



Universidad
de La Laguna
Facultad de Derecho



Grado en: Relaciones Laborales
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2014/2015
Convocatoria: Julio

**EL DELITO DE EMIGRACIÓN FRAUDULENTO CON FINALIDAD
LABORAL (ART. 313 CP). PROBLEMAS DE APLICACIÓN Y
DELIMITACIÓN FRENTE A OTRAS FIGURAS DELICTIVAS.**

*The crime of fraudulent emigration with work purpose (Art. 313 CP).
Problems of its application and delimitation with other crimes.*

Realizado por la alumna Dña. Ana Isabel Pérez Rodríguez.

Tutorizado por la Profesora Dña. Judit García Sanz.

Departamento: Disciplinas jurídicas básicas.

Área de conocimiento: Derecho Penal.

ABSTRACT

There is an important discussion about the fraudulent immigration offence established in article 313 CP. The LO 5/2010, of 22 June which modified the 10/1995 Organic Law of November 23st, reforms the core of the discussion focusing on the interpretation of the scope of the term "emigration", and pretending to determine if it will be applied in cases of abandonment of the national territory or in cases of entry to this. Other problems of this crime are also mentioned, such as the deception as a necessary mean and the delimitation of the taxable person. All of this is relevant to study the bankruptcy problems presented by this criminal figure in front of the crime of trafficking in human beings, illegal immigration, and illegal labour.

Key words: workers, fraudulent emigration, crime of human trafficking, labor and sexual exploitation, concurrence of criminal infringements.

RESUMEN (entre 150 y 350 palabras)

Existe una amplia discusión en torno al delito de emigración fraudulenta tipificado en el art. 313 CP. A partir de la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio por la que se modificó la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, el núcleo de la discusión se centra en la interpretación del alcance del término "emigración", pretendiendo determinar si será de aplicación en casos de abandono del territorio nacional o también en supuestos de entrada a este. Asimismo, se abordan otros aspectos problemáticos de este delito como son el engaño como



Universidad
de La Laguna

Facultad de Derecho



medio comisivo y la delimitación del sujeto pasivo. Todo ello es relevante para resolver los problemas concursales que esta figura delictiva plantea frente al delito de Trata de seres humanos, la inmigración clandestina, y el tráfico ilegal de mano de obra.

Palabras clave: trabajadores, emigración fraudulenta, delito de tráfico de personas, explotación laboral y sexual, concurso de infracciones penales.

ÍNDICE.

RESUMEN.

ÍNDICE.

INTRODUCCIÓN.

PLANTEAMIENTO Y OBJETO DEL TRABAJO.

1. La evolución del delito de emigración fraudulenta en el ordenamiento jurídico español.
2. Aspectos problemáticos del art. 313 CP.
 - 2.1. El trabajador como sujeto pasivo del delito.
 - 2.2. La necesidad de engaño como medio comisivo.
 - 2.3. Discusión sobre el concepto de emigración.
 - 2.3.1. Concepto estricto de emigración.
 - 2.3.2. Interpretación abierta del concepto de emigración.
3. Delimitación de figuras afines.
 - 3.1. El tráfico de mano de obra (art. 312 CP).
 - 3.2. La inmigración clandestina (art. 318 bis CP).
 - 3.3. La trata de seres humanos (art. 177 bis CP).

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA.

ANEXO I: ÍNDICE DE SENTENCIAS.

INTRODUCCIÓN

El dilatado avance en el desarrollo de la legislación en materia de movimientos migratorios y protección de los trabajadores migrantes hace que la comprensión del contenido de determinados artículos sea una tarea bastante compleja. A la aparición de directrices en la normativa tanto comunitaria como internacional en relación a esta materia, ha sobrevenido una actividad del legislador español gradual y vacilante, que va tomando forma con las sucesivas reformas del Código Penal¹.

No obstante, con el transcurso del tiempo la regulación en materia de protección de los derechos de los trabajadores en el ámbito penal se ha demostrado imprecisa a la par que compleja, dándose casos de solapamiento de tipos penales y establecimiento de penas desproporcionadas en algunos casos. Será a partir de la reforma operada por LO 5/2010, de 22 de junio, que modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal², que dota de una nueva redacción al art. 313 CP, cuando el legislador comience a definir un tipo penal que proteja efectivamente a los trabajadores migrantes. Por último, tiene lugar un hito de gran relevancia con la LO 1/2015, de 30 de marzo³, por la que se modifica la misma LO citada anteriormente y en la que, con la rectificación de determinados artículos, se da mayor relevancia a la protección de los derechos del trabajador migrante.

En el presente trabajo se acomete el estudio del contenido y aplicación del art. 313 CP relativo a la emigración fraudulenta y, en especial, se analizan aquellos elementos del delito que son claves para nuestro estudio, entre otros: el trabajador como sujeto pasivo del delito, el engaño como medio comisivo necesario y el concepto de

¹ Destacan en este ámbito el Protocolo de Palermo, de diciembre de 2000, que nace en la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional de la ONU, así como la Resolución A/RES/60/169 de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre Protección de los migrantes, de marzo de 2006, que da un paso adelante en la regulación de los derechos de los trabajadores en el ámbito penal. En cuanto a normativa comunitaria destacan el Consejo de Tampere de 1999 y la Directiva 2011/36/UE en adaptación del Protocolo de Palermo.

² LO 5/2010, de 22 de junio, que modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal. BOE, 23 de junio de 2010, núm. 152.

³ LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE, 31 de marzo de 2015, núm. 77.

“emigración”, cuya interpretación afectará en profundidad a la aplicación del art. 313 CP.

Una vez esclarecidos estos conceptos, se entra a analizar con mayor profundidad la problemática concursal que presenta la aplicación del art. 313 CP con respecto a otras figuras afines. En primer lugar, se habla sobre el art. 312 CP, del tráfico ilegal de mano de obra. Donde se realiza un análisis del ámbito de aplicación tanto de este art. como del 313 CP, así como una comparación de su contenido.

A continuación, se lleva a cabo un estudio pormenorizado del art. 318 bis CP, relativo a inmigración ilegal, realizando una retrospectiva a la redacción previa a la reforma de la LO 1/2015, de 30 de marzo⁴, así como un análisis de la problemática concursal que surge de la aplicación del término “emigración” en cuanto a los sujetos de ambos delitos y la aplicación del término “inmigración” con respecto del art. 313 CP.

Por último, en cuanto al art. 177 bis CP, que regula la trata de seres humanos, se estudia su desarrollo y relación concursal que relaciona ambos preceptos. Además, se hace mención de los cambios que opera en él la reforma de la LO 1/2015, de 30 de marzo⁵,

PLANTEAMIENTO Y OBJETO DEL TRABAJO.

1. La evolución del delito de emigración fraudulenta en el ordenamiento jurídico español.

La actual redacción que da el legislador al art. 313 CP es fruto de un largo proceso legislativo sometido a sucesivas modificaciones. Los delitos contra los derechos de los trabajadores, en cuyo ámbito se enmarca el fenómeno de las emigraciones fraudulentas, constituyeron una de las innovaciones fundamentales en la regulación de la parte especial del Derecho Penal, siendo esta regulación introducida en la LO 10/1995, de 23 de noviembre⁶, del Código Penal⁷.

⁴ LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE, 31 de marzo de 2015, núm. 77.

⁵ LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE, 31 de marzo de 2015, núm. 77.

⁶ LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE, 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

El antecedente de este precepto antes de la publicación de la LO 10/1995 es el art. 499 bis⁸, número 3 del Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, Texto Refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre.

En dicho art. se tipificaba la conducta de aquél que interviniera en migraciones laborales fraudulentas⁹, sin especificar entorno al término migración si esta debía de tratarse como “emigración” o “inmigración”. Así, se presenta un tipo penal considerablemente más amplio que la actual regulación, la cual establece tipos penales más especializados y figuras específicas que regulan las emigraciones e inmigraciones en tipos penales diferenciados.

El siguiente hito se encuentra en la introducción del art. 313 CP, con la publicación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre¹⁰, que quedaría redactado de la siguiente manera:

Art. 313: “1. El que promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España, será castigado con la pena prevista en el art. anterior. 2. Con la misma pena será castigado el que, simulando contrato o

⁷ VILLACAMPA ESTIARTE en Quintero Olivares (Dir.)/ Morales Prats (Coord.), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Navarra, 2011, p. 1138.

⁸ Art. 499 bis: “Será castigado con pena de arresto mayor y multa de 5.000 a 100.000 pesetas: 1. ° El que usando de maquinaciones o procedimientos maliciosos imponga a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de seguridad social que perjudiquen los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales o convenios colectivos sindicales. 2. ° El que por cesión de mano de obra, simulación de contrato, sustitución o falseamiento de empresa o de cualquier otra forma maliciosa suprima o restrinja los beneficios de la estabilidad en el empleo y demás condiciones de trabajo reconocidas a los trabajadores por disposiciones legales. 3. ° El que trafique de cualquier manera ilegal con la mano de obra o intervenga en migraciones laborales fraudulentas, aunque de ello no se derive perjuicio para el trabajador. El que en caso de crisis de una empresa hiciera ineficaces maliciosamente los derechos de los trabajadores incurrirá en las penas previstas en el artículo 519 de este Código. Cuando los hechos previstos en los números anteriores fueren realizados por personas jurídicas se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que los hubieran cometido o que, conociéndolos y pudiendo hacerlo, no hubieran adoptado medidas para remediarlos. En su caso procederá la responsabilidad civil subsidiaria de la empresa”. Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, Texto Refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre.

⁹ QUINTERO OLIVARES (Dir.)/ MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Navarra, 2011, p. 1162.

¹⁰ LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE, 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

colocación, o usando de otro engaño semejante, determinare o favoreciere la emigración de alguna persona a otro país”.

