

UNIVERSIDAD DE ALMERÍA

Facultad de Derecho



Tesis Doctoral

**El Delito de Trata de Seres
Humanos. Una aproximación
Político-Criminal**

*THE CRIME OF TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS. A POLITICAL-CRIMINAL
APPROACH*

Autora:

Marta Pardo Miranda

Directora:

Fátima Pérez Ferrer

Programa de Doctorado Ciencias Económicas, Empresariales y Jurídicas

Almería, julio 2022

El Delito de Trata de Seres Humanos. Una aproximación Político-Criminal

INDICE

ABREVIATURAS	9
AGRADECIMIENTOS	11
RESUMEN	12
ABSTRACT	13
INTRODUCCIÓN.....	14
I. Objetivos: Un abordaje integral.....	14
II. Metodología	15
III. Presupuestos para el análisis político-criminal	18
CAPÍTULO I -. APROXIMACIÓN AL FENÓMENO CRIMINAL: TRATA DE SERES HUMANOS.....	22
I. Aproximación al concepto de trata de seres humanos.....	22
1. Determinación de la trata de seres humanos.....	22
2. Algunas consideraciones sobre la inmigración clandestina de personas	30
3. Algunas consideraciones sobre el tráfico ilegal de personas	34
4. El concepto de trata de personas	37
II. Aproximación criminológica.....	43
1. Etiología del delito de trata de seres humanos.....	43
2. Análisis de la fenomenología criminal	52
2.1. La trata para explotación sexual	58
A) Perfil de los tratantes	59
B) <i>Modus Operandi</i>	62
C) Perfil de las víctimas.....	66
2.2. La trata para explotación laboral	73
A) Perfil de los tratantes	77
B) <i>Modus Operandi</i>	79

C) Perfil de las víctimas.....	81
2.3. La trata para mendicidad	84
A) Perfil de los tratantes	85
B) <i>Modus Operandi</i>	85
C) Perfil de las víctimas.....	86
2.4. La trata para matrimonio forzado	86
A) Perfil de los tratantes	87
B) <i>Modus Operandi</i>	88
C) Perfil de las víctimas.....	89
2.5. La trata con finalidad de obligar a participar en actividades delictivas.....	89
2.6. La trata para trasplante de órganos	90

CAPÍTULO II -. PRINCIPALES INSTRUMENTOS LEGISLATIVOS

SUPRANACIONALES	93
I. Consideraciones previas	93
II. Instrumentos legislativos supranacionales	94
1. Instrumentos en el ámbito de Naciones Unidas.....	94
III. Normativa europea.....	102
1. Consejo de Europa	105
IV. Derecho comparado	109
1. El delito de trata de seres humanos en Italia.....	109
A) Marco legal	109
B) El delito de trata de seres humanos del art. 601 del Código Penal italiano	116
a) Bien jurídico protegido	116
b) Elementos del delito.....	116
c) Punibilidad	120
2. La regulación del delito de trata de seres humanos en otros Códigos Penales europeos	121
A) El delito de trata de seres humanos en Alemania	121
B) El delito de trata de seres humanos en Francia.....	125

C) El delito de trata de seres humanos en Portugal	127
D) El delito de trata de seres humanos en Reino Unido	129
3. Valoraciones finales.....	135

CAPÍTULO III -. ANÁLISIS SISTEMÁTICO DEL DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL (ART. 177 BIS) ... 137

I. Evolución legislativa del delito de trata de seres humanos en España.....	137
1. El delito de trata en la LO 10/1995, de 23 de noviembre.	138
2. Introducción del tipo tras la LO 5/2010, de 22 de junio.	143
3. Modificación del delito de trata por la LO 1/2015, de 30 de marzo.....	147
II. Bien jurídico protegido en el art. 177 bis 1 CP	148
1. Bienes jurídicos individuales	151
1.1. La dignidad como bien jurídico penal	151
1.2. El bien jurídico “integridad moral”	160
1.3. El bien jurídico “libertad”.....	164
2. Bienes jurídicos supraindividuales.	165
2.1. Control de los flujos migratorios	165
2.2. Delito pluriofensivo.....	168
3. Toma de postura.....	171
III. El delito de trata de seres humanos: tipo básico (Art. 177 bis 1)	173
1. Consideraciones previas: ubicación sistemática y naturaleza del delito.....	173
2. Elementos objetivos del tipo.....	176
2.1. Sujetos	176
A) Sujeto activo	176
B) Sujeto pasivo.....	179
2.2. Conductas típicas	181
A) Acción.....	181
a) Captación.....	186
b) Transporte	190

