dos tipos de sustituciones de las penas privativas de libertad. La sustitución íntegra de la condena (artículo 89.1 CP) y la parcial del último tramo del cumplimiento de las condenas de prisión (artículo 89.5 CP).

VI.3.1. Ámbito objetivo de aplicación de la sustitución íntegra: penas privativas de libertad inferiores a seis años.

VI.3.1.1. Penas privativas de libertad.

Son sustituibles todas las penas privativas de libertad inferiores a seis años, esto es, de conformidad con el artículo 35 CP, no solo las penas de prisión que no superaran aquella duración, sino también las de localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa.

Interpretando este requisito, la Circular 2/2006 sostenía que debería quedar excluida de su ámbito de aplicación la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa debido a que dada su propia naturaleza era imposible decidirla en el momento de dictarse sentencia -argumento ya superado al admitir la nueva redacción del artículo 89 CP que la expulsión pueda acordarse en auto motivado posterior a dictarse sentencia- y, además, porque -según señalaba- implicaba incorporar un elemento injustificado de discriminación al hacer depender la puesta en marcha de la expulsión de la disponibilidad de recursos económicos para hacer frente al pago de la multa.

Del mismo modo, se entendía que, en relación con la pena de localización permanente, había de exigirse que en todo caso la pena impuesta lo fuera por delito, no debiendo reputarse título suficiente para posibilitar la expulsión sustitutiva una condena a pena privativa de libertad por una simple falta, porque -entre otros argumentos de menor entidad- pese al silencio de la Ley, una interpretación acorde con la exigencia constitucional de respeto al principio de proporcionalidad vedaba cualquier otra alternativa.

Estas conclusiones han de ser revisadas en atención al principio de coherencia del ordenamiento jurídico y de la correcta delimitación del principio de proporcionalidad.

En efecto, la previsión legal de aceptar la posibilidad de aplicar la expulsión sustitutiva de cualquier pena

privativa de libertad impuesta tanto por delito como por falta, en sí misma ni es desproporcionada ni es discriminatoria; lo será, en su caso, la decisión que las adopte por no valorar conforme a dicho principios las circunstancias concurrentes, entre ellas la propia gravedad del hecho cometido.

Tiene pleno sentido considerar injusta y desproporcionada la sustitución por la expulsión de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa o de las penas privativas de libertad impuestas por la comisión de una falta cuando la condena impuesta se funde en la comisión de hechos aislados o perfectamente delimitados que no acrediten un comportamiento del extranjero claramente hostil a nuestro ordenamiento jurídico. Por el contrario, no será desproporcionada la expulsión cuando la falta o el delito cometido castigado con pena de multa impagada sea la última de las manifestaciones indicadoras de una forma de vida patentemente contraria al orden público español -como lo acreditaría la existencia de una pluralidad de condenas por delito o faltas-, o constituya un instrumento defraudatorio del régimen jurídico de la estancia y residencia de los extranjeros en España previsto y regulado en la Ley Orgánica 4/2000, o signifique un obstáculo para la ejecución de la expulsión acordada en otro procedimiento penal por delito.

Conviene llamar la atención que el artículo 89 CP, además de regular una de las formas sustitutivas de las condenas privativas de libertad impuestas a los extranjeros no residentes legalmente en España, es una norma que también -aunque indirecta y limitadamente- está dirigida a solucionar los posibles conflictos que puedan plantearse por la concurrencia del orden sancionador administrativo y el penal conforme al principio de subordinación de la potestad sancionadora administrativa a la Autoridad judicial. Si el artículo 57.7 LOEX — norma directa y especialmente dirigida a solucionar parcialmente alguno de esos conflictos- admite que el juez de instrucción pueda autorizar la sustitución del juicio de faltas por la expulsión, por pura coherencia no debería impedir que, celebrado el juicio, pueda decidir la sustitución de cualquier pena privativa de libertad impuesta en ese juicio, tras valorar todas las circunstancias concurrentes, significadamente la existencia de una orden de expulsión dictada por la autoridad competente en expediente sancionador administrativo.

La decisión judicial a favor de la sustitución cuando, en los casos señalados, pondere la circunstancia de haber sido condenado en otra u otras causas penales en los que se ya se haya acordado la expulsión sustitutiva, también está amparada por la dicción literal del artículo 89 CP.

No constituye un obstáculo a esta interpretación⁷ la regla establecida en el artículo 71.2 CP (cuando por aplicación de las reglas anteriores proceda imponer una pena de prisión inferior a tres meses, ésta será en todo caso sustituida conforme a lo dispuesto en la Sección II del Capítulo III de este Título, sin perjuicio de la suspensión de la ejecución de la pena en los casos en que proceda) toda vez que la remisión abarca las propias disposiciones del artículo 89 CP, que se encuentra ubicado en esa sección, entre ellas la expulsión sustitutiva.

En definitiva, no se trata de afirmar que es posible la expulsión sustitutiva por la mera comisión de una falta -solución patentemente injusta por desproporcionada- sino que la condena por falta no puede obstaculizar ni la debida aplicación del derecho sancionador administrativo, ni las decisiones adoptadas en el ámbito de la propia jurisdicción penal. Aun cuando haya de ponerse especial cuidado en ello para evitar aplicaciones desproporcionadas de la norma, se trata de impedir que la perpetración de una nueva infracción, o de

infracciones sucesivas, redunde en beneficio del autor, frustrando la debida ejecución de dichas resoluciones de expulsión.

Igualmente, deberá solicitarse la expulsión del territorio español en sustitución de la pena leve de localización permanente en los casos de faltas reiteradas que acrediten un comportamiento contrario al orden público. Muy especialmente debe promoverse esta posibilidad en el supuesto de la falta reiterada de hurto contemplada en el artículo 623.1 del CP en que esta pena es única y no alternativa y cuyo cumplimiento puede ser realizado en centro penitenciario (artículo 37.1 párrafo segundo CP).

El tenor del artículo 89.6 CP, al establecer que cuando el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el Juez o Tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la Ley para la expulsión gubernativa, está previendo estos supuestos.

VI.3.1.2. Límite de los seis años.

Son varias las cuestiones relativas a la delimitación de este límite.

a) La pena a tomar en consideración es la pena efectivamente impuesta.

Según la literalidad del artículo 89 CP, lo determinante para decidir la procedencia o no de la expulsión sustitutiva no será la pena abstracta señalada al delito, sino que habrá de tenerse en cuenta la concreta pena que se ha impuesto en la sentencia. Por ello, aunque la pena señalada para el delito fuera superior al límite de los seis años, cabría la expulsión cuando, ya como consecuencia de la concurrencia de eximentes, semieximentes, circunstancias modificativas, grados de ejecución o de participación, ya como consecuencia de la utilización del arbitrio judicial autorizado por las reglas penológicas, se impusiera una pena inferior a aquél límite.

b) Pluralidad de penas privativas de libertad, cada una de ellas inferiores a seis años, pero que sumadas exceden ese límite.

Como afirma la STS 26/5/2010 (N° 521/2010), el art. 89 CP, es impreciso en algunos aspectos, dejando en la penumbra ciertos interrogantes, tales como si el límite de los 6 años de prisión ha de referirse a la pena asignada a cada uno de los delitos o hace referencia a la suma de todas por las que se condena en una sentencia, o el cómputo de la condena impuesta se refiere a la establecida en una sentencia o en varias si los delitos pudieran haberse juzgado conjuntamente.

Nada impide aplicar la expulsión sustitutoria aunque la suma de las penas supere los seis años de privación de libertad dado que el citado precepto a diferencia del art. 81.2, relativo a la suspensión, no especifica si se refiere a la suma o conjunto de penas impuestas en la misma sentencia, o a cada una de ellas individualmente consideradas, inclinándose la doctrina más autorizada porque lo definitivo es la pena impuesta por cada delito, por cuanto el tenor literal del precepto al usar el plural ("las penas privativas de libertad inferiores a 6 años...9 aboga por este criterio (STS 1400/2005) (vide, SSTs 901/2004, 1231/2006, 792/2008).

Del mismo modo a idéntica conclusión nos lleva una interpretación sistemática del art. 89 CP en relación con el art. 57.7 LOEX que, cuando regula el otro gran supuesto de renuncia al ius puniendi (autorización de expulsión en causas por delitos penados con privación de libertad inferior a seis años), expresamente incluye el supuesto de pluralidad de causas y por ende de eventuales plurales condenas: así el precepto dispone que en el caso de que el extranjero se encuentre sujeto a varios procesos penales tramitados en diversos juzgados la autoridad gubernativa instará de todos ellos la autorización.

De todas formas, la posibilidad introducida en el artículo 89.5 CP que permite la expulsión durante la ejecución de la condena de quien hubiera de cumplir o estuviera cumpliendo la condena, para el caso de que hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena, mitiga la gravedad del problema al trasladar al ámbito de la proporcionalidad y motivación de la decisión sustitutoria los casos que habitualmente se presentan en la práctica de pluralidad de condenas en una misma sentenciado respecto de un mismo individuo. Parece justificado que —según el número y gravedad de las penas impuestas— proceda el cumplimiento parcial de la pena de prisión impuesta y la sustitución del último tramo de la condena por la expulsión.

c) Concurrencia de resoluciones, aplicando unas la expulsión judicial y otras exigiendo su cumplimiento en centro penitenciario: imposibilidad de refundición de conformidad con el artículo 76.2 CP.

La pena sustituida por la expulsión pierde su naturaleza deviniendo heterogénea e imposible de refundir con las restantes penas de prisión por las que hubiera sido condenado (SSTS 140/2007, 521/2009). En consecuencia, para poder proceder a su ejecución habrá que esperar al cumplimiento de las penas refundidas o, en su caso, a la sustitución de aquellas de conformidad con el apartado 5 del artículo 89 CP (expulsión parcial de la condena).

d) Concurrencia entre causas penales pendientes de enjuiciamiento y expulsión ya decretada.

Cuando el extranjero no residente legal esté sometido a varios procedimientos penales, es indispensable la coordinación a través del servicio de extranjería de cada Fiscalía para dar una respuesta global, armónica y coherente con los fines de nuestro ordenamiento. Si el penado extranjero tiene otra u otras causas penales pendientes de enjuiciamiento, no existirá ningún obstáculo para que, una vez acordada la expulsión sustitutiva en la causa ya finalizada, concurriendo los requisitos, se autorice la expulsión, conforme al art. 57.7 LOEX, por los Juzgados que estén conociendo las causas no finalizadas por sentencia.

VI.3.2. Superación de automatismo: criterio de la preferencia de la sustitución.

El Proyecto de Ley de Reforma del Código Penal trató de volver al régimen originario del Código Penal de 1995, restableciendo su naturaleza potestativa para los jueces y tribunales ('podrán ser sustituidas'), pero mitigada mediante una aclaración añadida por la que se declaraba que la expulsión será preferente salvo que el Juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

El redactor del Proyecto trataba de esta manera de eliminar los gravísimos defectos denunciados por la doctrina

del Tribunal Supremo sobre la regulación que de esta institución realizó la LO 11/2003, significadamente la relativa a la aplicación no solo imperativa de la expulsión ("serán sustituidas") sino sobre todo automática pues debería ser impuesta sin necesidad de la audiencia del condenado y sin posibilidad de ponderar la concurrencia de otras razones que no fueran la gravedad del delito.

En efecto, tal automatismo tuvo que ser corregido por la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo a través de una lectura constitucional del artículo 89 CP en la que —al margen de la naturaleza o gravedad del delito- exige la valoración de cualquier circunstancia personal del condenado que fuera relevante para la toma de decisión, por ser una necesidad derivada no solo de la doctrina constitucional española (vide, STC 20/7/1994, Núm. 242/94) sino también de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictada en interpretación del artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (vide, SSTS 901/2004, 601/2006, 832/2006, 35/2007, 682/2007, 125/2008).

Tras la tramitación parlamentaria no se modificó el carácter imperativo de la medida ("serán sustituidas") pero se ha eliminado cualquier atisbo de automatismo en su aplicación. Tras la preceptiva audiencia de las partes, el juez o tribunal están obligados a valorar —antes de tomar su decisión motivada- cualquier tipo de razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España, esto es, tanto las concernientes a la naturaleza de delito como las condiciones del condenado.

VI.3.3. Motivación de la decisión: las razones que justifican su no aplicación.

El juez o tribunal deberá motivar la decisión sobre la aplicación del artículo 89 CP cualquiera que sea su sentido, ya se acceda o se deniegue esta medida.

Ello no solo es una exigencia derivada del derecho a la tutela judicial efectiva en el aspecto del derecho a obtener una resolución fundada en derecho (SSTS 710/2005, 710/2005), sino también una obligación impuesta por el artículo 120.3 CE, pues toda cuestión suscitada en la instancia y sometida a debate de las partes, ha de ser razonada por el tribunal al resolverla, a fin de dejar de manifiesto que lo decidido no es arbitrario, sino fundado en razones jurídicas (art. 9.3 CE) (STS 1099/2006) (Vide, SSTS 601/2006, 791/2010).

Deben valorarse tanto las circunstancias del hecho como del culpable que —como elementos individualizadores de la pena en cuanto que ésta es la respuesta estatal a la comisión del delito que debe resultar proporcionada a la culpabilidad por el hecho concreto- también deben ser ponderados si la pena es sustituida por una medida de seguridad (artículo 96 del Código Penal), que, como resulta del mismo Código Penal, no puede ser impuesta sino es previa la comisión de un delito (STS 710/2005).

Por ello habrá que tener en cuenta:

VI.3.3.1. Gravedad y naturaleza de delito: prevención general.

Con carácter general la decisión sustitutoria debe tomar en consideración los intereses públicos relativos a la política criminal expresada por la ley (STS 366/2006), esto es la naturaleza del hecho delictivo, su gravedad y, por tanto, indudables razones de prevención general y especial (STS 842/2010).