Se trata, pues, de una regulación que preveía dos supuestos: el primero de ellos en el que se castigaba a la persona que favoreciera o promoviera por cualquier medio la inmigración clandestina; y su apdo. segundo, que castigaba a la persona que simulando un contrato o empleando engaño determinare la emigración fraudulenta de otra¹¹. Por lo tanto, se prevé un supuesto de entrada y otro de salida en casos de migración de trabajadores.

En este contexto el legislador incluía en el art. 313 CP los supuestos relativos al traslado de extranjeros a territorio español, siempre y cuando la finalidad de dicho traslado fuese la de explotación laboral. Con base a la condición de trabajador del sujeto pasivo se reafirmaba la especialidad de este art. con respecto al art. 318 bis CP¹². Todo ello, da lugar un solapamiento que se aprecia en el estudio de la expresión “inmigración clandestina” en los términos gramaticales que es empleada en ambos artículos. De tal estudio se deduce que, ya que al ser consideradas expresiones idénticas por la jurisprudencia, idéntico debería ser por tanto su significado jurídico¹³.

Esto causaba grandes conflictos interpretativos a la hora de su aplicación, poniendo de manifiesto el apremio de articular una reforma penal que se ajustase a las necesidades de las inmigraciones clandestinas¹⁴.

Fruto de dicha necesidad de ajuste tiene lugar la reforma del tipo penal contenido en el art. 313 CP, ya que, como acertadamente opinan autores como MAYORDOMO RODRIGO, “hasta ese momento, la regulación española se ha caracterizado por su falta

¹¹ ABELLANET GUILLOT/ BORRELL QUEROL/ RIERA BOTET, *El nuevo Código Penal y sus principales delitos comentados para el ciudadano*, Cedecs, 1998, p. 338.

¹² Se defiende esta idea en QUINTERO OLIVARES (Dir.)/ MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 1162-1163.

¹³ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 5/2011 de 2 de noviembre: criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración, p. 35.

¹⁴ DAUNIS RODRÍGUEZ, *El Derecho Penal como herramienta de la política migratoria*, Comares, Granada, 2009, p. 34.

de claridad”¹⁵. Con la publicación de la LO 5/2010, de 22 de junio¹⁶, se modifica el citado art. siendo este el único precepto que cambia dentro del Título relativo a Delitos contra los derechos de los trabajadores. Esta reforma suprime el apdo. primero del antiguo art. 313 CP y conserva el precepto contenido en el apdo. segundo, si bien el legislador retoca su formulación. Esta modificación obedece al propósito de evitar el solapamiento de tipos¹⁷ ya mencionado, que tenía lugar entorno al debate sobre el precepto de inmigración clandestina comprendido en el art. 318 bis CP. “Una vez suprimido el delito de inmigración clandestina de trabajadores, el único de los delitos que subsiste en el precepto es el antes previsto en el número 2 y ahora la única conducta delictiva contemplada en el art. 313 CP, esto es, el delito que podríamos denominar delito de determinación o favorecimiento de la emigración”¹⁸.

La controversia que originaba el solapamiento de ambos artículos hacía más compleja de lo habitual la labor de los magistrados, por lo que consideramos entonces este cambio de la redacción del art. 313 CP un acto del legislador definitivamente necesario para poder dar una regulación más eficiente al delito que tratamos.

2. Aspectos problemáticos del art. 313 CP.

Para comprender el posterior análisis de la problemática concursal, es necesario hacer referencia en primer lugar a algunos aspectos básicos del art. 313 CP sobre emigración fraudulenta. En primer lugar se ha de tener en cuenta la redacción que da el legislador a este precepto en la reforma 5/2010 de 22 de junio, por la que se modificó la

¹⁵ MAYORDOMO RODRIGO, Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas, en *Estudios penales y criminológicos*, Vol. XXXI, 2011, p. 333.

¹⁶ LO 5/2010, de 22 de junio, que modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal. BOE, 23 de junio de 2010, núm. 152.

¹⁷ Como se afirma en la Circular de la Fiscalía General del Estado 5/2011, de 2 de noviembre sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración, “la reforma obedece a la necesidad de acabar con la existencia de dos entidades criminológicas idénticas [...] en las que no está justificada una respuesta penológica distinta según que el sujeto pasivo fuere trabajador o no”.

¹⁸ QUINTERO OLIVARES (Dir.)/ MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Navarra, 2011, p. 1163.

LO 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal¹⁹. De esta manera la figura queda regulada de la siguiente manera:

Art. 313: “El que determinare o favoreciere la emigración de alguna persona a otro país simulando contrato o colocación, o usando de otro engaño semejante, será castigado con la pena prevista en el art. anterior”.

El objeto de regulación de este art. son, por tanto, las migraciones fraudulentas con origen en la simulación y el engaño que comete el infractor hacia una persona y que tiene como resultado el abandono del país en el que el afectado se encuentra.

Así pues, el bien jurídico último que se pretende tutelar en el art. 313 CP es la libertad y seguridad de los trabajadores²⁰. Al estar incluido en el Título XV del Código Penal este delito protege un bien jurídico colectivo o supraindividual, es decir, se presupone que estas migraciones afectarán generalmente a un conjunto de trabajadores, considerando, por tanto, que a efectos de juicio tiene lugar un solo delito y no un concurso de los mismos²¹. Así lo afirma la Sentencia 8/2015 de la Audiencia Provincial de Palencia, que hace la siguiente afirmación: “El bien jurídico protegido por el delito de que tratamos está constituido en el caso por un conjunto de intereses concretos y generales que protegen la integridad de la propia relación laboral mediante la sanción de conductas que atentan contra los derechos y condiciones laborales de los trabajadores”²².

Una vez presentado el delito se procede a analizar los conceptos más relevantes para el posterior análisis de las cuestiones concursales que se presentan.

2.1. El trabajador como sujeto pasivo del delito.

En la posición de sujeto pasivo de este delito se encuentra el trabajador. Si bien el Título XV, en el que este art. se ve incluido, hace referencia a Delitos contra los

¹⁹ LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE, 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

²⁰ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ/ JUDEL PRIETO/ PIÑOL RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial*, Thomson-Civitas, Navarra, 2011, p. 366.

²¹ En este sentido QUINTERO OLIVARES (Dir.)/ MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Navarra, 2011, p. 1164.

²² SAP de Palencia 8/2015, de 14 de abril.

derechos de los trabajadores, el legislador en su redacción emplea una formulación que genera cierto debate.

Así pues, al estar enmarcado en dicho Título, es de lógica suponer que el sujeto pasivo de este tipo penal serán uno o varios trabajadores. Sin embargo, como ya se señalaba, la redacción que da el legislador hace un tanto confusa la interpretación en primera instancia, ya que en la misma hace referencia a *alguna persona* en lugar de *a algún trabajador*. Y en este sentido, DAUNIS RODRÍGUEZ defiende que “nos encontramos ante una conducta que lesiona directamente los Derechos de las personas que son determinados, mediante engaño o simulación de contrato o colocación a migrar”²³.

Podría sostenerse por tanto que en cierta medida no es necesario ser trabajador para ser víctima de este delito, ya que en términos del Estatuto de los Trabajadores se entenderá como trabajador aquellas personas que “voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”²⁴.

Es decir, que será trabajador la persona física que preste sus servicios voluntariamente en un régimen de ajenidad y dependencia a cambio de un salario. Esta regulación supone una figura más estricta que la presentada en el art. 313 CP, la cual estará orientada por otra parte, siguiendo la línea de razonamiento, a un sujeto que pasaría a obtener la condición categórica de trabajador en el momento en el que este acepta una oferta de trabajo. Por tanto, “que el tipo no haga referencia a la necesidad de que la persona se dedique a una actividad asiduamente debe tener relevancia en orden a excluir la necesidad de habitualidad y también el hecho de que [...] sea típica la conducta consistente en favorecer la emigración de *alguna persona* a otro país”²⁵. El mero acto de no mencionar el propio tipo penal que la persona deba dedicarse a una actividad es importante, ya que obedece a la necesidad de excluir que el afectado necesariamente tenga que estar desarrollando una actividad en el momento en el que acepta una oferta en la que ha mediado engaño o simulación.

²³ DAUNIS RODRÍGUEZ, *El Derecho Penal como herramienta de la política migratoria*, Comares, Granada, 2009, p. 206.

²⁴ Así lo expresa el art. 1 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

²⁵ QUINTERO OLIVARES (Dir.)/ MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Navarra, 2011, p. 1161.

Será así pues, en adelante, entendido el concepto de trabajador como un concepto abierto con cuya redacción, aunque incluida en el Título referente a los Delitos contra los derechos de los trabajadores, pretende una interpretación que no excluya a aquellos individuos que estén en posesión de un puesto de trabajo. En todo caso, el sujeto afectado será un determinado trabajador o trabajadores los que, inducidos a través de engaño o simulación, se trasladasen a otro país con el fin de obtener un trabajo que no se tiene, o mejores condiciones de las que el trabajador posee en el país de referencia²⁶.

2.2. La necesidad de engaño como medio comisivo.

En términos generales, se entiende por engaño el empleo de maniobras o estrategias que generen un error en el sujeto pasivo, de esta manera dicho error determina su sometimiento a los fines a los que se oriente el delito en cuestión²⁷. Así, el sujeto desconoce el significado o trascendencia que puede tener esto para sus bienes jurídicos²⁸.

Por un lado, se aprecia que este medio ha de tener lugar de manera necesaria para determinar el sujeto activo de la relación, que más allá de poder ser cualquier persona, será aquel *que determinare o favoreciere* la emigración de alguna persona a otro país²⁹. Tal y como señala NAVARRO CARDOSO: “sólo podrán ser autores aquellos que empleen el engaño como medio para la comisión del delito”³⁰. Así pues, no serán sujetos activos aquellos individuos que determinen o favorezcan la emigración de otro sujeto cuando no medie engaño o simulación alguna en dicha relación.