c) Traslado.....	192
d) Acogimiento.....	193
e) Intercambio o Transferencia de control	194
f) Recibir	195
B) Elemento geográfico: desde, en tránsito o con destino a España	196
C) Medios comisivos	203
a) Violencia	206
b) Intimidación	210
c) Engaño.....	211
d) Abuso de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima	214
e) Entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona.....	220
3. Elementos subjetivos del tipo	220
3.1. La imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre o a la mendicidad.....	225
A) Trabajo forzado.....	225
B) Esclavitud y prácticas similares a la esclavitud	234
3.2. La explotación sexual (incluida la pornografía)	241
A) Algunas precisiones terminológicas	241
B) Trata y prostitución	247
C) Tratamiento de la explotación sexual en el Código Penal	253
3.3. La explotación para realizar actividades delictivas	258
3.4. La extracción de sus órganos corporales	261
3.5. La celebración de matrimonios forzados.....	271
A) Consideraciones previas sobre el matrimonio forzado.....	271
B) Precisión terminológica	273
C) Tratamiento penal del matrimonio forzado.....	279
3.6. Toma de postura	281
4. <i>Iter criminis</i>	282
5. Autoría y participación	285
6. Relaciones concursales	291

6.1.	Determinaciones previas.....	291
6.2.	Delitos contra la vida y la integridad.....	298
	A) Homicidio	298
	B) Amenazas y coacciones	299
	C) Detenciones ilegales	299
6.3.	Los delitos relacionados con la explotación posterior.....	299
	A) Delitos contra los derechos de los trabajadores.....	300
	a) Delito de tráfico ilegal de mano de obra (Art. 312.1 CP).	303
	b) Delito de recluta o de determinación al abandono del puesto de trabajo (art. 312-2, parte 1).....	304
	c) Delito de emplear a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones perjudiciales (art. 312-2, parte 2)	305
	d) Delito de imposición de condiciones laborales (art. 311 y 312.2 <i>in fine</i> CP).....	306
	B) Delitos contra la libertad sexual.....	307
	a) Delito de prostitución coactiva mayores de 18 años (art. 187 CP)	308
	b) Prostitución de menores e incapaces (Art. 188 CP).....	315
	C) Delito de extracción de órganos corporales (Art. 156 bis CP)	317
	a) Bien jurídico protegido	321
	b) Sujetos.....	321
	c) Conducta típica.....	322
	D) Delito de matrimonio forzado (Art. 172 bis CP)	326
6.4.	Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (Art. 318 bis CP)	330
	A) Bien jurídico protegido	334
	B) Tipo básico (art. 318 bis. 1).	340
	C) Sujetos del delito.....	342
	D) Finalidad	345
	E) Valoraciones finales	346
7.	Penalidad.....	350
	7.1. La penalidad en el tipo básico del delito	350
	7.2. La responsabilidad de las personas jurídicas en el delito de trata de seres humanos.....	354

7.3.	Exención de responsabilidad penal.....	358
8.	Tipos agravados	360
8.1.	Agravaciones que atienden al sujeto pasivo	362
	A) Puesta en grave peligro de la víctima	363
	B) La víctima menor de edad.....	365
	C) Situación de especial vulnerabilidad de la víctima por razón de enfermedad, discapacidad o situación	367
8.2.	Agravaciones que atienden al sujeto activo.....	369
	A) Autoridad, agente de esta o funcionario público	369
	B) Delincuencia organizada.....	371
	a) Organización Criminal	376
	b) Asociación criminal	381
	c) <i>Modus Operandi</i> de las organizaciones criminales.....	385
CAPÍTULO IV -. LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS.....		387
I.	Consideraciones previas	387
II.	El perfil de la víctima.....	391
III.	Protección de la víctima en la normativa supranacional.....	392
IV.	Protección de la víctima en el ordenamiento jurídico español	399
V.	Reparación de la víctima.....	409
	1. El derecho a indemnización	409
	2. La condición de refugiado	413
VI.	La víctima menor.....	416
VII.	Ley integral contra la trata de seres humanos	423
	1. Consideraciones previas	423
	2. Respuesta institucional	424
	3. Borrador del Proyecto de Ley Integral contra la Trata de Seres Humanos ...	432
CAPÍTULO V -. OTRAS FINALIDADES DE EXPLOTACIÓN		439
I.	Consideraciones previas	439
II.	Venta de menores y adopciones ilegales.....	439

III. Trata de personas con fin de explotación reproductiva: gestación subrogada....	443
CAPÍTULO VI -. CONCLUSIONES	461
BIBLIOGRAFÍA	474
WEBGRAFÍA	496
ANEXO JURISPRUDENCIAL	508