No procederá la decisión sustitutoria cuando, dada la naturaleza y gravedad del delito, conduzca a eliminar los efectos coercitivos y disuasorios de la norma penal provocando la convicción en los ciudadanos extranjeros de que tienen una especie de licencia para la comisión de una primera acción delictiva, cuya pena quedaría sin ejecutar, generándoseles como única consecuencia negativa la devolución a su país de origen. Tal situación de impunidad no solo desactivaría el fin preventivo disuasorio de la pena establecida en la norma penal (perspectiva de la prevención general negativa), sino que generaría en el ciudadano cumplidor de la ley una sensación de desprotección y desasosiego ante ciertos actos delictivos, sensación que derivaría en la pérdida de confianza en la intervención estatal frente al desarrollo de algunas conductas delictivas consideradas socialmente como graves (perspectiva de la prevención general positiva) (STS 1189/2005).

En consecuencia, aun cuando la solicitud de expulsión del territorio español debe ser la regla general, la misma no deberá tener lugar cuando nos hallemos ante hechos de especial gravedad o que sugieran un plus de peligrosidad (empleo de violencia en las personas que entrañe una especial aflicción, vejación o riesgo para la víctima, o que se revele innecesaria para el logro de los fines del delito, tráfico de drogas salvo supuestos escasa cantidad, formas imperfectas de delitos contra las personas como homicidio, robos con empleo de armas, robos en casa habitada con toma de rehenes, trata de seres humanos, agresiones sexuales, corrupción de menores) o cuando se encuentren vinculados a la delincuencia transnacional sea ésta mas o menos organizada. Otras circunstancias que deben considerarse integradas en el término "razones" para justificar el cumplimiento de la pena en centro penitenciario español, serán la necesidad de protección de víctimas, aun potenciales, en el país de origen.

En relación con el delito de tráfico de drogas, la reforma del CP ha supuesto una degradación penológica que no debe alterar el criterio sólidamente consagrado por la Sala II del TS que, de forma sistemática, y exceptuados los casos de venta al por menor o de relevancia menor (SSTS 172/2006, 366/2006, 1216/2009, 842/2010), ha señalado la improcedencia de la expulsión sustitutiva de la pena en su integridad atendida la inequívoca gravedad de la conducta y el impulso que tal sustitución generaría a la proliferación de tales actividades (SSTS 1249/2004, 1546/2004, 906/2005, 35/2007, 682/2007, 125/2008, 531/2010, 853/2010).

Por imperativo legal las disposiciones establecidas en los apartados anteriores no serán de aplicación a los extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de delitos a que se refieren los artículos 312, 313 y 318 bis de este Código (artículo 89.7 CP). El legislador no admite excepción alguna a la regla, por lo que no procederá la expulsión cuando el ciudadano extranjero haya sido condenado por cualquier otro delito conectado con los señalados, aunque se hubiera apreciado una relación de concurso de delitos (como en el caso de condena por delito del artículo 318 bis CP y el delito de 177 bis CP).

VI.3.3.2. Los intereses particulares del afectado.

La decisión sustitutoria debe tomar en consideración una pluralidad de intereses personales valorados desde la perspectiva de la justicia material y del respeto al principio de igualdad, en cuanto que la infracción delictiva cometida puede aparejar una sanción de muy diferentes consecuencias para el autor extranjero que reside ilegalmente que para el que lo hace de forma legal, o es de nacionalidad española (SSTS 165/2009, 439/2010,

1016/2010), en concreto hay que valorar el arraigo en nuestro país, la situación familiar y laboral, e incluso los riesgos que pudiera correr ante la posibilidad de ser objeto de torturas o tratos degradantes en su país de origen (STS 791/2010, 853/2010).

El Tribunal Supremo exige ponderar el grado de integración en la sociedad española del extranjero afectado para poder decidir sobre la imposición de la expulsión sustitutiva.

Siguiendo puntualmente la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictada en interpretación del artículo 8 de la Convención de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales (Roma, 1950), se hace preciso distinguir los siguientes supuestos:

Primero. El arraigo de permanencia (vide, STS 200/2007). La experiencia acredita que quien ha vivido largos años de su existencia en un país de acogida es porque ha alcanzado un elevado nivel de integración social, laboral y familiar en él. Especialmente su valoración es determinante cuando se trata de inmigrantes de segunda generación o cuasi nacionales, esto es, los que han nacido en el país de acogida [vide, SSTEDH 18/2/1991 (Moustaquin contra Bélgica), 26/9/1997 (Mehemi contra Francia), 17/4/2003 (Yilmaz contra Alemania), 15/7/2003 (Mokrani contra Francia), 12/1/2010 (Khan contra el Reino Unido)].

La mayoría de ellos ha vivido toda su vida en el Estado donde sus padres llegaron como inmigrantes; en muchos casos no guardan relación alguna con el país de origen, el cual nunca han visitado; son incapaces de desenvolverse con fluidez en el idioma paterno, hablando cotidianamente la lengua del país receptor; en él han sido escolarizados; y, en general, han desarrollado todas sus relaciones sociales, culturales y afectivas, incluido el matrimonio, muchas veces contraído con personas nacionales del país de acogida.

Cuando se dan esas circunstancias —al margen de su nacionalidad formal- es lo cierto que materialmente nos hallamos ante verdaderos ciudadanos del país de acogida, y extranjeros en su país de origen. En todos estos casos, salvo que concurrieran circunstancias extraordinariamente graves y poderosas, la expulsión sería patentemente desproporcionada [vide, STEDH 13/7/1995 (Nasri contra Francia)].

Equiparados a los anteriores se encontrarían los inmigrantes llegados en la infancia [SSTEDH 23/1/1991 (Djeroud contra Francia), 13/2/2001 (Ezzouhdi contra Francia), 22/5/2008 (Emre contra Suiza), 23/6/2008 (Maslov contra Austria)] si concurrieran las mismas circunstancias descritas, esto es que durante la mayor parte de su existencia hubieran permanecido en el país receptor, allí fueran escolarizados y, en general, hayan creados sus lazos familiares y sociales en el Estado de acogida [SSTEDH 18/2/1991 (Moustaquin contra Bélgica), 13/2/2001 (Ezzouhdi contra Francia), 15/7/2003 (Mokrani contra Francia), 17/4/2003 (Yilmaz contra Alemania), 10/7/2003 (Benhebba contra Francia), 22/7/2004 (Radovanovic contra Austria), 22/5/2008 (Emre contra Suiza), 23/6/2008 (Maslov contra Austria), 12/1/2010 (Khan contra el Reino Unido)]; y, los inmigrantes de larga duración, es decir, no solo los que hubieran accedido al territorio de acogida durante su juventud y en él hubieran permanecido la mayor parte de su existencia no conservando con su país natal nada más que el simple lazo de la nacionalidad [STEDH 6/2/2003 (Japukovic contra Austria), 10/7/2003 (Benhebba contra Francia), 18/10/2006 (Üner contra Países Bajos) 23/6/2008 (Maslov contra Austria)] sino también los que hubieran residido en él durante un tiempo lo suficientemente prolongado como para haber construido en dicha nación sus lazos

familiares y sociales [STEDH 18/2/1991 (Moustaquin contra Bélgica)].

A estos efectos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reforzado su doctrina acudiendo a otros instrumentos internacionales tales como la Recomendación (2000) 15 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, la Convención de Derechos del Niño de 1989, la Directiva 2003/109/CE sobre residentes de larga duración [STEDH 23/6/2008 (Maslov contra Austria)] y la Recomendación 1504 (2001) de la Asamblea sobre la no expulsión de los inmigrantes de larga duración, por la que se insta del Comité de Ministros que invitara a los Estados miembros, entre otras cosas, a garantizar que los inmigrantes de larga duración en ningún caso fuesen expulsados [SSTEDH 10/7/2003 (Benhebbba contra Francia), 18/10/2006 (Üner contra Holanda)].

En todo caso, el desarrollo de una actividad laboral para que pueda compensar la falta de residencia en España y excluir la expulsión sustitutiva debe gozar de las condiciones acreditadas de estabilidad y viabilidad para futuro, sin que sea de recibo la permanencia en España por un periodo más o menos largo de tiempo en el que el modo de vida haya sido precisamente la actividad delictiva (ATS 25/06/2009).

Segundo. El arraigo familiar (STS 1116/2007), o la convivencia familiar, por existir ésta y ser de cierta entidad por el número de miembros familiares, estabilidad alcanzada y dependencia económica del posible expulsado (STS 792/2008, 791/2010), unificación familiar que encajan en los amplios términos del art. 30 CE (STS 379/2010), convivencia y estabilidad familiar en un enlace matrimonial acabado de celebrar con una dependencia económica con el posible expulsado, vida familiar en común que quedaría cercenada con la expulsión (STS 791/2010).

En efecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado que "excluir a una persona de un país donde viven sus parientes próximos puede constituir una injerencia en el respeto al derecho de la vida privada y familiar, protegida por el artículo 8, 1.0, de la Convención" [STEDH 22/5/2008 (Emre contra Suiza)]. Por el mismo motivo, difícilmente podría alegar este tipo de arraigo quien "es soltero, no tiene hijos, y no ha demostrado mantener relaciones estrechas ni con sus padres ni con sus hermanos y hermanas que habitaban en el país de acogida" [STEDH 30/11/1999 (Baghli contra Francia)]. El arraigo familiar, tal como es definido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no se circunscribe a las relaciones o vínculos que nazcan de la familia fundada por el propio extranjero expulsado [STEDH 23/9/2010 (Bousarra contra Francia)], pero solo puede provenir de las relaciones con los parientes próximos, entendiéndose por tales los padres y hermanos, cónyuges o parejas de hecho, e hijos—matrimoniales o no-, siempre que residan en el país de acogida [STEDH 17/02/2009 (Onur contra el Reino Unido)]. Las circunstancias a valorar consisten fundamentalmente en los efectos negativos que puedan producirse como consecuencia de la separación de los componentes del grupo familiar provocada por la expulsión, tanto en relación con el extranjero extrañado como para los que de él dependan. Es obvio, que si sus familiares íntimos acompañan al extranjero en su extrañamiento supondría que también son expulsados [STEDH 26/9/1997 (Mehemi contra Francia)]; del mismo modo, también es evidente que si no pudieran seguirle, qué duda cabe que se resentirían seriamente los derechos del familiar reconocidos por el artículo 8.1 CEDH.

Por ello, aunque las dificultades de los cónyuges e hijos para acompañar al expulsado por sí mismas no son

motivo suficiente para excluir la expulsión [STEDH 11/7/2002 (Amrollahi contra Dinamarca)], deben ser necesariamente incorporadas al juicio de proporcionalidad [STEDH 2/9/2001 (Boultif contra Suiza)], sobre todo cuando la separación es inevitable al no haber ni siquiera la posibilidad de instalarse en un tercer país [SSTEDH 11/7/2002 (Amrollahi contra Dinamarca), 15/7/2003 (Mokrani contra Francia)].

Las dificultades de acompañamiento de los familiares puede provenir del hecho de la distinta nacionalidad de los cónyuges e hijos en relación con el expulsado. En efecto, puede ocurrir que no existan garantías de que las autoridades del país de origen del cónyuge expulsado vaya a permitir la entrada e instalación de su mujer, de nacionalidad extranjera, en su territorio [STEDH 15/7/2003 (Mokrani contra Francia)]. En otras ocasiones, la expulsión del extranjero cuando su cónyuge o hijos tuvieran la nacionalidad del país de acogida puede de hecho implicar el extrañamiento de ciudadanos nacionales. Por ese motivo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que la expulsión podría ser desproporcionada cuando provoca la separación de la mujer e hijo menor de edad, de nacionalidad francesa, que tampoco había vivido nunca en Argelia y que no tiene lazo alguno con ese país [SSTEDH 26/9/1997 (Mehemi contra Francia), 15/7/2003 (Mokrani contra Francia) o con una ciudadana helvética, STEDH 2/9/2001 (Boultif contra Suiza)], o cuando tenía una esposa de nacionalidad danesa y varios hijos pequeños, resultando difícil para ella trasladarse a Irán y que era imposible para los dos establecerse en otro país [STEDH 11/7/2002 (Amrollahi contra Dinamarca)].

Para poder reconocer la existencia de arraigo familiar no es suficiente con probar la permanencia en el Estado de acogida de sus familiares más próximos, es preciso acreditar la existencia de relaciones reales y efectivas de vida familiar, incluso de mutua dependencia. No basta con demostrar la existencia formal del matrimonio, es preciso que se acrediten otros factores que pongan en evidencia la efectividad de la vida en familia de la pareja [STEDH 11/7/2002 (Amrollahi contra Dinamarca)]; no es suficiente probar que se tienen hijos residentes en el país receptor, es preciso que haya constancia de una efectividad de relaciones paterno filiales [SSTEDH 7/11/2000 (Kwattie-Nti y Dufie contra Países Bajos), 13/2/2001 (Ezzouhdi contra Francia) 17/4/2003 (Yilmaz contra Alemania), 15/7/2003 (Mokrani contra Francia)].

La vida familiar debe existir en el momento en que la medida de expulsión va a ser definitivamente ejecutada. Ello significa que el derecho a la vida privada y familiar puede surgir con posterioridad a la decisión de la orden de expulsión por haberse retrasado su ejecución durante tal tiempo que ha logrado la consolidación de las relaciones conyugales o filiales. Así lo ha reconocido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando la ejecución pretendió llevarse a cabo cuatro años después de dictarse debido a la tardanza en resolver por la autoridad competente el recurso interpuesto contra su expulsión por el afectado, por no ser admisible echar la culpa al demandante de haber recurrido la resolución de expulsión ... ni reprocharle ni imputarle la duración del procedimiento del recurso contra tal resolución" [STEDH 15/7/2003 (Mokrani contra Francia)].

Para valorar el grado de dependencia es necesario tener en cuenta la edad de los hijos [STEDH 2/9/2001 (Boultif contra Suiza)] y las condiciones adicionales de dependencia. Cuanto de menor edad sean los hijos, más necesitados estarán de asistencia familiar.

Del mismo modo, la relación de dependencia se acentuará en caso de que el expulsado adolezca de un precario

estado de salud [STEDH 12/1/2010 (Khan contra el Reino Unido)] o padezca de deficiencias físicas o psíquicas que solo pudieran ser atemperadas por la atención y cuidados de sus más allegados, o cuando la familia fuera el lugar idóneo donde encontrar un mínimo de equilibrio psicológico y social [STEDH 13/7/1995 (Nasri contra Francia)].