En este sentido, la Sentencia 470/2013 de la Audiencia Provincial de Madrid, en relación al art. 313.2 CP³¹ dispone: “Pero además, existe la *emigración fraudulenta*, contemplada en el apdo. 2º de dicho art., en el que lo relevante es el empleo de

²⁶ Es defensor de esta idea NAVARRO CARDOSO, *Los delitos contra los Derechos de los Trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 108.

²⁷ Aparece reflejado este concepto en la SAP de Barcelona 94/2014, de 28 de febrero.

²⁸ POMARES CINTAS, El delito de la trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral, en *RECPC* N°13, 2011, p. 9.

²⁹ Encontramos reflejada esta idea en QUINTERO OLIVARES (Dir.)/ MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Navarra, 2011, p. 1164.

³⁰ NAVARRO CARDOSO, *Los delitos contra los Derechos de los Trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 108.

³¹ Este precepto fue suprimido por la LO 5/2010, aunque también contemplaba la mediación de engaño que se estudia.

cualquier clase de engaño o ardid para determinar o favorecer la aludida emigración. Por eso, tiene naturaleza de estafa en cuanto se engaña a un trabajador o aspirante a ello, ofreciéndoles trabajar con grave riesgo de la indemnidad de la relación laboral que se dice promover, (STS nº2205/2002, de 30 de enero)”³².

Por tanto, la clave del medio comisivo que se estudia reside en el carácter engañoso de la acción que se sanciona, en cuanto se trata de una migración fraudulenta, significando ello que tendrá que mediar fraude o engaño del cual resulte un perjuicio para una persona de la que se abusa con estas falsas promesas³³.

El medio engañoso podrá ser la simulación de un contrato, la colocación o cualquier otro medio que incida necesariamente en la decisión de emigrar del trabajador. Dentro de la simulación de contrato se constata que la doctrina incluye tanto la alteración del contrato de trabajo -actividad, jornada laboral, remuneración, lugar de desempeño, empresa, etc.³⁴-, como las diversas modalidades de contrato de trabajo, -a saber: contrato a tiempo parcial, indefinido, arrendamiento de servicios, etc.³⁵-. A parte de los medios enumerados anteriormente, existe un gran catálogo abierto de medios que puedan ser considerados engañosos o falaces y que deberán de poseer necesariamente esa condición para determinar la relevancia jurídico-penal de los mismos en cada caso³⁶.

En aquellos casos en los que se preste ayuda a sujetos que ya estén decididos a emigrar, aunque los mismos hayan sido movido a ello por el engaño de un tercero, no será de aplicación el art. 313 CP, ya que el facilitador de la ayuda no es la persona que hace caer al afectado en engaño. En estos casos podría darse una situación de coautoría

³² SAP de Madrid 470/2013, de 14 de noviembre.

³³ Se pronuncia en este posicionamiento la SAP de Madrid 470/2013, de 14 de noviembre.

³⁴ QUINTERO OLIVARES (Dir.)/ MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Navarra, 2011, p. 1164.

³⁵ NAVARRO CARDOSO, *Los delitos contra los Derechos de los Trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 108.

³⁶ Un ejemplo de esto es el que se nos presenta en la SAP de Madrid 470/2013, de 14 de noviembre. Este supuesto halla la prueba de la voluntad engañosa en el hecho de que los acusados documentasen las entregas de dinero llevadas a cabo por los afectados, ocultando el verdadero origen del dinero. Es decir, que se ha llegado a considerar la mera falsedad de las declaraciones como prueba de un propósito “oculto” de fraude a los afectados y por lo tanto, empleo de medio engañoso, ya que tras el pago de dichas cantidades los afectados no obtuvieron el prometido puesto de trabajo.

si se demostrase que el que presta la ayuda es conocedor del engaño en el que se encuentra el afectado, contribuyendo a mantener a la víctima en su error³⁷.

En cualquier caso, el engaño como medio comisivo que determine o influya de manera favorecedora la emigración de alguna persona es un elemento decisivo a la hora de diferenciar este tipo delictivo de otro, ya que no será de aplicación este si no tuviera lugar el medio comisivo estudiado.

2.3. Discusión sobre el concepto de emigración.

El debate que surge de la interpretación del término “emigración” empleado en la redacción del art. 313 CP por el legislador requiere que se revise detenidamente su contenido. El estudio de la redacción genera gran incertidumbre en cuanto a si ésta hace referencia tan sólo a aquellos trabajadores cuya línea de traslado sea desde dentro de España hacia fuera del país, o si también incluye a aquellos trabajadores extranjeros que bajo circunstancias derivadas de engaño o simulación emigren de sus países con destino el nuestro. Esta discusión deja a la vista una problemática a la hora de dilucidar qué sentido ha querido imprimir el legislador a dicho término.

Antes de entrar al estudio de las figuras contrapuestas en el debate, se señalarán unas cuestiones básicas con respecto al concepto regulado en este precepto.

En primer lugar, queda esclarecido por la doctrina, más allá del estudio del concepto “emigración”, que este tipo penal regula la determinación o favorecimiento de la emigración tanto de españoles como de extranjeros³⁸, incluso cuando la interpretación restringiese tal concepto a la salida de trabajadores de España. Es decir, que en todo caso protege tanto a los nacionales emigrantes como a aquellos trabajadores, que siendo extranjeros, tuvieran residencia en España cuando se produce el traslado. Claro está que cubrirá estos supuestos siempre que los medios utilizados por el infractor sean fraudulentos.

Y en segundo lugar, que la actual redacción del art. 313 CP incluye sólo movimientos migratorios que impliquen un desplazamiento entre distintos países,

³⁷ MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 337.

³⁸ GONZÁLEZ CUSSAC/ MATALLÍN EVANGELIO/ ORTS BERENGUER/ ROIG TORRES, *Esquemas de Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 230.

incluso se llega a hablar de movimientos a países donde la regulación laboral no sea común a la nuestra, refiriéndose entonces a migraciones fuera de la Unión Europea. De tal modo, los movimientos migratorios que tuvieran lugar dentro de las fronteras de España se considerarán generalmente comprendidos en el concepto de tráfico ilegal de mano de obra o reclutamiento engañoso de mano de obra comprendido en el art. 312.2 CP³⁹.

2.3.1. Concepto estricto de emigración.

Dentro de esta polémica se encuentran dos tendencias interpretativas completamente opuestas. Una de dichas tendencias es aquella postura que interpreta de una manera restrictiva el término “emigración” limitándolo sólo a aquellos trabajadores que, teniendo residencia en España, se ven determinados mediante engaño a abandonar el país.

En tal significado se pronuncia MUÑOZ CONDE, quien interpreta el concepto de la siguiente manera restringiendo con su enfoque la aplicación del art. 313 CP a aquellas personas que abandonen el país. Así, el autor sostiene que “[...] será la emigración de alguna persona a otro país, fuera de España (la llamada emigración exterior o simplemente emigración). La salida del territorio español para trabajar en otro país con régimen laboral diferente al que rige en el nuestro”⁴⁰.

En defensa de esta apreciación taxativa se encuentra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 10 de noviembre de 1998, de acuerdo con la cual: “De lo expuesto resulta, en consecuencia, que el legislador ha independizado, unificándolas en un mismo precepto, todas las conductas punibles relacionadas con las migraciones laborales fraudulentas, definidas por la STS de 5 de febrero de 1998 (RJ 1998/424) como la recluta o traslación ilegal o clandestina de mano de obra de un país a otro, diferenciándolas en función de si ese traslado se produce desde el extranjero hacia España, a lo que cabría añadir o hacia otro país pasando por España –inmigración- o

³⁹ Véase QUINTERO OLIVARES (Dir.)/ MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Navarra, 2011, p. 1161.

⁴⁰ MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 336-337.

desde España hacia el extranjero –emigración–, siempre que, respecto a esta última conducta, medie engaño”⁴¹.

El ponente interpreta que la redacción del legislador está orientada a diferenciar cuando ha de tener lugar la aplicación del art. 313 CP o la de otros artículos relativos a inmigración, como el 318 bis CP, partiendo de un concepto general, “migración”, que sería el que englobase ambas conductas. Se deja entonces, con esta perspectiva interpretativa, la aplicación de un art. u otro en manos de una cuestión de redacción y no en aras de una aplicación correcta del tipo penal contenido efectivamente en cada uno de los citados artículos.

Por otro lado, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2005, establece que “el delito se consuma en el momento en que se produce el resultado de la emigración, o sea, en el instante en el que el trabajador se ausenta de España”. Con esta descripción del momento de consumación del delito se reafirma esta interpretación estricta del concepto “emigración”, limitándola al abandono de territorio español. Por tanto, si se basa la interpretación en el momento de consumación del delito, se determinará que la “emigración” acontece cuando se produce la salida de España de una persona a consecuencia de haberse empleado los medios comisivos del delito⁴² y, a causa de ello, será “emigración” un término que afecte únicamente a los trabajadores que abandonen España.

Desde el punto de vista de este estudio, esta no es la manera correcta de abordar la protección de unos derechos que vienen reflejados de manera concisa en cada uno de los artículos del Título XV y respectivamente en los arts. 318 bis) y 177 bis) CP relativos a conceptos de migración, sino que con esta interpretación literal y restrictiva se deja sobre tela de juicio si la aplicación de los tipos penales está siendo correcta o eficaz en su caso.

2.3.2. Interpretación abierta del concepto de emigración.

En la convicción opuesta se encuentra la que, bajo el punto de vista de este análisis, es la postura más acertada de las que se presentan en este debate. Se trata de aquella vía

⁴¹ SAP de Girona 442/1998, de 10 de noviembre.