La Libertad se aprende ejerciéndola

Clara Campoamor

ABREVIATURAS

AAP: Auto de la Audiencia Provincial
AAVV: Autores Varios
ACCEM: Asociación Católica Española de Inmigrantes
AP: Audiencia Provincial
APRAMP: Asociación para a Prevención, Reinserción y atención de la Mujer prostituida
art. / arts.: artículo / artículos
ATC: Auto del Tribunal Constitucional
ATS: Auto del Tribunal Supremo
BOE.: Boletín Oficial del Estado
CC: Código Civil
CCOO: Comisiones Obreras
CE: Constitución Española
CENDOJ: Centro de Documentación Judicial
CGPJ: Consejo General del Poder Judicial
CITCO: Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado
Coord. / s: Coordinador / coordinadores
CP: Código Penal
CTDC: *Counter Trafficking Data Collaborative*
Dir. / Dirs.: Director / directores
DS: Diligencias de Seguimiento
DSTSH: Diligencias de Seguimiento Trata de Seres Humanos
DUDH: Declaración Universal de los Derechos Humanos
Ed.: Edición
Edit.: Editorial
EUROJUST: Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Judicial Penal
EUROPOL: Oficina Europea de Policía
EUROSTAT: Oficina estadística de la Unión Europea
FGE: Fiscalía General del Estado
FFCCS: Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado
FJ: Fundamento Jurídico
GRETA: Grupo de Expertos sobre Lucha contra la Trata de Seres Humanos
LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

LECrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal
LEVD: Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito
LO: Ley Orgánica
LTRHA: Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida
OACDH: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
OIM: Organización Internacional para las Migraciones
OIT: Organización Internacional del Trabajo
Op. cit.: Opere Citato (Obra citada)
OSCE: Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa
P. / pp.: Página / páginas
NCA: Agencia Nacional del Crimen
NNUU: Naciones Unidas
RAE: Real Academia Española
SAN: Sentencia de la Audiencia Nacional
SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial
ss: Siguietes
STC: Sentencia del Tribunal Constitucional
StGB: *Strafgesetzbuch*
STPOs: *Slavery and Trafficking Prevention Orders* (Órdenes de prevención de la esclavitud y la trata)
STROs: *Slavery and Trafficking Risk Orders* (Órdenes de Riesgo de Esclavitud y Trata)
STS: Sentencia del Tribunal Supremo
TC: Tribunal Constitucional
TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TIC: Tecnologías de la Información y la Comunicación
TMAD: *The Trafficked Migrants Assistance Database*
TS: Tribunal Supremo
UCRIF: Unidades contra las Redes de Inmigración Ilegal y Falsedad Documental
UE: Unión Europea
UEFGE: Unidad de Extranjería de la FGE
UNODC: Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito
Vol.: Volumen
VV. AA: Varios Autores

AGRADECIMIENTOS

*“No creo en las musas..., pero si llegan que me pillen trabajando”*¹. Desde niña me enseñaron que si quieres algo tienes que trabajar para conseguirlo. Este mantra ha guiado mi carrera profesional y me puso delante el difícil reto de realizar una tesis doctoral, que supuso el inicio de un proyecto ilusionante después de una caída. Esto, no hubiera sido posible sin el apoyo de las personas que siempre han estado a mi lado, el de las que se han embarcado conmigo y el de las que he tenido la suerte de conocer en el camino.

Por ser el pilar fundamental en mi vida, tengo que agradecer, en primer lugar, a mi familia: A mis padres, Manuel e Isabel, por enseñarme el valor del trabajo. Gracias mamá, por ser mi soporte vital y el de toda la familia, eres mi referente, el lugar donde los problemas desaparecen, mi persona. Gracias papá, por enseñarme a ser disciplinada, honrada y “graciosilla”. A mis hermanos, Manolo y María, por tenderme la mano. A mi pareja, José, por estar y quererme, tanto y en todas mis versiones.

Para hacer una tesis, debes contar con un guía y un referente. En este caso, corresponde dar las gracias a Fátima Pérez y José Eduardo Sainz-Cantero, por ser mis maestros, pero, sobre todo, por confiar en mí y estar dispuestos a apoyarme cuando más lo necesitaba, así como a las personas que he conocido en la OTRI, porque sin saberlo me devolvieron la ilusión. Gracias por lo aprendido y por los buenos momentos.

A mis amigas, las de siempre.

A las mujeres, a las que sufren la violencia y a las que luchan por acabar con ella.

En último lugar, gracias a los que ya no están, a mis abuelos, que pusieron la primera piedra y tantas otras. A mi abuela Lola, que tantas veces le dije que cerrara la puerta porque tenía que estudiar y que, preocupada, cada día me preguntaba cuándo dejaría de estudiar. Abuela, creo que eso no va a suceder nunca, pero no te preocupes, soy feliz.