Por fin, otro de los factores delimitadores del arraigo familiar en el país de acogida lo constituye la intensidad de los vínculos del afectado con su nación de origen. En efecto, el arraigo familiar no solo exige el dato positivo de que el núcleo familiar más próximo permanezca en el Estado de acogida, sino también el negativo de carecer de lazos sociales, culturales o familiares con su país de origen [SSTEDH 18/2/1991 (Moustaquin contra Bélgica), 26/9/1997 (Mehemi contra Francia), 17/4/2003 (Yilmaz contra Alemania), 15/7/2003 (Mokrani contra Francia), 12/1/2010 (Khan contra el Reino Unido)].

VI.3.3.3. Los antecedentes y el riesgo de reiteración delictiva del afectado.

Hay que valorar el riesgo actual de que el extranjero sometido a expulsión pueda quebrantar el orden o seguridad pública. Para ello el Tribunal Europeo de Derechos Humanos valora el comportamiento observado desde la comisión del delito hasta su expulsión [STEDH 11/7/2002 (Amrollahi contra Dinamarca)], el tiempo transcurrido desde el último delito cometido y la decisión de la expulsión [STEDH 18/2/1991 (Moustaquin contra Bélgica)], o desde su excarcelación si cumplió pena privativa de libertad, pues tras un significativo periodo de buena conducta con posterioridad a la comisión del delito necesariamente tiene un impacto en el riesgo que el recurrente supone para la sociedad [STEDH 12/1/2010 (Khan contra el Reino Unido)], la naturaleza violenta del expulsado [STEDH 25/3/2010 (Mutlag contra Alemania)], la habitualidad criminal [STEDH 8/1/2009 (Joseph Grant contra el Reino Unido)] y, la reiteración de acciones delictivas [STEDH 10/7/2003 (Benhebbba contra Francia)]. Por ello, la existencia de un antecedente por delito de la misma naturaleza es una de las circunstancias a valorar (STS 439/2010).

VI.3.4. Previa audiencia del condenado: debate contradictorio.

El carácter preferente de la expulsión sustitutiva en la nueva redacción del artículo 89 CP se confirma cuando el legislador ordena su imposición salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

De la literalidad del precepto podría interpretarse que —acreditada la falta de autorización de residencia y la pena a imponer— el Juez o Tribunal debería acordar la expulsión, y solo cuando ellos mismos apreciaran razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España deberían oír con carácter previo no solo al penado sino también al Ministerio Fiscal y demás partes personadas.

Naturalmente una interpretación de estas características sería contraria a nuestro orden constitucional en el que la audiencia del condenado, asistido de letrado, se erige en uno de los requisitos ineludibles previos a la toma de cualquier decisión que le afecte (pena o medida de seguridad), al estar directamente vinculado con el principio de individualización judicial de las penas que es aplicable a las medidas sustitutivas de la prisión (SSTS 901/2004,

710/2005, 906/2005, 274/2006, 832/2006, 35/2007, 682/2007, 125/2008). Además, esa interpretación no aseguraría el derecho del penado a que se valoren las diversas razones que pueden concurrir para excepcionar la aplicación de la expulsión y, por tanto conculcaría su derecho a la tutela judicial efectiva en el aspecto del derecho a obtener una resolución fundada en derecho (SSTS 710/2005, 710/2005).

Por ello tiene plena vigencia la doctrina del Tribunal Supremo de que para poder tomár la decisión sustitutoria debe garantizarse la existencia de un debate contradictorio, ya sobre la expulsión, ya sobre el cumplimiento de la condena. No es suficiente con que sea oído formalmente en relación con los hechos objeto de acusación al prestar declaración en el juicio ni tampoco cuando se le concede la última palabra (STS 17/2002) que obviamente no satisface las exigencias de tutela de los valores de la familia y el derecho a elegir residencia (SSTS 901/2004, 906/2005, 710/2005, 832/2006, 35/2007, 682/2007, 125/2008, 25/2011).

Es necesario que por el Juez o Tribunal se habilite un espacio de contradicción (STS 25/2011) en donde se dé la oportunidad de alegar y probar al condenado y su defensa sobre las razones que les asistan. Naturalmente, el requisito de audiencia se cumple independientemente de que la defensa haya hecho uso de él, pues no puede quedar condicionado a estrategias procesales o al arbitrio de la parte.

Por ello, cuando por la acusación ha sido pedida la expulsión sustitutiva (en fase de conclusiones provisionales o definitivas), el Tribunal cumple con el requisito de la previa audiencia cuando; en el plenario ofrece la oportunidad de oír al acusado y a su defensa, les emplaza para manifestar lo que a su derecho convenga, les da la posibilidad de proponer prueba —tras la solicitud de suspensión del juicio (artículo 788.4 LECrim)- sobre cualquier aspecto relevante que pueda incidir en la decisión, y formular las correspondientes alegaciones sobre su resultado (SSTS 710/2005, 601/2006, 832/2006, 1099/2006, 1177/2006, 35/2007, 682/2007, 125/2008, 648/2009, 1027/2009, 1216/2009, 379/2010, 439/2010, 791/2010).

Lo que no impide la lectura constitucional del precepto es que el debate contradictorio pueda ser provocado a iniciativa del propio Juez o Tribunal, ni que, oídas todas las partes, el juzgador se encuentre condicionado por las pretensiones finales de aquellas aunque fueran de idéntico sentido, pues en ningún caso serán vinculantes para el Tribunal que decidirá con libertad de criterio (STS 1400/2005).

En este sentido hay que recordar que el ciudadano extranjero ni tiene un derecho subjetivo a ser expulsado ni lo tiene a ser reinsertado, esto es a cumplir la condena en España (STS 1400/2005), de tal manera que la conformidad del condenado no vincula al Tribunal (SSTS 1546/2004, 906/2005, 366/2006, 166/2007).

Cuestión distinta es la relativa al tiempo de duración de la prohibición de entrada en territorio español que tras la reforma de 2010 se extiende a un plazo de cinco a diez años (artículo 89.2 CP). En este sentido, parece que el Tribunal no podría imponer un plazo de prohibición de entrada superior al interesado por la acusación (SSTS 125/2008).

En todo caso, la petición de expulsión formulada por los Sres. Fiscales ha de ser puesta en conocimiento del acusado de manera clara y comprensible, de forma que le permita ejercitar su derecho a ser oído -previa audiencia- si ha sido debidamente citado a juicio, así como si decide voluntariamente no comparecer,

impidiendo, por propia decisión, cualquier debate contradictorio sobre la expulsión solicitada (SSTS 648/2009, 439/2010, 1016/2010).

Cuando por cualquier circunstancia existiera dudas sobre el efectivo conocimiento por el inculpado de la pretensión de expulsión, y fuera procedente la celebración del juicio en ausencia del acusado, la práctica de la audiencia previa se verificará de la forma prevista en el párrafo segundo del artículo 89.1 CP.

VI.3.5. El escrito de acusación del Ministerio Fiscal.

No es admisible que, tratándose de extranjeros sin residencia legal, se guarde silencio en el escrito de acusación provisional acerca de la aplicación del art. 89 CP. Bien al contrario, de la propia lectura de la norma se desprende la existencia de un importante número de resoluciones judiciales, que pueden llegar hasta la casación, —y por consiguiente de decisiones y tomas de postura del propio Ministerio Fiscal- que dependen directamente de la exacta determinación fáctica de la situación jurídica en que se encuentre el extranjero contra quien se dirige la acusación.

En garantía de los derechos de los propios acusados, acreditada su falta de residencia legal, y salvo concurrencia de las circunstancias excepcionales ya señaladas, la expulsión del territorio español en sustitución íntegra de la pena habrá de ser solicitada por los Sres. Fiscales en el escrito de calificación provisional a fin de que tal petición sea oportunamente conocida por el acusado y pueda éste articular los medios de prueba que a su interés convengan.

En el apartado primero del escrito de calificación, junto a la nacionalidad del acusado y sus datos identificativos, deberá indicarse, como se ha apuntado, su condición de residente ilegal, incluyendo todos los datos relevantes para la determinación de dicha situación (resoluciones administrativas que le afecten, etc.), debiendo solicitarse en el apartado quinto de forma clara, directa y no alternativa (excluyendo expresiones como "en su caso" o "podrá") la sustitución de la pena por expulsión. Si concurrieran razones que justificaran el cumplimiento de la pena en centro penitenciario español, tal petición deberá constar de manera expresa en el párrafo quinto del escrito de acusación.

Si el motivo por el que no se considera procedente la sustitución se halla en la posible lesión del derecho fundamental a la vida privada y familiar del acusado, dichas circunstancias o elementos en los que se sustenta la causa excluyente, deberán quedar expresadas de forma sucinta y suficientemente comprensiva en el apartado primero del escrito de calificación provisional, y, correlativamente, en el apartado quinto se indicará que la pena no será, en atención a tales motivos, sustituida por expulsión.

Igualmente el escrito de acusación provisional deberá concretar la duración de la prohibición de regreso a España que conforme a la redacción vigente del art. 89.1 del CP puede oscilar entre cinco y diez años.

El legislador vuelve a la regulación contenida en el Código Penal de 1995 que fijaba una prohibición de regreso de tres a diez años de prisión que, entonces, hacía depender de la gravedad de la pena impuesta. La actual redacción vincula la prohibición de regreso no solo a la duración de la pena sustituida sino también a las

circunstancias personales del penado. La elección de este periodo no debe resultar pues caprichosa sino motivada por estas variables tal- y como quedó reflejado en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, junto con las circunstancias personales del penado, habrán de valorarse otras de relevancia como la existencia de antecedentes penales y el riesgo de reiteración delictiva.

En cualquier caso, si bien es claro que no pueden establecerse pautas absolutamente rígidas, parece aconsejable que la prohibición de regreso entre cinco y nueve años se reserve a los penados a quienes se haya condenado a pena privativa de libertad de hasta seis años quedando reservada la prohibición de regreso de diez años a los condenados a pena privativa de libertad superior a este límite.

VI.3.6. La Disposición Adicional 17ª LO 19/2003 y el posible ingreso en Centro de Internamiento de Extranjeros (artículo 89.6 CP).

Esta cuestión ya ha sido abordada por la Instrucción 1/10 sobre "funciones del Ministerio Fiscal en la fase de ejecución de los procesos penales". Debe recordarse en este momento la importancia de que los Sres. Fiscales soliciten expresamente en sus escritos de acusación la aplicación de la DA 17ª de la LO 19/2003 de modificación de la LO 6/85 de 1 de julio del Poder Judicial, o alternativamente el ingreso en Centro de Internamiento de Extranjeros previsto en el párrafo 6 del vigente art. 89 del CP en los términos indicados en ella.

El párrafo segundo del Núm. 6 del artículo 89 CP, tras la reforma de 2010, introduce una importante novedad al permitir que "cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, pueda el juez o tribunal "acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la ley para la expulsión gubernativa".

El ingreso de un condenado a penas de prisión parece incompatible con el ingreso cautelar en un Centro de Internamiento para Extranjeros (CIES) dado que al ser establecimientos públicos de carácter no penitenciario — artículo 62 bis LOEX- no solo carecen de medidas de seguridad adecuadas y personal cualificado, sino que también puede alterarse su régimen normalizado de funcionamiento por la necesidad de separar los internos que han cometido una mera infracción administrativa de aquellos condenados en sentencia penal.

El ingreso en CIE debería quedar limitado para los extranjeros que hubieran sido condenados a penas privativas de libertad .de localización permanente, responsabilidad subsidiaria por impago de multa o penas de prisión inferior a tres meses (artículo 71.2 CP) pues ninguna de ellas exigen el ingreso en Centro Penitenciario.

Excepcionalmente, ponderando todas las circunstancias concurrentes, los Fiscales también podrán interesar el ingreso en CIE de aquellos condenados a penas de prisión que hubieran podido haber sido suspendidas como consecuencia de la aplicación del artículo 88 CP.

El tiempo de estancia en CIE está sujeto al límite de sesenta días naturales establecido en el artículo 62.2 LOEX.

Para evitar disfunciones que puedan frustrar la expulsión o, en su caso, el efectivo cumplimiento de la pena, los

Sres Fiscales al tiempo que les sea notificado el ingreso en el CIE del extranjero condenador deberán solicitar mediante dictamen en la ejecutoria que el juez o tribunal al menos diez días antes del plazo máximo de internamiento, salvo que conste acreditado que ya se ha materializado la expulsión, recabe urgente informe de la correspondiente Brigada Provincial del Extranjería y Fronteras a fin de que se señalen las causas o los motivos por los cuales no se ha llevado a cabo la misma.

En los demás casos los Fiscales instarán la aplicación de la Disposición Adicional 17a y el ingreso en Centro Penitenciario. En estos casos, el tiempo de ingreso en el establecimiento penitenciario será el más breve posible y no superior a treinta días, salvo prórroga si media causa justificada. Dicha causa —normalmente asociada con las dificultades de documentación del extranjero- ha de constar expresamente y suficientemente explicitada en la solicitud que la autoridad gubernativa dirija a la autoridad judicial solicitando la prórroga. Los Sres Fiscales analizarán en cada caso concreto la conveniencia de informar a favor de la prórroga pero deberán oponerse a la misma en el caso de cumplimiento avanzado de la condena, entendiéndose siempre por tal, el que alcance a las tres cuartas partes de la pena privativa de libertad.

Debe considerarse como día de inicio del cómputo de los treinta días el de ingreso del penado en el centro penitenciario o el día de recepción del mandamiento de prisión, en caso de que ya estuviera preso.

VI.3.7. La sustitución íntegra de la condena mediante auto posterior.

El párrafo segundo del art. 89.1 CP prescribe que "también podrá acordarse la expulsión en auto motivado posterior (a la sentencia), previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las demás partes personadas".

La decisión motivada de la sustitución íntegra de la pena privativa de libertad impuesta por la expulsión debe ser resuelta, como norma general, en Sentencia. En efecto, los términos en que se halla redactado el artículo 89.1 CPT indican que el legislador no ha querido atribuir al Juez o Tribunal una suerte de opción discrecional entre acordar la expulsión en sentencia o diferir la decisión a auto posterior —como admite para los supuestos de sustitución de las penas privativas de libertad en el artículo 88 CP-, sino establecer esta segunda posibilidad como subsidiaria. Por ello en el párrafo primero dispone que las penas "serán sustituidas en sentencia" al tiempo que en el párrafo segundo; alude a la sustitución en auto como una mera posibilidad mediante el empleo del tiempo verbal "podrá".