⁴² En este sentido, GONZÁLEZ CUSSAC / MATALLÍN EVANGELIO / ORTS BERENGUER / ROIG TORRES, *Esquemas de Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 230.

de pensamiento que interpreta el término “emigración” de una manera amplia, incluyendo en el mismo tanto a personas ubicadas en España que abandonen el país, como a trabajadores residentes en el extranjero que se desplacen a España como resultado de un engaño comprendido en el tipo penal regulado por el art. 313 CP.

De esta manera, se podrá definir “emigración” como el hecho de “ausentarse temporalmente del propio país para hacer en otro determinadas faenas”, como afirma el contenido de la propia acepción en el Diccionario de la Lengua Española⁴³. Esta interpretación abierta del vocablo es posible debido a que el verbo emigrar encierra un resultado estrictamente material, traslado territorial y cruce de fronteras, que varios autores asimilan al tipo penal que tratamos en el art. 313 CP⁴⁴.

Se define entonces emigración fraudulenta como todo acto cometido a costa de cualquier ciudadano, siempre y cuando esto suponga para el mismo el abandono de su país de residencia en pos de una oferta en la cual ha mediado engaño.

Como soporte jurisprudencial de esta vía interpretativa encontramos el Acuerdo del Pleno, Sala II del Tribunal Supremo, de 9 de febrero de 2005⁴⁵, donde el TS efectúa una interpretación amplia de la expresión. Con base en esto, se determina que la emigración no se limita únicamente al supuesto de salida desde España, sino al proceso migratorio cualquiera que sea el país de origen, “con lo que cabría incriminar en este delito también casos en los que el proceso migratorio favorecido o determinado fraudulentamente tenga por destino el Estado español o implique tránsito por el mismo”⁴⁶.

⁴³ “Por emigrar hay que entender «ausentarse temporalmente del propio país para hacer en otro determinadas faenas»”. Se posiciona en esta postura MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Delitos contra los Derechos de los Trabajadores. Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 523.

⁴⁴ Defensor de esta interpretación es MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Delitos contra los Derechos de los Trabajadores. Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 523-527.

⁴⁵ En dicho Acuerdo se establece lo siguiente: “Emigración de alguna persona a otro país, no se limita a la emigración desde España”. Acuerdo del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2005.

⁴⁶ Véase la postulación de QUINTERO OLIVARES (Dir.)/ MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Navarra, 2011, p. 1164.

Se confirma así que la interpretación que emplearemos en este estudio es válida, estableciendo un marco interpretativo genérico a la hora de la aplicación de artículos que contengan tipos penales que se remitan al concepto de “emigración”.

Tras la publicación de este Acuerdo se dicta Sentencia de 24 de febrero de 2005, por el Tribunal Supremo, en la que se enjuiciaba a ciudadanos búlgaros que ofertaban un puesto de trabajo en España con alojamiento y contrato laboral a cambio de dinero, compromisos que, una vez cobrada la cantidad dineraria, nunca cumplieron. Esta sentencia está dictada entorno al art. 313.2 CP, regulación previa a la actual, que a pesar de estar formulado de manera distinta, reflejaba también el concepto “emigración” que estamos estudiando. “De conformidad con el contenido del Acuerdo mayoritario adoptado por el Pleno no jurisdiccional de esta Sala, de fecha 9 de febrero del presente año, el término «emigración» que se contiene en el precepto aquí analizado, no ha de limitarse, exclusivamente, a la salida del trabajador desde España a un tercer país, sino que abarca también la llegada del mismo a nuestro territorio proveniente de otro lugar. [...] Según la interpretación que en el mismo se aprueba respecto del significado de los términos en los que viene redactado el tipo penal aquí aplicado, la conducta delictiva se consuma en España; toda vez que el delito del 313.2 CP, de conformidad con el contenido del Acuerdo mencionado, no solo se refiere a la emigración desde España, sino también a la emigración de cualquier otro país. Por lo tanto, es irrelevante que el país de destino de la emigración de los trabajadores inducidos al desplazamiento mediante la conducta engañosa del recurrente, sea España. En todos los casos en los que desde territorio español se induzca la emigración, en la forma prevista en el art. 313.2 CP, los Tribunales de nuestra nación ostentan jurisdicción para el enjuiciamiento, sin infracción alguna del principio invocado”⁴⁷.

Como referente se encuentra la Sentencia 385/2012 del Tribunal Supremo, que argumenta lo siguiente: “Se suprime, pues, en el art. 313 la referencia a la inmigración ilegal y se acude ahora a la expresión de la emigración ejecutada a través de medios determinados: con simulación de contrato o colocación o usando otro engaño semejante. Sin que pueda entenderse que la supresión de la palabra inmigración suponga su exclusión de la regulación de la norma, que simplemente se ha simplificado en su redacción, comprendiendo ahora tanto una como otra, ya que se atiende a la emigración

⁴⁷ STS 1056/2005, de 24 de febrero.

desde la perspectiva del sujeto pasivo. Ello significa que bajo la palabra emigración se cobijan los supuestos en que los traslados de personas se realizan desde España o con destino España, suprimiéndose también en el nuevo texto la referencia específica a la Unión Europea”⁴⁸.

El ponente en esta sentencia presenta la interpretación generalista del concepto sobre un pilar básico: el sujeto pasivo. Así, la visión del término “emigración” es tan solo una cuestión supeditada a la condición geográfica del trabajador. Esto es, que se tratará de emigración siempre y cuando el desplazamiento en el que ha mediado engaño suponga al trabajador una salida de España hacia otro país o la marcha desde otro Estado hacia España. El único precepto necesario será entonces que el desplazamiento se realice de un lugar a otro y no dentro de un propio país, debido al carácter transnacional del término.

Así pues, de este punto en adelante, y en base a que se considera la interpretación amplia la más acertada en este caso, se asimilará el concepto de “emigración” a las migraciones hechas por ciudadanos desde España o con destino a España siempre y cuando estén enmarcadas bajo el tipo penal que es fruto del presente estudio, el emanado del art. 313 CP.

3. Delimitación de figuras afines.

Tras esta exposición de los conceptos necesarios para una mejor comprensión de la delimitación entre artículos, se procede al estudio de las figuras afines al art. 313 CP, así como a señalar los distintos puntos de conexión con el mismo y las vías que se adoptan para la aplicación de los mismos.

Como se ha podido apreciar, el tipo penal regulado por el art. 313 CP es susceptible de entrar en controversia con la aplicación de artículos como el 318 bis CP o el 177 bis CP entre otros. No hay duda que puedan tener lugar posibles concursos, mediales o ideales, entorno tanto a la estafa como a delitos de inmigración clandestina o protección del trabajador, ya que como afirma DE LA CUESTA AGUADO, “estos delitos están

⁴⁸ STS 385/2012, de 10 de mayo.

destinados a prohibir o controlar un proceso comercial que se oculta bajo bienes jurídicos consolidados doctrinalmente (e incluso constitucionalmente)”⁴⁹.

3.1. El tráfico de mano de obra.

En primer lugar se encuentra el art. 312 CP, que configura el tipo penal relativo al tráfico ilegal de mano de obra. Este art. tiene la siguiente redacción:

Art. 312: “1. Serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses, los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra.
2. En la misma pena incurrirán quienes recluten personas o las determinen a abandonar su puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas y quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual”.

Antes de indagar en la comparativa de los arts. 313 CP y 312 CP se ha de esclarecer que en este art. se pueden distinguir tres tipos penales.

El primero de ellos castiga el tráfico de mano de obra. Esta figura sanciona aquellos actos de cesión o colocación de mano de obra no autorizados. De acuerdo con MUÑOZ CONDE, “se trata simplemente de la infracción de la normativa sobre contratación de mano de obra. Por ejemplo, la cesión de trabajadores debe hacerse por la vía regulada en el art. 43.1 del Estatuto de los Trabajadores”⁵⁰.

La pena de conductas como la colocación al margen de los mecanismos legales y la cesión de mano de obra es, pues, lo que trata este art.⁵¹ siempre que esta cause un

⁴⁹ DE LA CUESTA AGUADO, *Delitos de tráfico ilegal de personas, objetos o mercancías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 108.

⁵⁰ MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 335.

⁵¹ En este sentido, VILLACAMPA ESTIARTE en Quintero Olivares (Dir.)/ Morales Prats (Coord.), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Navarra, 2011, p. 1154.

detrimento en las expectativas de obtención de empleo de los demás trabajadores⁵². Esto requiere cierta habitualidad y ánimo de lucro⁵³.

En segundo lugar, se encuentra la figura que pena el reclutamiento o determinación de personas mediante engaño a abandonar un puesto de trabajo. Este precepto habla, pues, de captar personas para contratarlas y hacerles tomar la decisión de dejar sus empleos. Además esto ha de implicar que se ofrezca un puesto de trabajo inexistente o de peores condiciones de las manifestadas en la oferta⁵⁴. A su vez que se distingue entre dos modos comisivos incluidos en este inciso: “a) Uno que exige la oferta y posterior celebración de un contrato laboral con engaño. [...] b) El otro requiere un abandono del puesto de trabajo a consecuencia de la oferta inveraz”⁵⁵.

Por último, se hace mención al supuesto de empleo a extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones desfavorables. Esta conducta está relacionada con el art. 311 CP y supone una especial protección para aquellos trabajadores extranjeros carentes de permiso de trabajo cuando se le impongan condiciones señaladas en aquel precepto⁵⁶. Como mantiene la Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares núm. 138/2013, lo que el art. 312.2 CP sanciona es “el abuso de la situación de debilidad y precariedad en la que se halla el trabajador inmigrante para imponerle condiciones de trabajo infrahumanas e indignas”⁵⁷.