¹ Pablo Ruiz Picasso.

RESUMEN

Esta tesis aborda una de las formas de criminalidad más atroces en nuestros días por suponer uno de los más graves atentados a la dignidad humana, el delito de trata de seres humanos. El estudio parte de un enfoque amplio y multidisciplinar con el objeto de evitar una concepción simplista y sesgada de un fenómeno delictivo complejo. Para ello, la investigación se inicia con una aproximación criminológica del delito que permite conocer información válida y eficaz sobre el hecho delictivo, víctimas, tratantes, sus formas de actuación y prevención. Una vez concluido dicho análisis, se acude a la normativa internacional y comunitaria que conceptualiza la trata de seres humanos y que determinará la regulación del delito en nuestro Ordenamiento Jurídico, así como el tratamiento que el mismo ha recibido en las legislaciones de los países vecinos, este último, como fuente de inspiración a través del conocimiento de otras realidades jurídicas para, a continuación, llevar a cabo el análisis sistemático del delito autónomo del artículo 177 bis del Código Penal, introducido en el ordenamiento jurídico penal por la Ley Orgánica 5/2010, con el objeto de determinar si la actuación del legislador español ha cumplido los compromisos internacionales adquiridos, a través de una postura crítica con el fin de coadyuvar a la mejora en la tipificación de esta figura delictiva. El texto concluye con un enfoque victimocéntrico, que permita situar a la víctima en el centro de las decisiones político-criminales con independencia de su posición en el proceso penal para, al mismo tiempo, garantizar el respeto a los principios informadores del derecho penal, fundamentalmente el principio de intervención mínima.

ABSTRACT

This thesis deals with one of the most heinous forms of crime in this day and age as it entails one of the most serious attacks on human dignity, the crime of trafficking in human beings. This study is based on a broad and multidisciplinary approach in order to avoid a simplistic and biased conception of a complex criminal phenomenon. To do this, the investigation begins with a criminological approach to the felony that provides valid and effective information about the crime, victims, traffickers, their forms of action and prevention. Once analysis was concluded, international and community regulations were consulted so as to conceptualize human trafficking, the aim to determine the regulation of the felony in our Legal System, as well as the treatment which it has received in the legislation of our neighboring countries, the latter, as a source of inspiration through the knowledge of other legal realities to then carry out the systematic analysis of the autonomous type of article 177 bis of the Penal Code, introduced in the criminal legal system by Organic Law 5/2010 , in order to determine whether the action of the Spanish legislator has complied with the international commitments acquired, by means of a critical stance to contribute to the improvement in the typification of this criminal figure. The text study concludes with a victim-centric approach allows to place the victim at the center of political-criminal decisions regardless of their position in the criminal process to, at the same time, guarantee respect for the informative principles of criminal law, fundamentally the principle of minimum intervention.

INTRODUCCIÓN

I. OBJETIVOS: UN ABORDAJE INTEGRAL

En 2020 se cumplió el vigésimo aniversario del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención contra la delincuencia organizada transnacional, aprobado en el 2000 y suscrito por un total de 176 países y que exige a los Estados Parte la adopción de medidas para acabar con este delito (art. 5)². Desde su aprobación, y especialmente en los últimos diez años, son muchos los países que han tipificado penalmente este fenómeno o han reformado su regulación en este ámbito. Sin embargo, no se ha alcanzado la pretendida armonización legislativa.

Para determinar si la actuación de los Estados Parte, especialmente España, es acorde a este instrumento internacional y si la armonización se ha llevado a cabo o no y, en este caso, cuáles son las medidas que los legisladores nacionales e internacionales deben adoptar para poder remar de forma eficiente contra la delincuencia, con más razón si cabe tratándose de la delincuencia transnacional en la que la fragmentación intensifica los problemas para alcanzar soluciones, se convierte en requisito previo precisar los conceptos básicos y distinguir los niveles de discusión en torno a la trata y la explotación de personas, ya que, con frecuencia, su uso no deja plenamente claro los contenidos y significados en juego. A ello se suma una discusión inconclusa, compleja y de largo arrastre, que introduce la prostitución como telón de fondo en lo que respecta a la trata con esta finalidad³, pues en nuestro estudio abordamos todas las finalidades de explotación que hoy contempla nuestra legislación, pero también aquellas otras finalidades que no están previstas y cuya incorporación al tipo penal debe ser, por lo menos, cuestionada y analizada para así poder concretar la línea político-criminal seguida por nuestro legislador y la necesidad o no de mejoras. Así, por ejemplo, en España sólo