En consecuencia, el juzgador deberá pronunciarse motivadamente sobre la expulsión o cumplimiento de la condena cuando así haya sido interesado por cualquiera de las partes y tenga los elementos de juicio necesarios para ello. Sin embargo, no incurre en incongruencia omisiva en los supuestos en los que el sentido de su resolución es diferir la decisión a un momento posterior por la necesidad de acreditar aspectos relevantes concernientes a la situación administrativa del penado en España. Lo mismo sucede cuando no hay posibilidad de practicar prueba en el plenario sobre los datos, hechos o circunstancias que pudieran condicionar la expulsión, cuando fueran alegados pertinentemente por el acusado o, en su caso, por cualquiera de las partes.

Esta posibilidad comúnmente se producirá en los juicios celebrados en ausencia del acusado, cuando se tramitan en el propio servicio de guardia (enjuiciamiento inmediato), en los juicios de faltas o en algún supuesto

de ejecución de sentencia en la que se pretenda dejar sin efecto la expulsión acordada por la concurrencia de circunstancias sobrevenidas tal y como reconoce la Sentencia nº 792/2008, de 4/12, señalando que no obstante lo anterior como en ocasiones pueden surgir en la ejecución cuestiones imprevisibles de valorar en el momento del juicio y de la sentencia o que han tenido lugar por circunstancias posteriores (como la acreditación de reunir los requisitos y condiciones para ser ciudadano extranjero con residencia legal en España, por diversas circunstancias: matrimonio posterior con cónyuge español, nacimiento de hijos, concesión de permisos de residencia) se defiende por la doctrina que el requisito de la ilegalidad de la residencia hay que entender que debe subsistir al momento de la ejecución y si no debe quedar sin efecto, por mucho que lo establezca la sentencia, ya que se trata de una medida y no de una pena. Siendo así en el caso que nos ocupa a la vista de la fotocopia presentada, que constituye al menos un principio de prueba, resultaría conveniente para la adecuada salvaguardia de sus derechos fundamentales, posibilitar al recurrente en ejecución de sentencia que pueda advenir aquel documento y justificar cuál su real situación en España, y en su caso dejar sin efecto aquella sustitución de la prisión por la medida de expulsión.

Los presupuestos subjetivos y objetivos de este precepto son los mismos que se han analizado para el caso de que la decisión de sustitución de la pena en su totalidad haya sido adoptada en sentencia.

La decisión de expulsión mediante auto, exige la apertura de un incidente en la ejecutoria, en el cual ha de ser oído el propio penado, el Ministerio Fiscal y en caso de haberlas, las demás partes personadas, sin que ni el dictamen del Ministerio Fiscal ni la manifestación efectuada por éstas tenga carácter vinculante para el órgano sentenciador. Debe entenderse que la competencia para la tramitación recae sobre el juez o tribunal que haya dictado la sentencia o, en aquellos territorios donde existan, en los Juzgados de Ejecutorias.

Los autos dictados en este trámite por el Juzgado de lo Penal serán recurribles en apelación y en su caso en queja (art. 766 LECrim) y los dictados por la Audiencia Provincial en súplica o en casación, pues —siempre que se trate de la sustitución íntegra de la condena— nos hallamos ante un pronunciamiento que, ex artículo 89.1 CP, puede ser considerado integrante de la propia resolución condenatoria (STS 531/2010).

VI.3.8. Imposibilidad de llevar a cabo la expulsión.

El párrafo segundo del vigente art. 89.6 CP dispone que "en todo caso, si acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, esta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del periodo de condena pendiente, o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma o su sustitución en los términos del artículo 88 de este código".

Las causas de imposibilidad de materializar la expulsión pueden ser de la más variada naturaleza (negativa del Estado de origen, carencia del visado correspondiente, imposibilidad de transporte, etc.). En todo caso deberán ser comunicadas por la autoridad administrativa correspondiente a la autoridad judicial que tramite la ejecutoria. Constada la misma procederá a ejecutarse la pena según el régimen ordinario, como si se tratara de ciudadanos con autorización de residencia en España.

En estos casos, los Sres Fiscales informarán a este respecto, conforme a los criterios generales establecidos

para el resto de los condenados a penas privativas de libertad, en materia de suspensión de condena o sustitución de la misma por multa o trabajos en beneficio de la comunidad. No obstante, en aquellos casos en que la imposibilidad de materializar la expulsión se hubiera debido a una voluntad deliberadamente obstruccionista del penado extranjero concretada en actos de rebeldía, tal circunstancia habrá de ponderarse debidamente a la hora de optar por el cumplimiento de la condena en prisión o por la suspensión o sustitución de la pena, con el objeto de evitar que se produzcan dichas situaciones con el objeto de gozar estas últimas situaciones más beneficiosas.

VI.3.9. La suspensión de condena y otras modalidades de sustitución aplicables a los penados extranjeros sin residencia legal.

El anterior artículo 89.1 CP, tras regular en sus dos primeros párrafos las condiciones generales de expulsión sustitutiva de las penas privativas de libertad tanto inferiores como superiores a seis años, establecía en el párrafo tercero que la expulsión se llevaría a efecto sin que fueran de aplicación las disposiciones contenidas en los arts 80 (suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad), 87 (suspensión en los supuestos de drogadicción y alcoholismo) y 88 (sustitución de las penas privativas de libertad).

Ya la circular 2/2006, con fundamento en el ATC 132/2006, de 4 de abril, introdujo matices en la interpretación de este mandato legal considerando que la prohibición aludida solo surtía efectos en el caso de que la expulsión se hubiera materializado con éxito y que, frustrada esta, los preceptos mencionados recobrarían su aplicabilidad.

El vigente art. 89 CP ha suprimido la prohibición expresa de aplicación a los penados extranjeros sin permiso de residencia de aquellos beneficios legales.

Con ello se abre la posibilidad a una doble interpretación: entender que, una vez acordado por el órgano judicial que no procede la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, no cabe otra posibilidad que el cumplimiento de aquella en un centro penitenciario en España y por lo tanto no resultan de aplicación a estos supuestos los artículos 80, 87 y 88 del CP (interpretación literal); o, siguiendo la lectura constitucional del precepto, admitir que el cumplimiento de la condena en centro penitenciario quedará circunscrito a los casos en que así proceda dada la gravedad y naturaleza del delito, pero no cuando ello implique una lesión de los derechos a la vida privada y familiar de condenado, al principio de individualización judicial de la pena y de no discriminación en la aplicación de la ley penal.

Con otra interpretación tendría mejor tratamiento el extranjero expulsado cuyo extrañamiento hubiera sido imposible de llevar a cabo (por razones siempre de naturaleza administrativa ajenas a la aplicación normalizada del derecho penal) que quien ha acreditado fehacientemente que tiene un alto grado de arraigo familiar, laboral o social en nuestro Estado.

En consecuencia, en los supuestos en los que a fin de no quebrantar el derecho a la vida privada y familiar del penado, el Juez o Tribunal hubiera decidido no sustituir la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio español, los Sres. Fiscales informarán favorablemente la aplicación de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (artículos 80 y 87 CP) a los extranjeros en situación irregular, o su sustitución de las

penas de prisión (artículo 88 del CP) si fuera procedente conforme al régimen común.

Sin embargo, cuando el Fiscal se haya pronunciado en contra de la expulsión sustitutiva por entender precisamente que, dadas la naturaleza y circunstancias del delito y del autor, debe procederse a la ejecución efectiva de la pena en España, por pura coherencia no podrá informar a favor de la suspensión de la condena (artículo 80 CP).

VI.4. Expulsión como medida sustitutiva del cumplimiento parcial de la condena.

El artículo 89. 5 CP modifica radicalmente el régimen de la expulsión parcial de las penas privativas de libertad al establecer que los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia del penado y de las partes personadas, acordarán en sentencia, o durante su ejecución, la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España, que hubiera de cumplir o estuviera cumpliendo cualquier pena privativa de libertad, para el caso de que hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena, salvo que previa audiencia del Ministerio Fiscal y de forma motivada aprecien razones que justifiquen el cumplimiento en España.

Los presupuestos subjetivos de aplicación son idénticos al de la expulsión sustitutiva íntegra de la prisión. Sin embargo, no los son los presupuestos objetivos, la iniciativa y los efectos a que da lugar.

VI.4.1. Presupuestos objetivos de aplicación.

La nueva regulación admite la expulsión como medida sustitutiva del último tramo de la condena de prisión impuesta (que se encontrare en tercer grado penitenciario o cumplidas las tres cuartas partes de la condena) aunque sea inferior a seis años.

Con ello, el legislador ha admitido la medida de expulsión del último tramo de la condena no solo para el supuesto de la imposición de condenas de prisión que excedieren del límite de los seis años, sino también para los casos en que aún siendo menor resultare inaplicable la sustitución completa de la pena privativa de libertad por impedirlo la naturaleza y gravedad del delito o delitos cometidos por el extranjero, según los criterios anteriormente señalados.

Por ello, cuando no ha sido adoptada la sustitución total de la pena privativa de libertad o ésta es igual o superior a seis años, la expulsión parcial no solo es respetuosa con los principios generales de nuestro sistema penal al evitarse la impunidad de los hechos delictivos de cierta gravedad, sino también se ha garantizado la proporcionalidad de la pena impuesta y cumplida. En efecto, si en todo caso se optara por el cumplimiento completo de la pena el interno extranjero difícilmente podría acceder a permisos, a determinados grados de clasificación y otros eventuales beneficios penitenciarios o penales derivados de su sola condición de extranjero en situación irregular lo que provocaría una situación de inferioridad con los reclusos españoles o extranjeros con permisos de residencia o estancia.

El legislador ha dado una respuesta congruente a uno de los problemas más candentes como el relativo al denominado "acumulación de condenas" (prisión y expulsión), conforme al cual algunas Audiencias Provinciales

en el caso de haber optado por el cumplimiento en centro penitenciario -en aplicación del apartado primero del artículo 89 CP-, sin embargo, en la propia sentencia decidían que procedía la expulsión cuando el reo hubiera cumplido la mitad de la condena (vide, STS 853/2010).

Tras la nueva redacción esa posibilidad queda vedada, pues el apartado 5 del artículo 89 CP comprende todos los casos posibles. Bajo la cobertura de la locución que hubiera de cumplir o estuviera cumpliendo cualquier pena privativa de libertad, se comprende tanto los supuestos de cumplimiento por haberse adoptado esa decisión aunque la pena sea inferior a seis años (artículo 89.1 CP), como cuando fuera imposible dicha opción por haber sido condenado a una pena igual o superior a seis años.

No cabe opción a la expulsión parcial en ningún caso salvo que el condenado hubiera sido clasificado en tercer grado o hubiera cumplido las tres cuartas partes de la condena, y siempre previa petición del Ministerio Fiscal.

Cuestión distinta es que el juzgador en aplicación del artículo 36.2 CP haya decidido en sentencia ordenar que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta según las reglas que ese precepto previene (potestativa en penas privativas de libertad superiores a cinco años o preceptiva en los casos de los delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II. de este Código, Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal, Delitos del artículo 183, Delitos del Capítulo V del Título VIII del Libro II de este Código, cuando la víctima sea menor de trece años) que, incluso, puede ser dejada sin efecto en el primer caso por el Juez de Vigilancia (artículo 36.2 párrafo final).

VI.4.2. La expulsión sustitutiva a instancia del Ministerio Fiscal.

En efecto, tras la reforma de 2010, la expulsión de los presos extranjeros no residentes legales en España que hayan accedido al tercer grado penitenciario o hayan cumplido las tres cuartas partes de la condena, cualquiera que sea el momento en que se adopte (en sentencia o en ejecución), solo puede ser acordarse por el Juez o Tribunal a instancia del Ministerio Fiscal, previa audiencia del penado y de las partes personadas. Sin embargo, la expulsión previamente acordada puede ser revocada por el mismo Juez o Tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, cuando motivadamente aprecie razones que justifiquen el cumplimiento en España.

Por imperativo legal, solo el Ministerio Fiscal, no las eventuales partes acusadoras, puede instar la expulsión sustitutiva parcial. Su fundamento; obviamente deriva de que el Ministerio Fiscal no es una parte más, sino un órgano del Estado que tiene encomendada una función pública de relevancia constitucional (artículo 124 CE), al que se le ha atribuido esa competencia de conformidad con el principio de libertad de configuración de las instituciones que le corresponde al legislador (Vide, ATC 467/2007, de 17 de diciembre).

El órgano jurisdiccional -previa audiencia del condenado y demás partes- puede denegar motivadamente la petición del Fiscal por concurrir razones que justifiquen el cumplimiento en España. En todo caso, está vedada la expulsión por el Juez de Vigilancia, pues la ley atribuye directamente a la competencia del Juez o Tribunal sentenciador.

Por regla general, los Sres. Fiscales, en sus escritos de acusación provisional o en conclusiones definitivas, deberán promover la indicada expulsión sustitutiva cuando de resultas de la instrucción o del juicio puedan ser valorados y acreditados los requisitos objetivos y subjetivos de aplicación, ya se trate del enjuiciamiento de hechos que llevan aparejadas condenas inferiores o superiores a seis años de privación de libertad.

También la podrán solicitar durante la ejecución, cuando así lo interese el propio condenado con informe penitenciario sobre su cercana clasificación en tercer grado, o resulte que está próximo a cumplir las tres cuartas partes de la condena y no hubiera circunstancias penitenciarias que lo impidieran, o porque hubieran llegado a conocimiento del Fiscal hechos o circunstancias relevantes que no pudieron ser tomadas en consideración en el momento de elevarse a definitivas las conclusiones provisionales.