Con lo expuesto previamente, se ya se puede establecer una relación entre el art. 312 CP y el art. 313 CP. En todos estos casos regulados por el art. 312 CP se habla de materia regulada en la legislación laboral vigente, por lo que para que el Derecho Penal intervenga será precisa la puesta en peligro de los derechos de los trabajadores, pues de

⁵² GONZÁLEZ CUSSAC/ MATALLÍN EVANGELIO/ ORTS BERENGUER/ ROIG TORRES, *Esquemas de Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 229.

⁵³ Referente a esto de pronuncian SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ/ JUDEL PRIETO/ PIÑOL RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial*, Thomson-Civitas, Navarra, 2011, pp. 365-366; y GONZÁLEZ CUSSAC/ MATALLÍN EVANGELIO/ ORTS BERENGUER/ ROIG TORRES, *Esquemas de Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 229.

⁵⁴ GONZÁLEZ CUSSAC/ MATALLÍN EVANGELIO/ ORTS BERENGUER/ ROIG TORRES, *Esquemas de Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 229.

⁵⁵ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ/ JUDEL PRIETO/ PIÑOL RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial*, Thomson-Civitas, Navarra, 2011, p. 365.

⁵⁶ Inciden en estas cuestiones GONZÁLEZ CUSSAC/ MATALLÍN EVANGELIO/ ORTS BERENGUER/ ROIG TORRES, *Esquemas de Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 229.

⁵⁷ SAP de las Islas Baleares 138/2013, de 13 de junio.

lo contrario se difuminarían los límites entre el Derecho Administrativo sancionador y la jurisdicción penal⁵⁸. Por ello, de esta notoriedad de la defensa de la legislación laboral interna española se deduce lo siguiente: el principal elemento de delimitación con el delito que estudiamos es que el art. 312 CP protegerá a los trabajadores en caso de engaño o fraude cuando tenga lugar dentro de la nación o de Europa y contravenga la normativa interna o comunitaria, mientras que el art. 313 CP entrará en escena cuando el supuesto tenga lugar fuera de dicho ámbito.

En segundo lugar, se realiza una comparativa con base en la característica común que ambos contienen: la mediación de engaño en el nacimiento de una relación laboral. Tanto esta mediación de engaño o fraude como el hecho de abandono de puesto de trabajo guardan similitud con el tipo penal del art. 313 CP. Sin embargo hay que tener en cuenta la cuestión que ya se ha mencionado en relación al enfoque de protección de la ley nacional que posee el art. 312 CP con respecto al 313 CP. De acuerdo con esto, la aplicación del 312.2 CP se llevará a cabo en situaciones que se den dentro de las fronteras nacionales, mientras que se aplicará el tipo penal de art. 313 CP en aquellos casos en los que el supuesto en el que medie engaño tenga como consecuencia un traslado transfronterizo.

Se aprecia en múltiples ocasiones la aplicación del art. 312 CP en supuestos ocurridos dentro de España, acudiendo al 318 bis CP en el caso de aquellos que acontecieran fuera de estas fronteras⁵⁹. Fruto de ello, en los supuestos en los que tenga lugar engaño o manipulación de contrato y por tanto fraude, será de aplicación el art. 313 CP, ya que es este el que protege los derechos de los trabajadores cuando medie movimiento transfronterizo. Ejemplo de esto es la Sentencia del Tribunal Supremo 678/2014, que refleja lo siguiente: “De realizarse solo en España constituiría un delito de tráfico ilegal de mano de obra previsto en el art. 312 del CP y al afectar a ciudadanos extranjeros constituye un delito del art. 318 bis, apdo1”⁶⁰.

⁵⁸ MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 336.

⁵⁹ En este sentido STS 678/2014, de 9 de octubre.

⁶⁰ STS 678/2014, de 9 de octubre.

Por otro lado, como afirma MUÑOZ CONDE⁶¹, la emigración entre los Estados miembros de la Unión Europea no es más que fruto del principio de libre circulación de personas que se ha establecido con dicha coalición. Esto presupone que en los movimientos llevados a cabo entre países de la Unión no se cruza ninguna frontera. Se identifica por tanto Unión Europea como ámbito jurídico asimilable al español, ya que se incluye a España en su sistema comunitario de regulación de los derechos de los trabajadores que constituye un sistema de protección comunitaria de los mismos que podría asimilarse al sistema jurídico español.

Comprendido esto, carecería de sentido aplicar el art. 313 CP a las relaciones entre ciudadanos que son iguales ante el Derecho comunitario, siendo por tanto de aplicación en dichos casos del art. 312 CP que supone una protección a los derechos de los trabajadores que transitan entre estos límites.

3.2. La inmigración clandestina.

El art. 318 bis CP regula la inmigración clandestina, aquella que surge al margen de las formas y procedimientos legales establecidos por los Estados para regular el acceso y permanencia de extranjeros a sus respectivos territorios⁶². Es necesario comentar que ha sido recientemente modificado por la LO 1/2015, de 30 de marzo⁶³. Su redacción actual es la siguiente.

Art. 318 bis: “1. El que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros, será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año.

Los hechos no serán punibles cuando el objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate.

⁶¹ MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 337.

⁶² Así lo señala, entre otros, DAUNIS RODRÍGUEZ, *El Derecho Penal como herramienta de la política migratoria*, Comares, Granada, 2009, p. 43.

⁶³ LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE, 31 de marzo de 2015, núm. 77.

Si los hechos se hubieran cometido con ánimo de lucro se impondrá la pena en su mitad superior.

2. El que intencionadamente ayude, con ánimo de lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a permanecer en España, vulnerando la legislación sobre estancia de extranjeros será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año.

3. Los hechos a que se refiere el apdo. 1 de este art. serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: a) Cuando los hechos se hubieran cometido en el seno de una organización que se dedicare 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. b) Cuando se hubiera puesto en peligro la vida de las personas objeto de la infracción, o se hubiera creado el peligro de causación de lesiones graves.

4. En las mismas penas del párrafo anterior y además en la de inhabilitación absoluta de seis a doce años, incurrirán los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.

5. Cuando de acuerdo con lo establecido en el art. 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 art. 66 bis), los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apdo. 7 del art. 33.

6. Los tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada”.

Esta reforma se hizo valer, según el Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, debido a la necesidad de adaptar el tipo penal a las directrices de la Unión y para adaptar las penas, de manera que se

reserven las mayores para los supuestos más graves. Esto soluciona gran parte de la problemática concursal, ya que normas consideradas con carácter de especialidad ahora tienen penas superiores a la de este tipo delictivo, castigando con mayor gravedad que las penas excesivas que establecía anteriormente el art. 318 bis CP.

Tal y como afirma RODRÍGUEZ MESA, existe un gran abanico de posibilidades en las que el tipo básico de tráfico ilegal de personas se pueda encontrar en concurso con otros delitos, como el contenido en el art. 313 CP. Esto es debido a que protege un bien jurídico colectivo consistente en los derechos de los ciudadanos extranjeros, por lo que entrará en concurso con la mayoría de los delitos contra las personas cuando además del tráfico ilegal se haya lesionado algún bien jurídico individual de los sujetos pasivos⁶⁴.

Así pues, el art. 318 bis CP está al frente del cuidado y el respeto de los derechos de los extranjeros y de su dignidad en tanto que seres humanos, evitando su trato a modo de objeto tanto clandestina como lucrativamente⁶⁵. Protege por tanto su integridad moral y el estatus jurídico del extranjero⁶⁶ sin necesidad de que se requiera en el mismo la condición de trabajador⁶⁷.

En este punto se encuentra la primera discordancia entre los artículos, ya que aquí se trata de la protección de los derechos de los ciudadanos extranjeros, lo cual se contrapone al sujeto pasivo del art. 313 CP, el referido trabajador y sus derechos. Como

⁶⁴ En este sentido, como hemos mencionado, se postula RODRÍGUEZ MESA, Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, en Terradillos Basoco (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal. Tomo III. Derecho penal parte especial. Vol. I*, Ed. Iustel, 2011, pp. 413-414. “Si se tiene en cuenta que algunos derechos específicos de los extranjeros ya se encuentran protegidos en otros preceptos del Código Penal, es preciso proceder a analizar los posibles concursos que se produzcan entre las distintas figuras”.

⁶⁵ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ/ JUDEL PRIETO/ PIÑOL RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial*, Thomson-Civitas, Navarra, 2011, p. 370.

⁶⁶ En este sentido SAP de Madrid 470/2013, de 14 de noviembre y RODRÍGUEZ MESA, Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, en Terradillos Basoco (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal. Tomo III. Derecho penal parte especial. Vol. I*, Ed. Iustel, 2011, p. 397.

⁶⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ/ PUENTE ALBA, *Derecho Penal económico y de la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 387-388.

afirma MUÑOZ CONDE, “a diferencia de lo que sucede en el delito previsto en el art. 312. Y en el art. 313, el art. 318 bis no exige la cualidad de trabajador”⁶⁸.

Por tanto, tal y como establece la doctrina, no se trata de conductas que necesariamente estén orientadas a la explotación laboral de las personas, ya que pueden tratarse simplemente de traslados y facilitación de documentación falsa a cambio de dinero, por lo que estas conductas no constituyen delitos contra los derechos de los trabajadores⁶⁹. Esto no excluye que causa de este trato, o como parte en algunos procesos se pueda acabar haciendo mella en los mismos.

Se apreciará, pues, concurso en aquellos casos en los que concurran las condiciones trabajador y ciudadano extranjero en el sujeto pasivo. Así, se encontrarán ante un solo hecho que constituirá la comisión de dos infracciones: la contenida en el art. 318 bis CP, que viene a sancionar con respecto a los delitos correspondientes a los derechos del ciudadano extranjero; y de otra parte la referida en el art. 313 CP donde el bien jurídico se sitúa en torno a los derechos de los trabajadores.