² NACIONES UNIDAS. Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños, de 15 de noviembre de 2000, que complementa el Convenio contra la delincuencia organizada transnacional. Disponible en:

https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ProtocolTraffickingInPersons_sp.pdf

³ PORTERIE P. Y ROMANO, A., Trata y Explotación Sexual: fronteras del delito. Un análisis desde la política criminal, *Revista Penal y Estado*, 2019, p. 99.

se puede sancionar penalmente la trata de personas que se lleve a cabo con fines de explotación sexual, la imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad, la explotación para realizar actividades delictivas, la extracción de sus órganos y la celebración de matrimonios forzados. En cambio, no se puede sancionar en aplicación del artículo 177 bis del Código Penal, por ejemplo, la trata de seres humanos con fines de adopción ilegal o de explotación reproductiva.

De este modo, son varias las razones que justifican este trabajo de investigación. En primer lugar, determinar si las reformas llevadas a cabo por nuestro legislador responden a los mandatos internacionales o una política criminal verdaderamente orientada a la efectividad de las medidas. En segundo lugar, y en relación al anterior, analizar el estado actual del fenómeno delictivo, para en último término, determinar la repercusión de la legislación penal sobre el mismo, así como las medidas extrapenales fundamentales en la prevención y protección. Tradicionalmente no es una cuestión atendida por el Derecho Penal, si bien, es posible un cambio de rumbo dirigiendo los esfuerzos a la protección de los Derechos Humanos a través de un enfoque victimocéntrico, pues nos encontramos ante uno de los más graves atentados contra estos.

Estamos ante un fenómeno con un marcado carácter mercantilista, que requiere de un abordaje integral y con perspectiva de género⁴, así como el análisis y diferenciación de figuras afines con el objeto de mejorar el marco normativo actual.

II. METODOLOGÍA

La Ciencia del Derecho Penal es una Ciencia empírico-cultural, que entrecruza la realidad y el valor y tiene como objeto de estudio el conjunto de normas que integran el ordenamiento penal positivo⁵. Nuestra tarea debe proyectarse sobre este ordenamiento,

⁴ A estas dos variables se refiere OLARTE ENCABO, S., “La prostitución voluntaria: ¿una forma de esclavitud o de ejercicio de libertad personal, de trabajo y de empresa?” en (Coord.) Pérez Alonso, E. *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 523 respecto al fenómeno de la prostitución, pero entendemos que es extensible a todas las formas de explotación que acoge el tipo penal del artículo 177 bis CP pues el lucro perseguido y la sumisión de la mujer son paladinos.

⁵ SÁINZ CANTERO, J.A., *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, Tomo I, Bosch, Barcelona, 1990, p. 63.

no solo en su estructura formal externa sino como un todo compuesto por esas normas, el contenido de ellas y el fin que persiguen.

Empleando el método técnico-jurídico analizamos la realidad del delito de trata de seres humanos en nuestro país, así como los problemas interpretativos que la regulación de este tipo penal ha supuesto y que, por tanto, justifica el estudio dogmático del mismo.

El estudio de cualquier Ciencia precisa de un método, el adecuado a la elaboración del objeto de la ciencia del Derecho Penal es el método técnico-jurídico. Siguiendo este método la investigación se desarrolla en tres etapas⁶:

En una primera fase, se ha desarrollado un método interpretativo también llamado “fase exegética”. En esta fase se ha llevado a cabo la recolección de datos que han permitido proceder a la elaboración del sistema en la fase siguiente. Supone la interpretación de la norma, mediante la indagación de su verdadero sentido y alcance. En esta fase nos hemos servido de diversos instrumentos que han facilitado la captación de datos (históricos, gramaticales y teleológicos), a través del análisis exhaustivo de la bibliografía existente en la materia, complementada con el análisis de la legislación pertinente y la jurisprudencia dictada por los tribunales.

Todo ello, sin dejar al margen las demás Ciencias penales como la Criminología, la Penología y la Política Criminal, por su relación con la Ciencia del Derecho Penal. La Política criminal aporta una concepción del Derecho penal complementaria a la Dogmática penal y a la Criminología. Saberes de los que se alimenta, junto a otros como la Sociología o la Ciencia política, pues tan complejo como es el crimen así son y deben ser las soluciones. Esto es, siendo la criminalidad un complejo problema político y social, su comprensión requiere de la interdisciplinariedad. De la comunicación entre Criminología, Derecho penal y Política criminal, siendo la última la disciplina “mediadora o puente” entre los conocimientos empíricos de la primera y los normativos de la segunda. Hablamos de esa “ciencia total” que ya anunciaba VON LISZT⁷.