Sin embargo, la decisión de no expulsar a los presos extranjeros que hayan accedido al tercer grado penitenciario o hayan cumplido las tres cuartas partes de la condena, puede ser decidida de oficio por el juez o tribunal —generalmente a instancia del condenado-, previa audiencia del Ministerio Fiscal. Los Sres. Fiscales no se opondrán a tal petición, e incluso nada impide que la promuevan, cuando hayan cambiado las circunstancias personales del penado durante su estancia en prisión, ya sea por motivo de la adquisición de la residencia legal de cualquier tipo, por las relativas a las condiciones de arraigo, o por causas de naturaleza objetiva como son la imposibilidad de poder llevarse a efecto por riesgo para su vida, conflicto armado, no concesión de visado, etc.

VI.5. Quebrantamiento de la expulsión.

Dispone el artículo 89.4 CP que si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas. No obstante, si fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

Se modifican las consecuencias del quebrantamiento de la prohibición de regreso a España que antes solo implicaban la devolución al país de origen (y reinicio del cómputo del plazo de prohibición de entrada). Ahora son diferentes según que el extranjero que desobedece la prohibición sea habido en frontera o ya dentro del territorio español.

En el primer caso las consecuencias serán las mismas que antes de la reforma, es decir, se procederá a su devolución gubernativa. En el segundo caso, los efectos jurídicos consistirán en el cumplimiento de la pena privativa de libertad que hubiera sido sustituida. Se trata de una norma especial que fija el contenido del quebrantamiento de esta medida de seguridad, impidiendo la aplicación del artículo 468.2 CP. Si no fuera así se llegaría al absurdo de hacer depender la existencia del delito de quebrantamiento de condena de una circunstancia aleatoria como es la de ser interceptado o no en frontera.

VI.6. Régimen transitorio.

La posibilidad abierta por la ley orgánica 5/2010 de expulsión en fase de ejecución, no permite la posibilidad de la expulsión judicial en dicha fase a personas extranjeras ya sentenciadas antes del 23 de diciembre de 2010 en

contra de la voluntad del reo.

La STS 748/2006 al analizar la posible aplicación con efectos inmediatos del llamado periodo de seguridad a sentenciados por hechos anteriores al día de la entrada en vigor -2 de julio de 2003- de la LO 5/2003, de 27 de mayo, entendió que la aplicación con efectos inmediatos de ese periodo de seguridad entrañaba una aplicación retroactiva que, al ser perjudicial para el reo, solo se justificaba por la expresa previsión de una disposición transitoria ad hoc que se reputaba inexistente. La LO 5/2010 no la contiene.

Cuestión distinta es que hubiera que revisar la sentencia como consecuencia de que la nueva penalidad prevista para el delito por el que fue condenado el extranjero fuera inferior a la prevista en la legislación anterior (por ejemplo, delitos contra la salud pública, modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud). Cuando se opta por la aplicación de la nueva ley, se hace en sentido absoluto, sin poder seleccionar aquellos aspectos más beneficiosos de la antigua y de la moderna (Disposición Transitoria Primera núm. 2 LO 5/2010, para la determinación de cuál sea la ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas del Código actual y de la reforma contenida en esta Ley).

En los casos de quebrantamiento de la prohibición de entrada dictada en condenas anteriores a la entrada en vigor de la LO 5/2010, a salvo obviamente la doctrina acabada de señalar, el régimen aplicable será el del texto derogado, de tal manera que si la prohibición de entrada se impuso antes del 23 de diciembre de 2010 y el penado vuelve a España vigente tal prohibición, la consecuencia jurídica será la de la devolución inmediata (expulsión en la terminología legal) al país de origen y no el cumplimiento de la pena en España.

VI.7. Las consecuencias de la aplicación del art. 89 CP a extranjeros sancionados administrativamente.

Si la pena privativa de libertad ha sido sustituida por la expulsión del territorio español, así como cuando se ha decidido expresamente el cumplimiento de la pena en centro penitenciario en España, el extranjero quedará sujeto a la resolución emanada de la jurisdicción penal, toda vez que el art. 89 CP se refiere única y exclusivamente a los extranjeros condenados a penas privativas de libertad.

Cuando 'el extranjero ha sido condenado a pena no privativa de libertad, como multa o trabajos en beneficio de la comunidad, y respecto del mismo ha recaído paralelamente decreto de expulsión en aplicación del artículo 57.7 LOEX, la Circular 2/2006 ordenaba a los Sres. Fiscales promover las actuaciones necesarias para que "en los supuestos en los que cuando por haberse iniciado las sesiones del juicio oral no sea posible aplicar el art. 57.7 LE y simultáneamente cuando por la índole de la pena impuesta no sea aplicable el art. 89 CP, la ejecutoria se tramite con la mayor celeridad de forma que la ejecución de la pena impuesta (multa, trabajos en beneficio de la comunidad, localizaciones permanentes) no se convierta en un obstáculo para la expulsión administrativa, cuando ésta sea procedente. El objetivo debe ser el de que la ejecución de la pena no privativa de libertad o de la pena impuesta por una simple falta no se torne en obstáculo para la ejecución de una posible expulsión gubernativa".

Este criterio debe ser sometido a revisión porque ha conducido a resultados que distorsionan la coherencia del ordenamiento jurídico ya que por una parte se impide la ejecución de la resolución administrativa por haberse

impuesto al extranjero una pena no privativa de libertad y, por otra parte, porque al tratarse de una pena de esta naturaleza no cabe acordar la expulsión sustitutiva prevista en el art. 89 del CP.

De esta manera la comisión de hechos delictivos de escasa . trascendencia y la imposición de una pena privativa de derechos, en no pocas ocasiones en juicios rápidos, se ha convertido en un mecanismo de permanencia en España del extranjero expulsado administrativamente. Así se ha llegado a la curiosa situación de que la pena y su cumplimiento se han convertido en formas de permanencia en España, quebrantando así de manera radical el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto.

En tales supuestos, de haberse dictado resolución administrativa de expulsión respecto del extranjero condenado, habrá que entender que no existe obstáculo procesal a la materialización de la expulsión administrativa dado que tales condenas a penas no privativas de libertad caen fuera del ámbito de aplicación art. 89 del CP, quedando expedita la vía administrativa sujeta al control en su caso, de la jurisdicción contencioso-administrativa.

VII. CONCLUSIONES

DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS (ARTÍCULO 177 BIS CP)

PRIMERA.- La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio ha incorporado al Libro II del Código Penal el nuevo Título VII bis que, integrado únicamente por el artículo 177 bis, tipifica el delito de trata de seres humanos, incluyendo dos entidades criminológicas que, aunque tienen por objeto común el desplazamiento, migración o movimiento territorial de personas, deben ser perfectamente diferenciadas: la trata de seres humanos o de personas (trafficking in human beings; trafficking in persons; traite des êtres humains) y el contrabando de migrantes (smuggling of migrants). Ambos son delitos de tráfico de personas por cuanto exigen circulación o movimiento territorial de personas por cualquier procedimiento de transporte, pero mientras la ilicitud del tráfico, en el caso del delito de trata deriva de la utilización de unos determinados medios tendentes a la explotación del ser humano, en el caso del contrabando la ilicitud del tráfico está vinculada limitadamente a la introducción ilegal de la persona en un Estado del que no es nacional.

Los Sres. Fiscales adaptaran su actuación en la aplicación de dicho artículo 177 bis CP, a las pautas que se establecen en el cuerpo de la presente Circular, en particular las que sintéticamente se expresan en las siguientes conclusiones.

SEGUNDA.- El tipo básico del artículo 177 bis CP relaciona con carácter alternativo la violencia, la intimidación, el engaño, o el abuso de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima. Los medios comisivos son alternativos en el sentido de que cualquiera de ellos es suficiente para integrar el delito de trata en cada una de sus fases. Pero ello no supone que deba permanecer el mismo durante todo el proceso. Al contrario, cada conducta típica puede llevarse a cabo a través de un medio distinto, se puede captar con engaño y alojar con violencia.

TERCERA.- Las diversas modalidades de abusos (de una situación de superioridad, de necesidad o de

vulnerabilidad de la víctima), comprenden aquellas relaciones de prevalimiento del sujeto activo derivadas bien de una situación de superioridad respecto a ella, bien en un estado de necesidad en el que ésta se encuentra (penuria económica, drogodependencia, etc.) bien de su específica vulnerabilidad (por razón de su corta edad, enfermedad u otra condición similar).

CUARTA.- El delito de trata de seres humanos es un delito de tendencia que se consuma sin necesidad de que los tratantes hayan logrado el efectivo cumplimiento de sus propósitos. Si se han alcanzado, el delito del artículo 177 bis CP entraría en concurso con cualquiera de los delitos consumados.

QUINTA.- El artículo 177 bis CP describe las tres modalidades específicas de trata, también de manera alternativa. Por ello, basta que se acredite la existencia de uno de dichos fines para que el delito se produzca. Por el contrario, si se llegara a acreditar la concurrencia de más de un fin, ello no daría lugar a la apreciación de una pluralidad de delitos de trata.

SEXTA.- La finalidad de la imposición de trabajo o servicios forzados ha de estar dirigida a imponer a la víctima la realización de cualquier actividad o servicio contra su voluntad.

SÉPTIMA.- La esclavitud debe ser entendida como estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos. La persona esclavizada puede ser utilizada para la realización de cualquier actividad lucrativa o no. Si la persona ha sido tratada con la intención de ser utilizada como mero objeto sexual por el propio tratante no nos hallaríamos ante un supuesto del apartado b) del núm. 1 del artículo 177 bis CP (explotación sexual), sino ante un caso específico de fines de esclavitud sexual

OCTAVA.- La servidumbre tiene que ver esencialmente con la servidumbre por deudas, es decir cuando el afectado se somete a la situación de dominación como único medio de satisfacer las deudas con el tratante. En esta categoría se encontrarían los supuestos de captación de jóvenes extranjeras para el ejercicio de la prostitución consentida en España, es decir de aquellas mujeres que, o bien ya ejercían la prostitución en su país de origen, o bien ya se les advirtió que ese era el "trabajo" a realizar en España.

NOVENA.- La mendicidad integra uno de los fines de la trata cualquiera que sea el sexo, edad o capacidad física o psíquica de la víctima. Si además se hubiesen efectivamente utilizado a menores e incapaces en el ejercicio efectivo de la mendicidad una vez alcanzado el lugar de destino entraría en concurso con el delito del artículo 232. 1 CP (en su caso con el delito del apartado segundo del mismo precepto de haberse empleado para esa efectiva utilización, violencia, intimidación o se les suministrare sustancias perjudiciales para la salud). Sin embargo, los supuestos de tráfico de menores con fines de mendicidad (artículo 232.2 CP) evidentemente pueden quedar comprendidos en el delito de trata -siendo menores no es necesaria la concurrencia de los medios comisivos-, dando lugar a un concurso aparente de normas con el artículo 177 bis CP, a resolver de conformidad con el artículo 8. 4 CP, castigándose solo por el delito de trata (criterio de alternatividad).

DÉCIMA.- En el término "explotación sexual" se está comprendiendo cualquier actividad sexual que pudiera integrarse en el ámbito de la prostitución coactiva, el alterne, los masajes eróticos, cualquier otra práctica de naturaleza erótico-sexual como la participación en espectáculos exhibicionistas ("strip tease") y la pomografía

que abarcaría cualquier actividad dirigida a la confección de material audiovisual en el que con finalidad de provocación sexual, se contengan imágenes o situaciones impúdicas todo ello sin perjuicio de que, en esta materia las normas deben ser interpretadas de acuerdo con la realidad social, como impone el art. 3.1 del Código civil.

UNDÉCIMA.- El ánimo de lucro es consustancial con el concepto de explotación sexual. La ganancia económica puede ser fija, variable o a comisión, pero es preciso, en cualquier caso, que se trate de un beneficio económico directo.

DUODÉCIMA.- Si la explotación sexual ha sido efectivamente llevada a cabo a través de la prostitución coactiva, el delito de trata entrará en concurso con el delito del artículo 188. 1 CP -en el caso de personas mayores de edad- o con el artículo 188. 2 o 3 CP, si fueran menores de dieciocho o trece años respectivamente. Del mismo modo, si la actividad efectivamente desarrollada en el caso de menores o incapaces necesariamente sometidos al proceso de trata fuera el explotarlos sexualmente -es decir con ánimo de lucro- a través de su utilización con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico se producirá un concurso de delitos con el artículo 189 del CP.

DECIMOTERCERA.- La trata de seres humanos con fines de extracción de órganos implica la incorporación al proceso de trata de la propia persona afectada para extraerle sus órganos corporales. Normalmente la extracción del órgano se realizará para ser posteriormente traficado o trasplantado, pero la redacción del artículo 177 bis CP no excluye otras posibilidades.

DECIMOCUARTA.- Al incorporarse al Código Penal el nuevo artículo 156 bis CP, en el que se tipifica el tráfico ilegal de órganos, se produce un concurso de normas con el art. 177 bis a resolver por el criterio de la alternatividad (artículo 8.4 CP), procediendo la aplicación del artículo 177 bis CP -además de los supuestos en que el fin de la extracción no tuviera como objetivo el tráfico ilegal de órganos- cuando el órgano extraído no fuera principal. En estos casos, una vez practicada la extracción -fase de agotamiento- el delito de trata entrará en concurso con el delito de lesiones o contra la vida, según el resultado efectivamente producido.

DECIMOQUINTA.- El tipo cualificado "grave peligro a la víctima" exige generar una situación de riesgo cierto y de lesión para la vida, salud o integridad física o psíquica de la víctima en cualquiera de las fases en que se desarrolla el proceso de trata. No será posible aceptar que esa misma circunstancia sea valorada dos veces para exacerbar la pena del delito de trata y del delito de favorecimiento de la inmigración clandestina (artículo 318 bis CP) en el caso de que entraran en concurso.

DECIMOSEXTA.- Si con ocasión del episodio de trata —normalmente por la manera de llevarse a efecto el transporte- se produce la muerte o graves lesiones de la víctima ya no será de aplicación esta circunstancia calificadora, sino el tipo básico de trata en concurso ideal con el delito de resultado correspondiente.

DECIMOSÉPTIMA.- El tipo cualificado derivado de la minoría de edad de la víctima será aplicable cuando el tratante haya sometido al menor de edad utilizando cualquiera de esos medios comisivos previstos en el tipo básico. No será posible aceptar que esa misma circunstancia sea valorada dos veces para exacerbar la pena

del delito de trata y del delito de favorecimiento de la inmigración clandestina (artículo 318 bis CP) en el caso de que entraran en concurso.