De acuerdo con esta diferenciación en los sujetos pasivos del delito, se ha de tener en cuenta la especialidad del art. 313 CP con respecto al 318 bis CP. GARCÍA SÁNCHEZ sostiene que “en principio, parece que el art. 318 bis es un tipo genérico o básico que castiga cualquier conducta relacionada con el tráfico ilegal o con la inmigración clandestina y los arts. 312 y 313 serían tipos especiales en los que se castiga una específica forma de tráfico ilegal de personas, esto es, de mano de obra”⁷⁰.

Especialidad que, además, será sostenible gracias a la comparación de las penas, que tras la reforma queda de la siguiente manera: prisión de tres meses a un año o multa de tres a doce meses para los que incurrieran en el tipo básico del art. 318 bis CP; frente a una pena claramente superior para los que incurrieran en el tipo penal del art. 313 CP, de dos a cinco años de prisión o multa de seis a doce meses. De acuerdo con IGLESIAS SKULJ, “esta reformulación de la pena aplicable guarda mayor coherencia con el

⁶⁸ MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 343.

⁶⁹ GONZÁLEZ CUSSAC/ MATALLÍN EVANGELIO/ ORTS BERENGUER/ ROIG TORRES, *Esquemas de Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 234.

⁷⁰ GARCÍA SÁNCHEZ. La pretendida protección jurídico-penal de los inmigrantes en el artículo 318 bis del Código Penal, en *ADPCP*, Vol. LVIII, 2005, p. 878.

principio de proporcionalidad”⁷¹ y a su vez ayuda a distinguir este delito de los contenidos en artículos como el 177 bis CP o el 313 CP.

Por otro lado, las conductas típicas que describe abarcan todo tipo de intervenciones en el tráfico siempre que se promueva, favorezca o facilite la inmigración clandestina. Se trata entonces de un tipo abierto en el que la conducta típica engloba cualquier tipo de comportamiento, independientemente de la forma y modalidad siempre y cuando este promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal de personas⁷².

Debido a esta amplitud, anteriormente el ministerio fiscal optaba por presentar demanda a través del art. 318 bis CP, argumentando por vías de la aplicación del término inmigración dicha demanda⁷³. Esto es debido a que este presentaba una pena claramente superior a la del art. 313 CP. Sin embargo la reciente modificación del art. 318 bis CP supondrá, a nuestro modo de ver, un replanteamiento en la manera de formular las demandas.

Con la entrada en vigor de la nueva LO 1/2015, de 30 de marzo⁷⁴, se suprime el tipo agravado existente antes de la dicha reforma, regulado en el antiguo apdo. segundo de la siguiente manera:

Art. 318 bis⁷⁵: “2. Los que realicen las conductas descritas en el apdo. 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 apdo. anterior”.

⁷¹ IGLESIAS SKULJ, Artículo 318 bis: delitos contra los ciudadanos extranjeros, en González Cussac (Dir.)/ Matallín Evangelio (Coord.)/ Górriz Royo (Coord.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 980.

⁷² RODRÍGUEZ MESA, Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, en Terradillos Basoco (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal. Tomo III. Derecho penal parte especial. Vol. I*, Ed. Iustel, 2011, p. 398.

⁷³ Ejemplo de ello es la SAP de Pontevedra 86/2014, de 10 de abril, entre otras.

⁷⁴ LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE, 31 de marzo de 2015, núm. 77.

⁷⁵ Anterior a la reforma introducida por la LO 1/2015.

De acuerdo con esta supresión se afirma que, además de por la superioridad de la pena que entraña ahora el art. 313 CP y de ser un tipo penal especial en cuanto al sujeto y los medios comisivos, de aquí en adelante previsiblemente se contemplará la aplicación del referido art. en lugar del 318 bis CP, siempre que se trate de trabajadores e independientemente de si tratamos de inmigración o emigración, ya que estaríamos ante una aplicación de la concepción extensiva de tal término.

Se especifica a su vez en el art. que serán objeto de esta figura aquellos supuestos en los que se ayude *a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo*. En la anterior redacción el debate en torno a la aplicación de este precepto con respecto del incluido en el art. 313 CP era más complejo, ya que al contener tanto supuestos de salida de España – *desde España*- , supuestos en los que esta era zona de paso –*en tránsito*- y con la misma como receptora –*o con destino a España*- se daba un solapamiento con el concepto “emigración” contenido en el art. 313 CP⁷⁶.

Se dudaría entonces en cuanto a la teoría que defendida anteriormente de un concepto de “emigración” abierto. La interpretación que comúnmente suele llevarse a cabo es aquella en la que supuestos en los que el trabajador extranjero llega a España se verán sometidos a la aplicación del art. 318 bis CP, ya que de un modo estrictamente literal, se trata de un fenómeno denominado “inmigración” no regulado por el art. 313 CP. Sin embargo, en base al estudio realizado en este trabajo sobre el concepto, se debería valorar el tipo penal que tiene lugar y no la semántica de los artículos, siendo de aplicación el tipo penal que se contempla en cada caso. Esto es, que en supuestos de inmigración de trabajadores en las que confluyan los medios comisivos contemplados en el art. 313 CP será de aplicación dicho art., en lugar de otro que a pesar de regular expresamente la inmigración no regule el tipo penal que se pretende castigar.

No cabe duda de que el tipo penal de art. 318 bis CP contemplará los casos en los que se de inmigración, entendiendo esta de manera estricta: “Llegar a un país para establecerse en él los naturales del otro”, tal y como establece la Academia de la Lengua. Según MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “consiguientemente lo que castiga el

⁷⁶ En este sentido se pronuncia MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Delitos contra los Derechos de los Trabajadores. Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

precepto penal es la intervención del autor para conseguir que extranjeros lleguen efectivamente a establecerse en España o en otros países de la Unión Europea”⁷⁷.

Pero esto no quiere decir que su tipo penal cubra todas las modalidades de inmigración, ni que otros delitos no puedan castigar también estos supuestos.

Por tanto, en caso de que coincidan en el mismo supuesto de hecho estos delitos, habrá que apreciar un concurso de leyes⁷⁸. Por un lado, el art. 313 CP se deberá aplicar en los casos en los que la emigración o inmigración afecte a los derechos del individuo como trabajador y no a los derechos que el mismo posee como persona⁷⁹. Este deslinde no es sencillo en la práctica, dado que son derechos intensamente interconectados.

Las dificultades interpretativas que surgían debido a la elevada pena prevista en el antiguo art. 318 bis CP -de 4 a 8 años de prisión-, que se veía incrementada en caso de intervenir engaño según el apdo. segundo de dicho art., afectando a la aplicación del art. 313 CP. Sin embargo, el legislador resuelve esta conflictividad asignando una pena más proporcionada al art. 318 bis CP en su nueva redacción -3 meses a 1 año-, que con respecto a los 2 a 5 años que prevé el art. 313 CP, le proporciona un margen más amplio de actuación a este tipo penal afirmando su carácter de especialidad.

Por último, se posiciona en esta postura la SAP de Madrid 470/2013, donde el ponente expone lo siguiente: “El art. 318 bis CP, que integrará él solo el Título XV bis “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros” no es aplicable al presente caso [...] Como la doctrina y jurisprudencia tienen establecido, si la migración, esto es, el fenómeno de desplazamiento internacional de personas para entrar a España o salir hacia otro país, se hace en relación a trabajadores, ya sean personas colocadas a las que se las ofrece unas condiciones mejores en el país de acogida, o sencillamente se promete una colocación a quién no tiene trabajo en su país de origen, el art. 313 desplaza este precepto”⁸⁰.

⁷⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Delitos contra los Derechos de los Trabajadores. Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

⁷⁸ MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 343.

⁷⁹ STS 385/2012, de 10 de mayo.

⁸⁰ SAP de Madrid 470/2013, de 14 de noviembre.

3.3. La trata de seres humanos.

Otro de los tipos penales que comúnmente se encuentra relacionado con el art. 313 CP es el contenido en el art. 177 bis CP. Este art. supone una de las más importantes novedades introducidas por la LO 5/2010⁸¹, de 22 de junio⁸². Incluido en el Título VII bis, De la trata de seres humanos, recoge la definición de trata que se establecía en el Protocolo de Palermo del año 2000. A grandes rasgos se entiende por trata de seres humanos la captación, traslado o recepción de personas, con fines de explotación sexual, laboral o de otro tipo, en contra de su voluntad o utilizando medios comisivos que amedrenten la misma. El art. 177 bis CP tras la reciente reforma llevada a cabo por la LO 1/2015, de 30 de marzo⁸³, queda redactado de la siguiente manera:

Art. 177 bis: “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, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la capture, transportare, trasladare, acogiere, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con cualquiera de las finalidades siguientes: a) La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad. b) La explotación sexual, incluyendo la pornografía. c) La explotación para realizar actividades delictivas. d) La extracción de sus órganos corporales. e) La celebración de matrimonios forzados.

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

⁸¹ LO 5/2010, de 22 de junio, que modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal. BOE, 23 de junio de 2010, núm. 152.

⁸² Defiende esta opinión TERRADILLOS BASOCO, De la trata de seres humanos, en Terradillos Basoco (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal. Tomo III. Derecho penal parte especial. Vol. I*, Ed. Iustel, 2011, p. 161.

⁸³ LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE, 31 de marzo de 2015, núm. 77.

2. Aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apdo. anterior, se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones indicadas en el apdo. 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 apdo. primero de este art.

4. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apdo. primero de este art. cuando: a) se hubiera puesto en peligro la vida o la integridad física o psíquica de las personas objeto del delito; b) la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o sea menor de edad.

Si 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 apdo. 1 de este art. 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 apdo. 4 de este art. se impondrán las penas en su mitad superior.

6. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apdo. 1 de este art. 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 apdo. 4 de este art. se impondrán las penas en la mitad superior. Si concurriere la circunstancia prevista en el apdo. 5 de este art. 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 apdo. 4 o la circunstancia prevista en el apdo. 5 de este artículo.