⁶ Método propuesto por Rocco citado por MORILLAS CUEVA, L., *Metodología y Ciencia Penal*, 3ª Edición, Universidad de Granada, 1993, p. 153.

⁷ Vid. en QUINTERO OLIVARES, G. (Coord.), *Curso de Derecho penal. Parte general*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1996, p. 176. Citado por SANZ MULAS, N., *Evolución de la política criminal y sus*

En lo que respecta a los aspectos criminológicos, se han examinado las investigaciones existentes, publicadas en España y en el ámbito supranacional, si bien no se ha incorporado un estudio empírico propio. Además, se ha abordado la literatura jurídica sobre la cuestión, así como la normativa comparada, los códigos penales de Europa continental y la regulación en Reino Unido como ejemplo de regulación en un país de *Common Law*.

En segundo lugar, continuamos con el análisis dogmático. Tras la recolección de los datos y elaboración de estos hemos construido el sistema presente. La elaboración de los datos jurídicos se ha llevado a cabo por análisis y síntesis, descomponiendo y recomponiendo. Mediante la síntesis hemos llegado a la construcción de conceptos. Por su parte, el análisis ha permitido poner de relieve las semejanzas y diferencias existentes entre los diferentes fenómenos.

Para finalizar, procedemos a la fase de crítica, en la que hemos puesto de manifiesto los problemas de la realidad jurídica y donde proponemos las oportunas modificaciones de *lege ferenda*. La crítica se ha llevado a cabo desde dos vertientes: la jurídica, apoyada en criterios valorativos-dogmáticos (Ciencia del Derecho Penal), y la política, basada en consideraciones de orden social (Política Criminal).

Este enfoque metodológico no sería posible sin el análisis jurisprudencial ya que el mismo supone la manera más adecuada de determinar la respuesta que el ordenamiento jurídico está dando a un problema social de tamaño gravedad, como es la trata de seres humanos. Antes de seleccionar las fuentes jurisprudenciales se definieron las categorías de análisis que utilizar para poder determinar aspectos fundamentales del problema aquí planteado: medio empleado para la captación de la víctima, finalidad de la trata, sexo y edad de la víctima, nacionalidad de autor y víctima, y, por último, relación con otras modalidades delictivas. El objeto del análisis jurisprudencial es el análisis cuantitativo y cualitativo de los elementos del delito y otros de interés que pudieran ayudar a la descripción del fenómeno de la trata de seres humanos y la posición de nuestros tribunales, especialmente las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo desde 2010, respecto a los elementos de esta figura delictiva y cómo el mismo afronta las diferentes

protagonistas: del totalitarismo de la raza al totalitarismo del dinero, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 26.

controversias que han ido surgiendo desde la incorporación del tipo a nuestro orden penal, para ello se han utilizado las bases de datos del Consejo General del Poder Judicial (CENDOJ), la de Aranzadi y la de la editorial Tirant lo Blanch. También se ha acudido a las diversas memorias de la Fiscalía General del Estado como fuente de información sobre la evolución de la criminalidad, la prevención del delito y las reformas convenientes para una mayor eficacia de la Justicia, así como la armonización de los criterios de actuación, lo que se ha completado con información facilitada por profesionales activos en el ámbito de la Administración de Justicia (Fiscalía, Inspección de Trabajo y ONG), lo que ha permitido abordar el estudio desde la realidad práctica.

III. PRESUPUESTOS PARA EL ANÁLISIS POLÍTICO-CRIMINAL

La Política criminal es la disciplina encargada de estudiar y analizar el conjunto de medidas, criterios y argumentos que emplean los poderes públicos para prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal o, dicho de otra forma, el planteamiento que desde el Estado se establece para tratar y hacer frente al fenómeno criminal. Su objeto no es solo la legislación penal, sino todas aquellas instituciones que también tengan como fin inmediato, desde el ámbito político, la prevención o la reacción frente al delito. Entre ellas, obviamente el Derecho penal ocupará un lugar relevante, pues es el encargado de definir qué es o no delito, pero afortunadamente no es la única forma de prevenir y hacer frente al crimen. Junto a él, y necesariamente, tienen también que concurrir medidas de carácter económico, laboral, educativo, social e incluso cultural⁸. Es aquí donde la Política de las 3P, como veremos, cobra un papel relevante.