DECIMOCTAVA.- El tipo cualificado consistente en que la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, discapacidad o situación, no es posible fijar todos los supuestos que en la realidad pueden darse, pero sí hay que llamar la atención de que necesariamente deben ser otros distintos de los que han podido ser tomados en consideración para configurar el tipo básico.

DECIMONOVENA.- El núm. 5 del artículo 177 bis CP "delito cometido por la autoridad, sus agentes o funcionarios" se configura a modo de un delito especial impropio por la cualidad personal del sujeto activo del delito, toda vez que exige que la autoridad, sus agentes, o funcionarios realicen los hechos -del tipo básico del delito de trata- de tal manera que si su participación fuera meramente accesoria, solo podrían ser perseguidos como cómplices del tipo básico común.

VIGESIMA.- Para apreciar la reincidencia internacional es imprescindible que consten en las actuaciones una certificación autenticada de la sentencia extranjera en donde figure la fecha de su firmeza, todas las circunstancias fácticas y delito por el que se dictó la condena, la pena o penas impuestas, y la fecha en la que el penado las dejó efectivamente extinguidas; así como la certificación (en su caso, prueba de derecho extranjero) por el que se acredite la falta de cancelación de los antecedentes penales. Para ello, los Sres. Fiscales promoverán la utilización de todos los mecanismos de cooperación jurídica internacional, y, en su defecto el auxilio judicial internacional (artículo 193 LECrim).

VIGESIMO PRIMERA.- La regla del párrafo 9 del ad 177 bis CP define un concurso de delitos —normalmente medial del artículo 77.1 CP- entre el tipo básico de delito de inmigración clandestina y el que corresponda del delito de trata de seres humanos, pues es imposible delimitar un solo subtipo cualificado del artículo 318 bis CP que no se encuentre contemplado en cualquiera de los subtipos agravados del delito de trata.

VIGESIMO SEGUNDA.- El núm. 11 del artículo 177 bis CP está referido a aquellos supuestos en que -sin que concurren todos los requisitos configuradores del estado de necesidad o, según los casos, del miedo insuperable- se ha producido una importante, patente y objetiva limitación del dominio de la voluntad de la víctima, que por su situación de sometimiento se ve compelida a realizar los delitos ordenados por el tratante. La aplicación de esta exclusión punitiva deberá estar presidida por el principio de proporcionalidad. Deberá estimarse proporcional y, por tanto, que las víctimas queden exentas de la responsabilidad penal en relación con los delitos cometidos para facilitar su migración fraudulenta o subrepticia, especialmente los relativos a las falsedades documentales.

DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS

PRIMERA.- Los Sres. Fiscales adaptarán su actuación en este ámbito a los criterios que se establecen en el cuerpo de la presente Circular, en particular a las conclusiones que seguidamente se expresan.

SEGUNDA.- El art. 318 bis del CP continúa manteniendo un tratamiento jurídico penal unificado entre el delito

de tráfico ilegal de migrantes y el delito de favorecimiento de la inmigración clandestina que es de naturaleza marcadamente formal. La ilegalidad del tráfico o la clandestinidad de la inmigración constituyen, elementos normativos del tipo que deben ser integrados por el artículo 25.1 LOEX regulador de los requisitos de entrada en territorio español de los extranjeros no comunitarios.

TERCERA.- La ilegalidad o clandestinidad podrá revestir la modalidad de subrepticia cuando la entrada en España no se realiza por los puestos habilitados al efecto. En tal caso lo decisivo es la elusión del control efectivo y directo de las autoridades administrativas llevado a cabo en los puestos fronterizos. Por ello es irrelevante el dato del lugar concreto desde el que partió el inmigrante -territorio español o no- si su residencia habitual fuera en el extranjero. Se realiza el tipo penal -promoviendo o facilitando el tráfico ilegal de personas- aunque sea desde la ciudad de Ceuta o de Melilla.

CUARTA.- La segunda modalidad de ilegalidad o clandestinidad se produce cuando la entrada en España se realiza a través de los puestos fronterizos de manera fraudulenta, valiéndose el individuo de cualquier tipo de artificio para ocultar a las autoridades la finalidad ilícita, como son el uso de documentación falsa, la utilización de documentación -físicamente genuina-pero que no responde a la realidad de las cosas, o conseguida mediante fórmulas autorizadas de ingresos transitorios en el país (como los visados de estancia de corta duración) con fines de permanencia.

QUINTA.- El bien jurídico protegido en este precepto es doble: de un lado, el interés del Estado en el control de los flujos migratorios y, de otro, la protección de los derechos de la persona del migrante que, dada su posición de especial vulnerabilidad derivada de su situación de irregularidad en España, puede ser gravemente discriminatoria en relación con los que se encontraran regularmente.

SEXTA.- El principio de proporcionalidad exige que la sanción penal quede reservada para los ataques al bien jurídico protegido que sean realmente graves o que, al menos, revistan una cierta entidad. El principio de taxatividad exige una acción que, desde una observación objetiva, y en relación a su propia configuración, aparezca dotada de una mínima posibilidad de afectar negativamente al bien jurídico.

SÉPTIMA.- Cualquier acción prestada al inicio o durante el desarrollo del ciclo emigratorio o inmigratorio y que auxilie a su producción en condiciones de ilegalidad, está incluida en la conducta típica, quedando comprendido en el comportamiento punible el hecho mismo del transporte, su organización, su realización o incluso la posterior acogida en España en connivencia con quienes participaron o prepararon el viaje correspondiente.

OCTAVA.- El empleo de los verbos -promover, favorecer, facilitar- dificulta la consideración de formas de responsabilidad distintas de la autoría. Solo en supuestos muy excepcionales de aportaciones intrascendentes con auxilio escasamente efectivo o de mínima colaboración es posible la imputación a título de complicidad.

NOVENA.- No será punible el hecho aislado de acoger o albergar a inmigrantes clandestinos mientras tratan de regularizar su situación o sustraerse a la fiscalización de los agentes de inmigración o policiales, si esta conducta aparece desconectada de cualquier acto de colaboración con los que organizan y dirigen la entrada ilegal o que sirva de estructura previamente convenida de alojamiento.

DÉCIMA.- El tipo básico del artículo 318 bis CP es un delito esencialmente doloso que no admite la comisión por imprudencia. El dolo debe comprender el sentido o finalidad perseguida por su conducta -de promoción, favorecimiento o facilitación- y la conciencia de la ilicitud del desplazamiento de las personas a las que afecta, sin que sea preciso que concurra ninguna otra finalidad o móvil espurio distinto -como el ánimo de lucro- que de existir daría lugar a la aplicación del subtipo agravado.

UNDÉCIMA.- El delito se consuma por la realización de los actos de promoción, favorecimiento o facilitación directa o indirecta del tráfico ilegal o de la inmigración clandestina, sin exigir que se consiga la llegada a territorio español de los extranjeros, su estancia, su residencia o la obtención de puesto de trabajo por los mismos.

DUODÉCIMA.- Los tribunales españoles tienen potestad jurisdiccional para conocer del delito de tráfico ilegal de personas transportadas en embarcaciones con destino a España aunque hubieran sido localizadas fuera del mar territorial español. La competencia territorial corresponderá a los Tribunales que estuvieran ubicados en el lugar del destino migratorio, esto es aquél territorio en que, según la representación del hecho por su autor, debería producirse el resultado.

UNDÉCIMA.- Hay unidad de delito de tráfico ilegal aunque sean varias las personas afectadas. Cuando la actividad del acusado favorecedora de la inmigración clandestina de una pluralidad de personas se haya realizado en distintos actos y momentos sin solución de continuidad durante un periodo de tiempo más o menos largo no es posible apreciar la continuidad delictiva, salvo en el caso de que se hubiera producido una interrupción del actuar delictivo de los acusados que pudiera justificar, mediante la renovación de las conductas delictivas, una punición por separado de los distintos supuestos de inmigración clandestina.

DECIMOTERCERA.- El tipo cualificado de minoría de edad de la víctima abarcará el dolo eventual predicable de quien asume la actuación sin cerciorarse de manera más cierta de la edad de la persona cuya ilegal inmigración favorece. Sin embargo cuando el menor acompaña a cualquiera de sus padres o familiares cercanos en el episodio inmigratorio no es aplicable esta circunstancia agravatoria toda vez que no hay riesgo concreto de lesión de los derechos del niño al estar amparado por sus progenitores.

DECIMOCUARTA.- La realización de conductas favorecedoras de la inmigración clandestina por parte del funcionario público puede consistir tanto en conductas desarrolladas en la propia frontera no oponiéndose al pase del inmigrante, como cuando este colabora en la tramitación fraudulenta o falsaria de expedientes dirigidos a obtener permisos de entrada o residencia en España de extranjeros no residentes en territorio nacional. En estos casos, además de realizar la conducta típica de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previsto y penado en el artículo 318 bis apartado 1º, 2º, 3º (en su caso continuado, en relación con el art. 74 CP), se produciría un concurso medial del artículo 77.1 CP con un delito de cohecho previsto y penado en el art. 423.1 CP, y, en su caso con el delito de falsedad del artículo 390 CP.

DECIMOQUINTA.- El subtipo privilegiado del artículo 318 bis 5 CP debe ser apreciado en todo caso cuando exista un vínculo de parentesco entre el autor del delito y la víctima, sin que concurra otra intención que colaborar con el familiar a petición de la víctima o en su beneficio. Podrá ser apreciado, según las circunstancias concurrentes, cuando 'el autor haya participado en la acción como medio para lograr su propia inmigración. Por

el contrario, no puede ser apreciado en relación con los agentes de la autoridad corrompidos o cuando queda acreditada la intención de realizar nuevos hechos de idéntica naturaleza.

DELITO DE PROSTITUCIÓN COACTIVA

PRIMERA.- Corresponderá a los Sres. Fiscales Delegados de Extranjería el seguimiento específico de los delitos tipificados en el artículo 188 CP, adaptando su actuación a las pautas que se establecen en el cuerpo de la presente Circular, en particular a las que sintéticamente se expresan en las siguientes conclusiones.

SEGUNDA.- El término prostitución no implica necesariamente la consumación de relaciones sexuales completas. Puede abarcar las denominadas actividades de alterne o los llamados masajes eróticos. Sin embargo, ni social ni jurídicamente el concepto de prostitución se corresponde con otras prácticas de naturaleza erótica como la pornografía y los espectáculos exhibicionistas que se encuentran directamente tipificados en el artículo 189 Código Penal y que pueden encajar en el concepto más amplio de explotación sexual al que se refiere el N° 2 del artículo 318 bis CP y ahora el artículo 177 bis CP.

TERCERA.- El sujeto pasivo del delito pueden serlo tanto mujeres como hombres, mayores y menores de edad, comprendiendo, además, tanto las formas heterosexuales como homosexuales.

CUARTA.- Al ser la libertad sexual el bien jurídicamente tutelado, de titularidad individual y naturaleza personalísima, no cabe la aplicación de la continuidad delictiva. Habrá tantos delitos como personas hayan sido coactivamente prostituidas.

QUINTA.- El verbo rector del tipo castigado en el artículo 188.1 CP es determinar, por tanto, se trata de un delito de resultado y no de mera actividad por lo que si efectivamente no llegó a realizarse ningún acto de prostitución cabe su apreciación en grado de tentativa.

SEXTA.- No hay determinación coactiva de la prostitución cuando la víctima voluntariamente viene a nuestro país con la decisión y conocimiento de ejercer la prostitución. No obstante en estos casos, sin perjuicio de la posible comisión de un delito de explotación laboral -por imponérseles unas condiciones de ejercicio de la prostitución sumamente gravosas (horarios, remuneración, servicios especiales, pagos excesivos por alojamiento, sistema disciplinario etc.)- cabe que se produzca el delito de prostitución en su segunda modalidad, cuando los medios coactivos, intimidatorios o abusivos son utilizados para obligarla a mantenerse en su ejercicio.

SÉPTIMA.- La necesidad de respetar la prohibición del bis in idem lleva a que la determinación coactiva de la prostitución -artículo 188.1 CP- absorba las manifestaciones menores de restricción deambulatoria ínsitas en el comportamiento previsto en aquel tipo, pero se debe apreciar el concurso de delitos con la detención ilegal tipificada en el artículo 163 CP cuando se alcanza una situación de encierro o privación física de libertad de las víctimas, es decir, de internamiento forzado en un lugar del que no pueden salir por sí mismas, así como cuando, atendiendo a las circunstancias, se les autorizan salidas acompañadas y vigiladas. Acreditada la existencia autónoma de tantos delitos de detención ilegal como personas hayan sido privadas de libertad

entrarán en relación de concurso —real o instrumental-con el delito o los delitos de prostitución coactiva.

OCTAVA.- El delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual, por su propia configuración suele ser preparatorio del delito de prostitución coactiva, pues a través de ella se materializa aquella intención. Existe pues un concurso instrumental de delitos que deberán ser penados aplicando la regla establecida en el artículo 77.1 CP cuando la víctima de trata de seres humanos haya sido compelida a prostituirse

NOVENA.- El delito contemplado en el inciso segundo del apartado primero del artículo 188 CP referido al "que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma" exige la concurrencia de los siguientes requisitos: a) que los rendimientos económicos se deriven de la explotación sexual de una persona que se halle mantenida en ese ejercicio mediante el empleo de violencia, intimidación, engaño o como víctima del abuso de superioridad o de su situación de necesidad o vulnerabilidad; b) que quien obtiene el rendimiento económico a costa de la explotación sexual ajena sea conocedor de las circunstancias que determinan a la persona prostituida a mantenerse en el ejercicio de la prostitución; c) que la ganancia económica —sea fija, variable o a comisión-pero es preciso, en cualquier caso, que se trate de un beneficio económico directo; d) que la percepción de esa ganancia sea fruto de algo más que un acto aislado o episódico. Esa reiteración es exigible=tanto en la persona que ejerce la prostitución como en aquella otra que se lucra con su ejercicio.