7. Cuando de acuerdo con lo establecido en el art. 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este art., se le impondrá la pena de multa del triple al quíntuple del beneficio obtenido. Atendidas las reglas establecidas en el art. 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apdo. 7 del art. 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 art. se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del art. 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 art. 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”.

Así, se modifican sus apdos. 1 y 4 ampliando aún más el espectro de situaciones que protege este tipo y modificando las circunstancias agravantes que recogía el apdo. cuarto.

Con la creación de este precepto se pretende la universalización de la protección de los seres humanos con independencia de su nacionalidad. Si bien en todo caso exige una

relación con España, ya que establece que la conducta se lleve a cabo desde, en tránsito, o con destino a España⁸⁴.

Castiga así como reo de trata de seres humanos al que, empleando los medios comentados a continuación, afectara a una persona con una diversidad de finalidades: imponerle trabajos o servicios forzados, esclavitud o prácticas similares así como servidumbre o mendicidad; la explotación sexual, incluida la pornografía; la extracción de órganos; la explotación para realizar actividades delictivas; o la celebración de matrimonios forzados⁸⁵. Los medios son los siguientes: “empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, la captare, transportare, trasladare, acogiere, recibiere o alojare con cualquiera de las finalidades que establece el tipo”⁸⁶.

Se trata pues de un tipo penal muy complejo, ya que el contenido que regula tanto en medios comisivos como finalidades abarca una gran cantidad de supuestos a tener en cuenta. Como afirma TERRADILLOS BASOCO, “la estructura del art. 177 bis es compleja. Al tipo básico, integrado por elementos atinentes a la conducta nuclear, a los medios y a los fines perseguidos, se añaden una prolija serie de agravaciones no siempre coherentes y otras disposiciones heterogéneas”⁸⁷.

Por ello, se lleva el estudio en concreto de aquellos aspectos que puedan dar lugar a conflicto con el precepto objeto de nuestro análisis, el art. 313 CP.

En primer lugar, la supresión que se lleva a cabo con la reforma de la LO 5/2010, de 30 de marzo⁸⁸, la redacción del art. 313 CP, de su apdo. primero puede relacionarse con el contenido del art. 177 bis CP. Así pues, la modificación efectuada en este precepto no supone una desprotección de los derechos de los trabajadores, ya que con la

⁸⁴ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ/ JUDEL PRIETO/ PIÑOL RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial*, Thomson-Civitas, Navarra, 2011, p. 149.

⁸⁵ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ/ JUDEL PRIETO/ PIÑOL RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial*, Thomson-Civitas, Navarra, 2011, p. 149-150.

⁸⁶ TERRADILLOS BASOCO, De la trata de seres humanos, en Terradillos Basoco (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal. Tomo III. Derecho penal parte especial. Vol. I*, Ed. Iustel, 2011, p. 162.

⁸⁷ TERRADILLOS BASOCO, De la trata de seres humanos, en Terradillos Basoco (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal. Tomo III. Derecho penal parte especial. Vol. I*, Ed. Iustel, 2011, p. 162.

⁸⁸ LO 5/2010, de 22 de junio, que modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal. BOE, 23 de junio de 2010, núm. 152.

introducción del art. 177 bis CP relativo a la Trata de seres humanos se ven recogidos buena parte de los comportamientos que anteriormente tenían cabida dentro del 313 CP⁸⁹, como refleja MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “dicha eliminación fue acompañada en la propia reforma de 2010 de la creación de un nuevo delito, el contenido en el art. 177 bis, que se integra en un nuevo Título (el Título VII bis), cuya rúbrica es De la trata de seres humanos. En este extenso art. se tipifican ahora las conductas que con la redacción anterior se castigaban en el art. 313.1”⁹⁰.

Por tanto, el concepto de imposición de trabajos o servicios forzados a seres humanos recogido en el art. 177 bis CP cubre aquellos supuestos en los que el art. 313.1 CP pretendía proteger a los trabajadores extranjeros, solo que de manera mucho más amplia e incluyendo en dicha protección tanto a extranjeros como a nacionales.

En segundo lugar, se encuentra la cláusula concursal reflejada en el apdo. 9 del art. 177 bis CP. En este apdo. se contiene una regla concursal en la que se establece que en todo caso, las penas previstas en el citado art. se impondrán sin perjuicio de aquellas que correspondan por los delitos efectivamente cometidos, “incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación”⁹¹. Así pues, esta cláusula permite la compatibilización de las conductas contenidas en el art. 177 bis CP con las tipificadas tanto en el art. 318 bis CP como con los restantes preceptos, como puede ser el art. 313 CP⁹².

De acuerdo con esta formulación, si las conductas del art. 313 CP fueran realizadas en la forma y con alguna de las finalidades previstas en el art. 177 bis CP a pesar de que la solución más correcta, según MUÑOZ CONDE⁹³, debería ser apreciar solamente este delito por ser especial y en principio más grave, la cláusula ante la que nos encontramos obliga a aplicar un concurso de delitos entre ambas figuras.

⁸⁹ En este sentido, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ/ JUDEL PRIETO/ PIÑOL RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial*, Thomson-Civitas, Navarra, 2011, p. 366.

⁹⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ/ PUENTE ALBA, *Derecho Penal económico y de la empresa*, Lección 7, punto V, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 364.

⁹¹ MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 188.

⁹² SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ/ JUDEL PRIETO/ PIÑOL RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial*, Thomson-Civitas, Navarra, 2011, p. 150.

⁹³ MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 185.

Llegados a este punto es necesario señalar la formulación que expone TERRADILLOS BASOCO en cuanto a la cláusula concursal y es que, a pesar de que se esté imponiendo la aplicación de un concurso, habrá que dilucidar también qué tipo de concurso será aplicable. “Hay que entender que entre el delito de trata de personas y el delito ulterior perseguido normalmente ha de apreciarse, dada la circunstancia cronológica y espacial que los separa, un concurso real: son dos o más delitos con sustantividad propia y procede acumulación de sanciones (art. 73). Pero el concurso entre medios típicos necesarios para el delito de trata –p.ej. *lesiones a consecuencia de la violencia aplicada y la trata misma*- deberá solventarse como concurso ideal (art. 77)”⁹⁴.

Se entiende entonces, que si el supuesto incluye el tipo penal regulado por el art. 318 bis CP y se da una situación de inmigración clandestina además de las circunstancias que den lugar al delito de trata, se dará un supuesto en el que se acumularán las penas. Sin embargo, en aquel delito en el que un mismo elemento de lugar al concurso, por ejemplo la mediación de engaño en la captación para trabajos forzados, que generaría un supuesto del art. 313⁹⁵ CP, debería solventarse mediante un concurso ideal, aplicando la pena correspondiente a la infracción más grave en su mitad superior.

Por último, mencionar que el engaño como medio comisivo es la forma más común empleada para la trata, tanto para la finalidad de explotación laboral como para la de carácter sexual. Por ejemplo, “reclutar a personas engañadas sobre el tipo de trabajo que van a realizar o sobre las condiciones de vida o de trabajo en el lugar de destino; o prometiendo la búsqueda de trabajo o regularización de su situación si son extranjeros”⁹⁶.

Se entenderá “captar” como aquel reclutamiento o consecución de la aceptación del sujeto pasivo de determinadas situaciones. Ya no sólo en aquellos supuestos de reclutamiento a través de una oferta de un puesto de trabajo inexistente o fraudulento, sino que “la conducta de captación requiere que la víctima, por iniciativa del autor,

⁹⁴ TERRADILLOS BASOCO, De la trata de seres humanos, en Terradillos Basoco (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal. Tomo III. Derecho penal parte especial. Vol. I*, Ed. Iustel, 2011, p. 167.

⁹⁵ Respecto de este concurso en base al engaño como punto común se pronuncia TERRADILLOS BASOCO, De la trata de seres humanos, en Terradillos Basoco (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal. Tomo III. Derecho penal parte especial. Vol. I*, Ed. Iustel, 2011, p. 167.

⁹⁶ POMARES CINTAS, El delito de la trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral, en *RECPC* N°13, 2011, p. 9.

adopte algún tipo de compromiso en virtud del cual se sienta obligada a prestar un servicio”⁹⁷.

Por tanto, se habrá de dar tanto el medio comisivo básico del art. 313 CP como la circunstancia añadida que establece el 177 bis CP para que se pueda apreciar concurso. Además, se deberá comprobar que el sujeto al que captaren fuese obligado a desarrollar actividad laboral, para que el sujeto pasivo del art. 313 CP se viera reflejado. Y, por otro lado, el afectado se deberá ver sometido a un traslado con elemento transnacional, ya que en caso contrario el art. que entraría a concurso sería el art. 312.2 CP.

Esta cláusula concursal implica que el delito de Trata de seres humanos entre en concurso con gran variedad de delitos, desde los que impliquen explotación sexual de la víctima -con los delitos contemplados en los arts. 187 a 189 CP- hasta los que impliquen la explotación laboral de la víctima -arts. 311 y siguientes del CP-⁹⁸.

En todos aquellos concursos en lo que entren en escena artículos como 313, 312 o 311 CP habrá que tener en cuenta que, mientras estos castigan al infractor por un solo delito independientemente de la cantidad de trabajadores afectados, el art. 177 bis CP castigará al infractor tantas veces como afectados por el delito exista. Esto es debido a que no estamos ante una figura que protege un bien jurídico supraindividual, sino que castiga en su lugar los comportamientos en contra de los bienes jurídicos individuales de las personas, a saber: dignidad, libertad e integridad moral.

CONCLUSIONES.