Así se ha consolidado el Derecho penal como el sector del ordenamiento jurídico que pretende identificar y garantizar los presupuestos auténticamente esenciales para la convivencia. Ello le ha obligado a elaborar un catálogo individualizado y punitivamente jerarquizado de los valores sociales a proteger, superado en rango, pero no en minuciosidad por el existente en la Constitución. A tales fines se ha servido de un instrumento técnico-jurídico, la noción de bien jurídico protegido, en función de cuyas exigencias conceptuales se han precisado los contornos tutelables de cada uno de esos

⁸ BORJA JIMÉNEZ, E., *Curso de política criminal*, 2ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 21. El contenido de la política criminal también está conformado por estos mecanismos utilizados por el poder público en esa tarea de disminuir hasta lo tolerable la estadística criminal.

valores esenciales para la convivencia. No es casual, por tanto, que se hayan popularizado expresiones como la que equipara el Código penal a una Constitución en negativo, cuya evidente incorrección conceptual no le impide dar cuenta de todos modos de un trasfondo especialmente significativo, pero no es seguro que la Política criminal esté en condiciones adecuadas para enfrentarse a la tarea que se le está demandando por parte de la sociedad⁹.

En las últimas décadas hemos asistido en el conjunto de las democracias occidentales a una revisión en profundidad de las políticas penales anteriormente existentes. Se ha producido una continua erosión de la cultura garantista y orientada a la reinserción. La delincuencia deja de ser considerada como la consecuencia a nivel individual de la existencia de desajustes sociales (desigualdades, grupos mal integrados, situaciones de miseria o de marginalidad social, etc.) para ser vista como la expresión de la actividad de un sujeto delincuente. La expresión “derecho penal de autor”, con los matices que se quiera¹⁰. En el delito objeto de estudio nos encontramos con instrumentos internacionales y regionales que abordan la trata de personas esencialmente como fenómeno requerido de incriminación, circunscritos a la previsión de un tipo delictivo, o al establecimiento de demandas de incriminación a los Estados parte. Frente a ese tratamiento crimonocéntrico, punitivista o fundamentalmente represor del fenómeno, en los últimos años se ha alzado un tipo de abordaje distinto, el que relaciona directamente la trata de personas con una lesión de los derechos humanos, es decir, una aproximación victimocéntrica¹¹. Como vemos, la política criminal oscila generando múltiples problemas interpretativos a los operadores jurídicos.

A primera vista y a rasgos muy generales, la tendencia político-criminal en España en lo que se refiere a al fenómeno delictivo que nos ocupa ha ido dirigida a que el delito de trata de personas gira en torno a tres ejes, tal y como exige el Protocolo de Palermo: la conducta típica, los medios de doblegación de la voluntad de la víctima y los fines de explotación. Pero, a diferencia de lo establecido en el Protocolo de Palermo, los fines de

⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Política criminal y derecho penal*, Edit. Tirant lo Blanch, 2013, p. 34.

¹⁰ BOTELLA CORRAL, J., “Capítulo I. Introducción”, en (Dir.) García Arán, M. y Botella Corral, J. *Malas Noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, Edit. Tirant lo Blanch, 2009, [Recurso electrónico].

¹¹ Analiza el enfoque victimocéntrico VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La nueva directiva europea relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas ¿Cambio de rumbo de la política de la Unión en materia de trata de seres humanos?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2011, pp. 6-7.

explotación se han ubicado en un listado cerrado que impide sancionar la trata de seres humanos cometida con otras finalidades de explotación¹². Se atiende a los mandatos internacionales, pero ni estos ni los nacionales han implicado el cuestionamiento de la estructura social básica.

Convenimos necesario un análisis político-criminal en torno la trata y sus finalidades de explotación en un Estado democrático y social de derecho y esto solo lo podemos conseguir analizando varios factores sin los cuales no podrían entenderse ni criticarse las decisiones políticas que han recaído sobre este tipo, y nos referimos con ello a la complejidad del fenómeno, sus diferentes conceptualizaciones y los debates en torno al mismo. Uno de los principales objetivos es precisar los conceptos básicos, a menudo confundidos. Cuestiones como el concepto de trata de seres humanos, por las múltiples definiciones y categorizaciones históricas y recientes nos permitirían centrar nuestro estudio casi exclusivamente en esta cuestión, el bien jurídico protegido, la penalidad y, en definitiva, todos los elementos del delito deben ser analizados para poder esbozar la tendencia político-criminal del legislador como paso previo a las propuestas de *lege ferenda* con las que pretendemos concluir nuestro estudio que no tiene otro objeto que contribuir a la mejora legislativa de un delito que atenta contra bienes personalísimos y que creemos dignos de la máxima protección por representar la más elevada instrumentalización del ser humano y que, a nuestro juicio, no puede quedar a la suerte de iniciativas gubernamentales o parlamentarias coyunturales, condicionadas por los resultados electorales.