DÉCIMA.- Es preciso diferenciar entre los delitos de favorecimiento de la prostitución de un menor o incapaz (artículo 187 CP) y prostitución coactiva de un menor de edad o incapaz. El delito del artículo 187 a diferencia del delito del art. 188 es un delito de mera actividad, pues los verbos "inducir", "promover", "favorecer" y "facilitar" que en él se emplean denotan "conductas que, aun estando orientadas a la consecución de un determinado propósito, agotan su propia entidad aunque el mismo no se alcance".

UNDÉCIMA.- Las víctimas del delito de prostitución coactiva así como las que han sido objeto de trata de seres humanos deben ser indemnizadas convenientemente de manera proporcionada al daño moral causado. Los Sres. Fiscales deberán prestar cuidado y atención preferente señalando en sus escritos de acusación las bases fácticas sobre las que asentará la petición indemnizatoria concreta que necesariamente solicitará en sus calificaciones, y que comprenderá no solo los daños morales sufridos, sino también cualquier gasto derivado de la necesaria cobertura asistencial, incluidos los que originen la repatriación a su residencia de origen cuando así lo solicite y convenga a los intereses de la víctima.

DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS

PRIMERA.- Aunque los delitos tipificados en el artículo 312.2 CP son manifestaciones de la explotación del hombre por el hombre, el bien jurídico protegido no tiene naturaleza subjetiva, sino múltiple y compleja, toda vez que concurren no solo los intereses del trabajador afectado sino también los del propio Estado en el mantenimiento del régimen jurídico de las relaciones laborales impidiendo que se produzcan situaciones de explotación.

Los Sres. Fiscales adaptaran su actuación en este ámbito a las pautas que se establecen en el cuerpo de la

presente Circular, en particular a las que sintéticamente se expresan en las siguientes conclusiones.

SEGUNDA.- La explotación laboral solo comprende las situaciones de vulneración dolosa de las normas imperativas reguladoras de las relaciones laborales. Las condiciones impuestas al trabajador han de ser especialmente gravosas y perjudiciales evidenciando una situación de verdadera explotación y falta de respeto de la dignidad del trabajador, »lo que siempre ocurrirá cuando el trabajo sea forzado o coactivamente impuesto. Cuando las condiciones impuestas no llegan a producir un atentado a la dignidad del afectado —aunque lesionen determinadas normas de derecho necesario laboral- las conductas perseguidas quedan extramuros del derecho penal.

TERCERA.- Al tratarse de la violación de disposiciones de carácter necesario es indiferente que el trabajador haya prestado o no su consentimiento a las condiciones laborales impuestas.

CUARTA.- Sujeto activo del delito puede ser cualquier persona física capacitada para realizar de iuris o de facto una contratación laboral, es decir como empleador individual o como representante, apoderado, gestor, o factor de una persona jurídica, o la propia persona jurídica en cuyo caso, de conformidad con el artículo 318 CP, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello. En estos supuestos la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código.

QUINTA.- Es indiferente que el contrato de trabajo que vincula al sujeto pasivo con su víctima sea escrito o verbal, que dicha relación sea lícita o viciada de nulidad como ocurre con las relaciones consentidas de prostitución o las actividades de alterne.

SEXTA.- Dada la diversidad de bienes jurídicos tutelados en los artículos 312.2 y 188.1 CP, no es posible establecer una relación de consunción entre el artículo 188.1 CP (libertad sexual) y artículo 312 CP (explotación laboral). La relación concursal ha de construirse, pues, como de delitos y no de normas, y dentro de la primera, como de concurso real.

EXPULSIÓN DE CIUDADANOS EXTRANJEROS NO RESIDENTES LEGALMENTE EN ESPAÑA COMO MEDIDA SUSTITUTIVA DE PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

PRIMERA.- Los Sres. Fiscales adaptarán su actuación en este ámbito a las pautas que se establecen en el cuerpo de la presente Circular, en particular a las que sintéticamente se expresan en las siguientes conclusiones.

SEGUNDA.- Tanto la expulsión sustitutiva de la condena en su integridad (apartado primero del artículo 89 CP) como la parcial (apartado quinto del artículo 89 CP) solo pueden ser impuestas a los extranjeros no residentes legalmente en España, esto es, aquellos extranjeros que carecen de un permiso administrativo de residencia en territorio español.

TERCERA.- Los ciudadanos extranjeros sometidos al régimen común de la Ley Orgánica 4/2000, que pueden

ser expulsados al amparo del artículo 89 CP por carecer de permiso de residencia, son: a) cualquier ciudadano extranjero que se hubiera introducido en territorio nacional de manera subrepticia o fraudulenta al margen de los controles establecidos por las autoridades incumpliendo con los requisitos y formalidades previstas en los artículos 25 y siguientes de la Ley Orgánica 4/2000 (ciudadanos extranjeros en situación de irregularidad); b) los que solo tuvieran reconocido un derecho de tránsito; c) los que fueran titulares de un permiso de estancia (permanencia en territorio español por un período de tiempo no superior a 90 días); d) los que teniendo inicialmente autorizada su permanencia en territorio nacional a título de residencia hubieran perdido su derecho por cualquiera de las causas previstas en la Ley, ya sea por no haber obtenido la correspondiente prórroga, haber caducado su derecho o por haber sido debidamente expulsado judicial o administrativamente.

CUARTA.- Constituye prueba de la situación de residencia legal la tenencia de una Tarjeta de Identidad de Extranjero -genuina y en vigor- que el extranjero tiene el deber de llevar consigo, o la certificación del Registro Central de Extranjeros en la que así se haga constar. Cuando la certificación del Registro Central de Extranjeros incorporada a la causa penal es negativa y el ciudadano extranjero reconoce carecer de la correspondiente documentación o no la presenta cuando le sea requerida por el Juzgado, concurre un principio de prueba lo suficientemente sólido para afirmar que el afectado no reside legalmente en España. En estos casos, corresponderá al extranjero la carga de aportar cualquier otro elemento probatorio lo suficientemente potente como para enervar ese principio de prueba.

QUINTA.- Si en los atestados no se hiciera mención alguna a la situación administrativa de residencia del extranjero, el Ministerio Fiscal lo reclamará al amparo de lo prevenido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículo 780. 2 o 781.1 párrafo segundo de la LECrim). Sin embargo, en los casos de enjuiciarse siguiendo los trámites de los juicios rápidos celebrados durante el servicio de guardia en los que no conste en el atestado la información sobre la situación administrativa del denunciado, se intentará obtener la oportuna certificación mediante el contacto directo con las correspondientes Brigadas Provinciales de Extranjería y Fronteras, a cuyo fin se encomienda a los Fiscales Delegados de Extranjería de cada provincia que faciliten el apoyo necesario para la agilización de las gestiones que fueran necesarias. Si finalmente ello no fuera posible, o se tratara de un juicio de faltas —cuando la carencia de datos no pudiera subsanarse mediante el interrogatorio del denunciado o las demás pruebas que se practiquen durante la vista oral-, deberá solicitarse expresamente que la decisión sobre la expulsión sustitutiva se difiera al trámite previsto en el apartado segundo del artículo 89.1 CP.

SEXTA.- Si bien los ciudadanos de la Unión Europea tienen reconocido un derecho primario e individual a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, este derecho es de configuración legal pues está sometido a las limitaciones establecidas por la Directiva 2004/38/CE que, en España, han sido recogidas por el Real Decreto 240/2007, cuyas disposiciones permiten la suspensión o limitación de tales derechos por razones de salud pública o motivos graves de orden público o seguridad pública. Por consiguiente, adquirida firmeza la sanción de expulsión o devolución, el ciudadano comunitario carece -durante el tiempo marcado en la resolución- del derecho de residencia en suelo nacional. En estos casos le podría ser aplicada la sustitución de penas previstas en el artículo 89 CP.

SÉPTIMA.- En todo caso, tendrá que probarse documentalmente (pasaporte, tarjetas de residencia comunitaria,

certificación registral) la condición de ciudadano de un Estado miembro de la Unión o de país asimilado para impedir la aplicación del artículo 89 CP.

OCTAVA.- El derecho primario e individual a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros no se extiende a los miembros de la familia de un ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo que sean nacionales de un tercer Estado, pues deberán haber obtenido —para tener la consideración de residentes legales- una tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión (artículo 8 Real Decreto 240/2007).

NOVENA.- La paternidad de un niño -menor de corta edad- español o nacional miembro de un Estado de la Unión Europea excepciona la aplicación de la expulsión sustitutiva de la pena cuando se cumplen los requisitos de convivencia, dependencia, o relación normalizada de las relaciones familiares.

DÉCIMA.- La falta de autorización de residencia es un requisito que se exige para el instante de dictarse la sentencia o, en su caso, posteriormente si se ha realizado mediante auto durante la ejecutoria (artículo 89.1 párrafo segundo). La ley no se refiere al momento de la comisión de delito. Si desde la comisión del hecho delictivo hasta su enjuiciamiento se han alterado las condiciones de residencia en España (legal a ilegal o viceversa), solo habrá que tomar en cuenta la situación en el momento de adoptarse la decisión sustitutiva o, cuando hubiera un cambio de circunstancias, incluso en el momento posterior.

UNDÉCIMA.- La posible sustitución íntegra de la condena privativa de libertad por expulsión alcanza a todas las penas privativas de libertad inferiores a seis años, esto es, de conformidad con el artículo 35 CP, no solo las penas de prisión que no superaran aquella duración, sino también las de localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. No constituye un obstáculo a esta interpretación la regla establecida en el artículo 71.2 CP (cuando por aplicación de las reglas anteriores proceda imponer una pena de prisión inferior a tres meses, ésta será en todo caso sustituida conforme a lo dispuesto en la Sección 11 del Capítulo 111 de este Título, sin perjuicio de la suspensión de la ejecución de la pena en los casos en que proceda) toda vez que la remisión abarca las propias disposiciones del artículo 89 CP, que se encuentra ubicado en esa sección, entre ellas la expulsión sustitutiva.

DUODÉCIMA.- Es injusta y desproporcionada la sustitución por la expulsión de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa o de las penas privativas de libertad impuestas por la comisión de una falta cuando la condena impuesta se funde en la comisión de hechos aislados o perfectamente delimitados que no acrediten un comportamiento del extranjero claramente hostil a nuestro ordenamiento jurídico. Por el contrario, no será desproporcionada la expulsión cuando la falta o el delito cometido sea la última de las manifestaciones indicadoras de una forma de vida patentemente contraria al orden público español -como lo acreditaría la existencia de una pluralidad de condenas por delito o faltas-, constituya un instrumento defraudatorio del régimen jurídico de la estancia y residencia de los extranjeros en España previsto y regulado en la Ley Orgánica 4/2000, o signifique un obstáculo para la ejecución de la expulsión acordada en otro procedimiento penal por delito.

DECIMOTERCERA.- En virtud de lo expuesto en la conclusión anterior, os Sres. Fiscales, evitando en todo caso aplicaciones desproporcionadas de la norma que supongan la expulsión por meras infracciones leves

aisladas, deberán solicitar la expulsión del territorio español en sustitución de la pena leve de localización permanente en los casos de faltas reiteradas que acrediten un comportamiento contrario al orden público, muy especialmente en el supuesto de la falta reiterada de hurto contemplada en el artículo 623.1 del CP, de manera que la perpetración de una falta o la reiteración de ellas no pueda redundar a favor de la situación de ilegalidad del autor, impidiendo la efectiva ejecución de las resoluciones administrativas o judiciales de expulsión recaídas en otros procedimientos.

DECIMOCUARTA.- Lo determinante para decidir la procedencia o no de la expulsión sustitutiva no será la pena abstracta señalada al delito sino la concreta pena que se ha impuesto en la sentencia. Por ello, aunque la pena señalada para el delito fuera superior al límite de los seis años, cabe la expulsión cuando, ya como consecuencia de la concurrencia de eximentes, semieximentes, circunstancias modificativas, grados de ejecución o de participación, ya como consecuencia de la utilización del arbitrio judicial autorizado por las reglas penológicas, se impusiera una pena inferior a aquél límite.

DECIMOQUINTA.- En el caso de que en la sentencia se impongan pluralidad de penas privativas de libertad, cada una de ellas inferior a seis años pero que sumadas exceden de ese límite, nada impide aplicar la expulsión sustitutoria aunque la suma de las penas supere los seis años. No obstante parece justificado que —según el número y gravedad de las penas impuestas- proceda en estos casos el cumplimiento parcial de la pena de prisión impuesta y la sustitución del último tramo de la condena por la expulsión.

DECIMOSEXTA.- Cuando concurren diferentes resoluciones, aplicando unas la expulsión judicial y otras exigiendo su cumplimiento en centro penitenciario, la pena sustituida por la expulsión pierde su naturaleza deviniendo heterogénea e imposible de refundir con las restantes penas de prisión por las que hubiera sido condenado. En consecuencia, para poder proceder a su ejecución habrá que esperar al cumplimiento de las penas refundidas o, en su caso, a la sustitución de aquellas de conformidad con el apartado 5 del artículo 89 CP (expulsión parcial de la condena).

DECIMOSÉPTIMA.- Cuando el extranjero no residente legal esté sometido a varios procedimientos penales no existe ningún obstáculo para que, una vez acordada la expulsión sustitutiva en la causa ya finalizada, concurriendo los requisitos se autorice la expulsión, conforme al art. 57.7 LOEX, por los Juzgados que estén conociendo las causas no finalizadas por sentencia.

DECIMOCTAVA.- Los Sres. Fiscales tendrán presente que la decisión sobre la aplicación del artículo 89 CP cualquiera que sea su sentido, ya se acceda o se deniegue esta medida debe ser una decisión motivada que exige la valoración tanto de las circunstancias del hecho como del culpable.

DECIMONOVENA.- Aun cuando la solicitud de expulsión del territorio español debe ser la regla general, la misma no deberá tener lugar cuando nos hallemos ante hechos de especial gravedad o que sugieran un plus de peligrosidad (empleo de violencia en las personas que entrañe una particular aflicción, vejación o riesgo para la víctima, o que se revele innecesaria para el logro de los fines del delito, tráfico de drogas salvo supuestos escasa cantidad, formas imperfectas de delitos contra las personas como homicidio, robos con empleo de armas, robos en casa habitada con toma de rehenes, trata de seres humanos, agresiones sexuales, corrupción

de menores) o cuando se encuentren vinculados a la delincuencia transnacional sea ésta mas o menos organizada. Otra circunstancia que deben considerarse integrada en el término "razones" para justificar el cumplimiento de la pena en centro penitenciario español, será la necesidad de protección de víctimas -incluso potenciales- en el país de origen.