El estudio del delito contenido en el art. 313 CP y su relación con los arts. 312, 318 bis, 177 bis y 248 CP ha permitido comprobar cómo nuestro legislador ha integrado en nuestro ordenamiento jurídico una protección de los derechos de los trabajadores migrantes un tanto compleja. Esta regulación trata de ofrecer protección a dichos sujetos desde diversas perspectivas, dando un enfoque un tanto difuso que con las sucesivas reformas del Código Penal ha ido tomando forma y coherencia. Así pues, desde el punto de vista de este estudio, la técnica legislativa empleada no contribuye a una protección

⁹⁷ POMARES CINTAS, El delito de la trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral, en *RECPC* N°13, 2011, p. 8.

⁹⁸ Estudia más en profundidad este tema VILLACAMPA ESTIARTE, El delito de Trata de personas: análisis del nuevo artículo 177 bis CP desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación, en *AFDUDC* N° 14, 2010, p. 858.

eficaz de estos derechos, ya que en ocasiones genera más problemas interpretativos que soluciones.

Por una parte, son preceptos configurados de tal manera que, para determinar cuál de ellos será de aplicación, habrá de entrar el Magistrado competente en un estudio sobre la naturaleza del asunto en concreto y su posible correspondencia con cada tipo penal. Pudiendo así ser remitido a uno u otro dependiendo de la procedencia geográfica del trabajador o de los medios comisivos que hayan intervenido o no en el supuesto concreto.

A esto es necesario añadir que se da un uso frecuente a conceptos normativos que han sido objeto de distintas interpretaciones, nos referimos al término “emigración”, lo que ha generado ciertas discordancias en la aplicación final del art. 313 CP. Por estas reiteraciones e incongruencias que hacen difícil la comprensión de los preceptos, consideramos que sería conveniente reformar el art. 313 CP y dotarlo de una redacción más clara e incluir la referencia al término “inmigración” zanjando así la discusión y dando cabida en el art. 313 CP a todo fenómeno migratorio que tenga finalidad laboral.

Todo esto, sumado al estudio de distintas sentencias en las que han sido de aplicación los artículos estudiados, lleva a la conclusión de que se trata de unas figuras delictivas que han dado lugar a pronunciamientos jurisprudenciales dispares, pues ante unos mismos hechos se han aplicado delitos diversos con penas de diferente gravedad.

Por lo demás, con el análisis de los puntos de conexión entre los artículos estudiados, se alcanzan las siguientes conclusiones:

a) La aplicación del art. 313 CP debe quedar limitada a aquellos casos en los que medie desplazamiento transnacional, ya que de manera contraria, el precepto aplicable será el 312 CP. Este artículo tiene como vocación proteger la normativa laboral nacional en aquellas relaciones que surjan dentro del territorio, extrapolando las conductas más agravadas a la jurisdicción penal. De igual manera, los supuestos que acontezcan en el territorio de la Unión Europea quedarán dentro del ámbito de aplicación de los arts. 311 y 312 CP. Esto se debe a que, de acuerdo con el principio de libre circulación y la normativa comunitaria a la que está suscrito nuestro país, se asimila el territorio europeo como un único ámbito carente de fronteras.

b) En la interpretación de art. 318 bis CP se alcanzan las siguientes conclusiones: en primer lugar, castigará los movimientos transfronterizos con la característica de clandestinidad, proporcionando protección a los ciudadanos extranjeros, sean o no trabajadores; y en segundo lugar, el análisis de la jurisprudencia permite afirmar que la aplicación del art. 313 CP es un tanto limitada, pues en la mayoría de sus pronunciamientos se da preferencia a la aplicación del art. 318 bis CP. Se han estudiado numerosos casos de determinación a la emigración con elemento engañoso donde, al ser España el país de destino, tanto el Ministerio Fiscal como la jurisprudencia se inclinan por la aplicación del art. 318 bis CP, sin siquiera hacer referencia al art. 313 CP. Esto tiene lugar, desde el punto de vista de este análisis, debido a la diferencia abismal entre las penas de ambos delitos, desproporcionalidad que se ha visto resuelta con la reciente reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo. Dicha desproporcionalidad en las penas dejaba en la práctica al tipo penal del art. 313 CP inoperativo, ya que se veía incapaz de proteger a los trabajadores inmigrantes. Con la reforma que lleva a cabo el legislador mediante la LO 1/2015, de 30 de marzo, se espera que el legislador aplique el art. 313 CP de manera homogénea en todos aquellos casos en que haya migración con finalidad laboral, dejando de lado la interpretación restrictiva del término “emigración” que ha tenido lugar hasta ahora.

c) La relación concursal del tipo penal regulado en el art. 313 CP con el delito de trata de seres humanos contenido en el art. 177 bis CP viene derivada de la cláusula concursal recogida expresamente en su apdo. 9. En consecuencia, se aplicarán ambos artículos en la modalidad de concurso ideal de delitos cuando se lleve a cabo captación de seres humanos con la finalidad de explotación laboral mediante engaño. Con la introducción del art. 177 bis tras la reforma 5/2010, de 22 de junio, estos supuestos han ido en auge, por lo que es habitual encontrar ambos en relación concursal.

En resumen, se concluye que no es sencillo aplicar el delito tipificado en el art. 313 CP, ya que se encuentran varios tipos penales que se asemejan al mismo y, en muchas ocasiones, pueden llevar a situaciones complejas en las que la apreciación de una figura u otra dependerá de la interpretación de su redacción o de conceptos concretos que estos artículos contenga. Y que, aunque en el trabajo se han puesto de manifiesto diversas postulaciones en las que el art. 313 CP sería de aplicación bajo este punto de vista, los

criterios interpretativos que puedan seguir los profesionales de la materia pueden llevarles a conclusiones totalmente opuestas a las aquí presentadas.

En conclusión, sería conveniente acometer una reforma del art. 313 CP que atajara todos los problemas interpretativos que plantea el mismo, delimitando con claridad el ámbito de aplicación de éste frente a otros supuestos migratorios o de explotación sin finalidad laboral. No obstante, con la reciente reforma penal operada por LO 1/2015, de 30 de marzo, se introduce una notable diferencia de penas entre las figuras delictivas y ello puede determinar un giro en la aplicación de estas figuras delictivas.

BIBLIOGRAFÍA.

- ABELLANET GUILLOT/ BORRELL QUEROL/ RIERA BOTET, *El nuevo Código Penal y sus principales delitos comentados para el ciudadano*, Cedecs, 1998.
- DAUNIS RODRÍGUEZ, *El Derecho Penal como herramienta de la política migratoria*, Comares, Granada, 2009.
- DE LA CUESTA AGUADO, *Delitos de tráfico ilegal de personas, objetos o mercancías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 5/2011 de 2 de noviembre: criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración.
- GARCÍA SÁNCHEZ. La pretendida protección jurídico-penal de los inmigrantes en el art. 318 bis del Código Penal, en *ADPCP*, Vol. LVIII, 2005.
- GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS/ GENTIANA SUSAJ/ REQUENA ESPADA, La dimensión laboral de la trata de personas en España, en *RECPC* N° 11, 2009.
- GONZÁLEZ CUSSAC/ MATA LLÍN EVANGELIO/ ORTS BERENGUER/ ROIG TORRES, *Esquemas de Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- IGLESIAS SKULJ, Art. 318 bis: delitos contra los ciudadanos extranjeros, en González Cussac (Dir.)/ Matallín Evangelio (Coord.)/ Górriz Royo (Coord.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ/ PUENTE ALBA, *Derecho Penal económico y de la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Delitos contra los Derechos de los Trabajadores. Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

- MAYORDOMO RODRIGO, Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas, en *Estudios penales y criminológicos*, Vol. XXXI, 2011.
- MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- NAVARRO CARDOSO, *Los delitos contra los Derechos de los Trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- POMARES CINTAS, El delito de la trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral, en *RECPC* N°13, 2011.
- QUINTERO OLIVARES (Dir.)/ MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Navarra, 2011.
- RODRÍGUEZ MESA, Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, en Terradillos Basoco (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal. Tomo III. Derecho penal parte especial. Vol. I*, Ed. Iustel, 2011.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ/ JUDEL PRIETO/ PIÑOL RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial*, Thomson-Civitas, Navarra, 2011.
- TERRADILLOS BASOCO, De la trata de seres humanos, en Terradillos Basoco (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal. Tomo III. Derecho penal parte especial. Vol. I*, Ed. Iustel, 2011.
- VILLACAMPA ESTIARTE en Quintero Olivares (Dir.)/ Morales Prats (Coord.), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Navarra, 2011.
- VILLACAMPA ESTIARTE, El delito de Trata de personas: análisis del nuevo art. 177 bis CP desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación, en *AFDUDC* N° 14, 2010.

ANEXO I: ÍNDICE DE SENTENCIAS.

a) Tribunal Supremo.

STS 298/2015, de 13 de mayo.

STS 678/2014, de 9 de octubre.

STS 1029/2012, de 21 de diciembre.

STS 385/2012, de 10 de mayo.

STS 1056/2005, de 24 de febrero.

b) Audiencias Provinciales.

SAP de Badajoz 112/2015, de 24 de abril.

SAP de Palencia 8/2015, de 14 de abril.

SAP de Vizcaya 17/2015, de 9 de marzo.

SAP de Madrid 327/2014, de 31 de julio.

SAP de Salamanca 14/2014, de 16 de mayo.

SAP de Pontevedra 86/2014, de 10 de abril.

SAP de Barcelona 94/2014, de 28 de febrero.

SAP de las Islas Baleares 59/2014, de 27 de febrero.

SAP de Girona 63/2014, de 10 de febrero.

SAP de Madrid 470/2013, de 14 de noviembre.

SAP de Santa Cruz de Tenerife 338/2013, de 8 de julio.

SAP de las Islas Baleares 138/2013, de 13 de junio.

SAP de Valencia 225/2002, de 6 de noviembre.

SAP de Girona 442/1998, de 10 de noviembre.