VIGÉSIMA.- La decisión sustitutoria debe tomar en consideración el grado de integración en la sociedad española del extranjero afectado para poder decidir sobre la imposición de la expulsión sustitutiva. Habrá de valorarse el tiempo de permanencia en España especialmente cuando se trata de inmigrantes de segunda generación, esto es, quienes han nacido aquí, o inmigrantes que han llegado a nuestro país siendo niños o jóvenes y en todos estos casos, han desarrollado aquí todas sus relaciones sociales, culturales y afectivas. Otra de las variables que han de tenerse en cuenta es el llamado arraigo familiar que solo puede provenir de las relaciones con los parientes próximos entendiéndose por tales los padres, hermanos, cónyuges o parejas de hecho e hijos, siempre que estos residan legalmente en España y siempre que tales relaciones sean reales y efectivas y de mutua dependencia, unido a la falta de lazos familiares sociales o culturales con el país de origen. En cuanto al desarrollo de una actividad laboral para que esta pueda compensar la falta de residencia legal y excluir la expulsión sustitutiva debe gozar de las condiciones acreditadas de estabilidad y viabilidad para futuro, sin que sea de recibo la permanencia en España por un periodo más o menos largo de tiempo en el que el modo de vida haya sido precisamente la actividad delictiva.

VIGESIMO PRIMERA.- Para poder tomar la decisión sustitutoria debe garantizarse la existencia de un debate contradictorio, ya sobre la expulsión, ya sobre el cumplimiento de la condena en que el acusado y su defensa hayan tenido la oportunidad de alegar y probar las razones que les asistan. El requisito de audiencia se cumple independientemente de que la defensa haya hecho uso de él, pues no puede quedar condicionado a estrategias procesales o al arbitrio de la parte.

VIGESIMO SEGUNDA.- Cuando la acusación solicite la expulsión sustitutiva (en fase de conclusiones provisionales o definitivas), el Tribunal cumple con el requisito de la previa audiencia al ofrecer -en el plenario- la oportunidad de oír al acusado y a su defensa, emplazándoles para manifestar lo que a su derecho convenga, dándoles la posibilidad de proponer prueba -tras la solicitud de suspensión del juicio (artículo 788.4 LECrim)- sobre cualquier aspecto relevante que pueda incidir en la decisión, y formular las correspondientes alegaciones sobre su resultado.

VIGESIMO TERCERA.- La petición de expulsión realizada de manera clara y comprensible para el acusado permite considerar cumplido el deber de audiencia si éste ha sido debidamente citado a juicio y decide voluntariamente no comparecer, impidiendo, por propia decisión, cualquier debate contradictorio sobre la expulsión solicitada. Sin embargo, cuando por cualquier circunstancia existiera dudas sobre el efectivo conocimiento por el inculpado de la pretensión, y fuera procedente la celebración del juicio en ausencia del acusado, la práctica de la audiencia previa se verificará de la forma prevista en el párrafo segundo del artículo 89.1 CP.

VIGESIMO CUARTA.- Acreditada la falta de residencia legal del imputado, y salvo concurrencia de las

circunstancias excepcionales ya señaladas, la expulsión del territorio español en sustitución de la pena habrá de ser solicitada por los Sres. Fiscales en el escrito de calificación

En el apartado primero del escrito de acusación o calificación del Ministerio Fiscal, junto a la nacionalidad del acusado y sus datos identificativos, deberá hacerse referencia a las circunstancias de las que deriva o en las que se concreta su condición de residente ilegal, con expresión de todos los datos relevantes a tal efecto, solicitándose en el párrafo quinto de forma clara, directa y no alternativa (excluyendo expresiones como "en su caso" o "podrá") la sustitución de la pena por expulsión.

Si concurrieran razones que justificaran el cumplimiento de la pena en centro penitenciario español, deberán ser expuestas en el apartado primero, formulando tal petición de manera expresa en el párrafo quinto del escrito de acusación. Si el motivo por el que no se considera procedente la sustitución se halla en la posible lesión del derecho fundamental a la vida privada y familiar del acusado deberá mencionarse en el apartado primero del escrito de acusación, de forma sucinta, pero suficientemente comprensiva cuáles son los elementos en los que se sustenta la causa excluyente, indicando en este caso en el párrafo quinto que la pena no deberá ser, en atención a tales motivos, sustituida por expulsión.

VIGESIMO QUINTA.- Igualmente el escrito de acusación provisional deberá concretar la duración de la prohibición de regreso a España. En general los Sres. Fiscales solicitarán la prohibición de regreso entre cinco y nueve años a los penados a quienes se haya condenado a pena privativa de libertad de hasta seis años quedando reservada la prohibición de regreso de diez años a los condenados a pena privativa de libertad superior a este límite.

VIGESIMO SEXTA.- Los Sres. Fiscales solicitarán en sus escritos de acusación expresamente la aplicación de la DA 17a de la LO 19/2003 de modificación de la LO 6/85 de 1 de julio del Poder Judicial, o alternativamente el ingreso en Centro de Internamiento de Extranjeros previsto en el párrafo 6 del vigente art. 89 del CP.

VIGESIMO SÉPTIMA.- En principio el ingreso en CIE deberá quedar limitado para los extranjeros que hubieran sido condenados a penas privativas de libertad de localización permanente, responsabilidad subsidiaria por impago de multa o penas de prisión inferior a tres meses (artículo 71.2 CP) pues ninguna de ellas exigen el ingreso en Centro Penitenciario. Excepcionalmente, ponderando todas las circunstancias concurrentes, los Sres. Fiscales también podrán interesar el ingreso en CIE de aquellos condenados a penas de prisión que hubieran podido haber sido suspendidas como consecuencia de la aplicación del artículo 88 CP.

VIGESIMO OCTAVA.- Los Sres. Fiscales, al tiempo en que les sea notificado el ingreso en el CIE del extranjero condenado, deberán solicitar mediante dictamen en la ejecutoria que el juez o tribunal al menos diez días antes del plazo máximo de internamiento, salvo que conste acreditado que ya se ha materializado la expulsión, recabe urgente informe de la correspondiente Brigada Provincial del Extranjería y Fronteras a fin de que se señalen las causas o los motivos por los cuales no se ha llevado a cabo la misma.

VIGÉSIMO NOVENA.- Cuando no se solicite el ingreso en CIE los Sres. Fiscales instarán la aplicación de la Disposición Adicional 17a y el ingreso en Centro Penitenciario. En estos casos, el tiempo de ingreso en el

establecimiento penitenciario será el más breve posible y no superior a treinta días, salvo prórroga si media causa justificada. Los Sres. Fiscales analizarán en cada caso concreto la conveniencia de informar a favor de la prórroga pero deberán oponerse a la misma en el caso de cumplimiento avanzado de la condena, entendiéndose siempre por tal que alcance a las tres cuartas partes de la pena privativa de libertad. Debe considerarse como día de inicio para el cómputo de los treinta días el de ingreso del penado en el centro penitenciario o el día de recepción del mandamiento de prisión, en caso de que ya estuviera preso.

TRIGÉSIMA.- La decisión motivada de la sustitución íntegra de la pena privativa de libertad por la expulsión debe ser tomada, como norma general, en Sentencia. Sin embargo no se incurre en incongruencia omisiva si el sentido de la resolución judicial es, en aplicación del artículo 89.1 párrafo segundo, diferir la decisión a un momento posterior por la necesidad de acreditar aspectos relevantes concernientes a la situación administrativa del penado en España (documentación sobre la situación administrativa) y cuando no hay posibilidad de practicar prueba en el plenario sobre los datos, hechos o circunstancias que pudieran condicionar la expulsión cuando fueran alegados pertinentemente por el acusado o, en su caso, por cualquiera de las partes. Los presupuestos subjetivos y objetivos son los mismos que han de darse para el caso de que la decisión de sustitución de la pena en su totalidad haya sido adoptada en sentencia.

TRIGESIMO PRIMERA.- La decisión de expulsión sustitutiva mediante auto prevista en el párrafo segundo del artículo 89.1 CP exige la apertura de un incidente en la ejecutoria, correspondiendo la competencia para su tramitación al juez o tribunal que haya dictado la sentencia o, en aquellos territorios en que existan, a los Juzgados de Ejecutorias. Los autos dictados en éste trámite por el Juzgado de lo Penal serán recurribles en apelación y, en su caso, en queja (art. 766 LECrim) y los dictados por la Audiencia Provincial en suplica o en casación, pues —siempre que se trate se la sustitución íntegra de la condena- nos hallamos ante un pronunciamiento que, ex artículo 89.1 CP, puede ser considerado integrante de la propia resolución condenatoria [STS 531/2010].

TRIGESIMO SEGUNDA.- Cuando la expulsión acordada no pueda llevarse a efecto los Sres. Fiscales procederán conforme a los criterios generales establecidos para el resto de los condenados a penas privativas de libertad, en materia de suspensión de condena o sustitución de la misma por multa o trabajos en beneficio de la comunicad. Esto no obstante en aquellos casos en que la imposibilidad de materializar la expulsión se hubiera debido a una voluntad deliberadamente obstruccionista del penado extranjero concretada en actos de rebeldía, tal circunstancia habrá de ponderarse debidamente a la hora de optar por el cumplimiento de la condena en prisión.

TRIGÉSIMO TERCERA.- El vigente artículo 89 CP ha suprimido la prohibición expresa de aplicación a los penados extranjeros sin permiso de residencia de los beneficios legales contemplados en los arts 80 (suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad), 87 (suspensión en los supuestos de drogadicción y alcoholismo) y 88 (sustitución de las penas privativas de libertad), por lo que en los supuestos en los que, a fin de no quebrantar en derecho a la vida privada y familiar del penado, el juez o tribunal hubiera decidido no sustituir la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio español los Sres. Fiscales informarán a favor de la aplicación a los extranjeros en situación irregular de la suspensión de la ejecución de las

penas privativas de libertad (artículos 80 y 87 CP) o su sustitución de las penas de prisión (artículo 88 del CP) si fuera procedente conforme al régimen común. Esta posibilidad no cabrá en caso de que la expulsión del territorio español se haya fundado en la naturaleza y circunstancias del delito.

TRIGESIMO CUARTA.- La nueva regulación admite la expulsión como medida sustitutiva cuando el condenado ha sido clasificado en tercer grado penitenciario o tiene cumplidas las tres cuartas partes de la condena, aunque la pena que cumple sea inferior a seis años de privación de libertad. El legislador no admite otros supuestos distintos de sustitución parcial.

TRIGESIMO QUINTA.- Por imperativo legal solo el Ministerio Fiscal, no las eventuales partes acusadoras, puede instar la expulsión sustitutiva parcial. Por regla general y con carácter preferente los Fiscales interesarán la expulsión en sus escritos de acusación provisional o en conclusiones definitivas cuando, de resultados de la instrucción o del juicio, puedan ser valorados y acreditados los requisitos objetivos y subjetivos de aplicación, ya se trate del enjuiciamiento de hechos que llevan aparejadas condenas inferiores, iguales o superiores a seis años de privación de libertad.

TRIGESIMO SEXTA.- Los Sres. Fiscales también podrán solicitar la expulsión en sustitución del último tramo de la condena cuando así se lo interese el propio condenado con informe de la DGIP sobre su cercana clasificación en tercer grado, o cuando resulte que está próximo a cumplir las tres cuartas partes de la condena y no hubiera circunstancias penitenciarias que lo impidieran, o porque hubieran llegado a conocimiento del Fiscal hechos o circunstancias relevantes que no pudieron ser tomadas en consideración en el momento de elevarse a definitivas las conclusiones provisionales.

TRIGESIMO SÉPTIMA.- Los Sres. Fiscales se opondrán a que la expulsión sustitutiva parcial sea acordada por el Juez de Vigilancia Penitenciaria Vigilancia como regla de conducta de la libertad condicional, pues la ley es clara al atribuir directamente la competencia al Juez o Tribunal sentenciador.

TRIGESIMO OCTAVA.- Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de prohibición establecido judicialmente, salvo que fuera sorprendido en frontera, en cuyo caso será objeto de devolución, habrá de cumplir las penas que fueron sustituidas sin que pueda considerarse la existencia de delito de quebrantamiento. Ha de considerarse que el art. 89-4 CP es una norma especial que fija las consecuencias del quebrantamiento de esta medida de seguridad, impidiendo la aplicación del artículo 468.2 CP.

TRIGESIMO NOVENA.- En los casos de condenas anteriores a la entrada en vigor de la LO 5/2010, el régimen aplicable al incumplimiento de la prohibición de entrada en España será el del texto derogado, de tal manera que si la prohibición de entrada se impuso antes del 23 de diciembre de 2010 y el penado vuelve a España vigente tal prohibición, la consecuencia jurídica será la de la devolución inmediata (expulsión en la terminología a legal) al país de origen y no el cumplimiento de la pena en España.

CUADRAGÉSIMA.- La posibilidad abierta por la ley orgánica 5/2010 de expulsión en fase de ejecución no permite acordar la expulsión judicial en dicha fase a personas extranjeras ya sentenciadas antes del 23 de diciembre de 2010 en contra de su propia voluntad.

CUADRAGESIMO PRIMERA.- El art. 89 CP se refiere única y exclusivamente a los extranjeros condenados a penas privativas de libertad. Cuando se trate de extranjeros condenados en juicios de faltas o procedimiento por delito a penas no privativas de libertad como multa o trabajos en beneficio de la comunidad, si se solicitase por la autoridad gubernativa la autorización para materializar la expulsión acordada y la causa es trasladada al Fiscal para dictamen, deberá informarse de que no existe obstáculo procesal a la materialización de la expulsión administrativa dado que tales condenas a penas no privativas de libertad caen fuera del ámbito del art. 89 del CP habiendo quedado por tanto expedita la vía administrativa, sujeta al control, en su caso, de la jurisdicción contenciosa.