Cabe señalar también como tendencia político-criminal la incorporación de las perspectiva de género en el Derecho penal y penitenciario¹³, que no es más que un instrumento para descubrir y comprender los mecanismos que en la práctica, a pesar del reconocimiento formal del derecho de igualdad, permiten y mantienen la subsistencia de la primacía cultural de los valores androcéntricos tanto en la sociedad como en el derecho,

¹² En este sentido véase MOYA GUILLEM, C., “Tendencias político-criminales frente a la trata de personas y sus consecuencias típicas*”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año LIV*, núm. 160, 2021, p. 299.

¹³ La misma se produce con la LO 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género Sobre ello vid. FARALDO CABANA, P., “Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral frente a la violencia de género”, *Revista Penal*, núm.17, enero 2006, pp. 72-94.

que permitirá avanzar en la consecución de la igualdad material, sustantiva y real¹⁴. Para evitar que la respuesta penal atienda a prisas, a alarmas sociales puntuales y encuestas electorales, los juristas y criminólogos debemos diseñar propuestas que respeten los principios fundamentales del Derecho penal y los parámetros constitucionales, con la esperanza de que nuestros estudios no queden reducidos a las páginas de un libro y apostando más por la certeza de la pena que por su severidad¹⁵. Creemos necesaria una política criminal seria, incluso en una postura egoísta no puede obviarse que cuando no se invierte *ex ante*, el Estado termina por pagar *ex post*.

¹⁴ MONTALBÁN HUERTAS, I., *Perspectiva de Género: criterio de interpretación internacional y constitucional*, CGPJ, Madrid, 2004, p. 222

¹⁵ Una de las ideas de la política criminal moderna de BECCARÍA. Sobre la influencia de la obra de BECCARÍA en la Política criminal española véase ARROYO ZAPATERO, L., “Cesare Beccaria y la moderna Política Criminal en España en los primeros años de la democracia”, en *Política criminal humanista para la sociedad contemporánea*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2021, pp. 55 y ss.

CAPÍTULO I- APROXIMACIÓN AL FENÓMENO CRIMINAL: TRATA DE SERES HUMANOS

I. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE TRATA DE SERES HUMANOS

1. Determinación de la trata de seres humanos

El tráfico ilegal de personas es un fenómeno que está estrechamente relacionado con el incremento de la población mundial y con el fenómeno de la migración internacional que se está produciendo en las últimas décadas como consecuencia de la globalización. El tráfico ilegal de personas hay que enmarcarlo en el contexto de la globalización mundial¹⁶.

Otro concepto con el que se ha relacionado la trata de personas es el de “esclavitud”, si bien, ya desde muy antiguo, la esclavitud tuvo tintes globales y prácticamente todas las religiones y sociedades conocieron alguna forma de esclavitud en su historia. La propia extensión geográfica del Imperio Romano antes de Cristo, que abarcaba territorios europeos y africanos, desde Babilonia a Lusitania y desde Tripolitania y Egipto a Britannia, nos permite hablar ya de una cierta globalización de la esclavitud en la época clásica. De hecho, la esencia de la esclavitud la constituye, en buena parte, la extranjería, es decir, la calidad de forastero, enemigo o infiel, con lo cual el contacto entre pueblos rivales resulta clave para comprender el fenómeno esclavista. Ello no es óbice para que, en determinadas sociedades, existieran esclavos del mismo origen que sus propietarios, aunque sin recursos, pero lo más frecuente era esclavizar al vencido¹⁷. Parece claro que uno de los primeros efectos de la expansión de las diferentes

¹⁶ Sobre esta cuestión, BALES, K., *Disposable People: New Slavery in the Global Economy, Updated with a New Preface*, University of California Press, 2012. ProQuest Ebook Central. Disponible en: <http://ebookcentral.proquest.com/lib/bual-ebooks/detail.action?docID=894683>. Created from bual-ebooks on 2020-09-29 10:29:57. En este sentido Vid. PÉREZ CEPEDA, A. I., “Algunas consideraciones político-criminales previas a la incriminación del tráfico de personas”, *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, n.º. 0, 2002, pp. 109- 134 y DE LEÓN VILLALBA, F.J., *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, Valencia, Edit. Tirant lo Blanch, 2003, p. 50 y ss.

¹⁷ Véase MARTÍN CASARES, A., “Reflexiones sobre globalización, esclavitud histórica y renovación del abolicionismo contemporáneo en España”, en Pérez Alonso, E. (Dir.), *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 66.

civilizaciones fue la deshumanización de sus miembros, fenómeno que no escapa a ninguno de los grandes imperios y culturas de la antigüedad¹⁸ y que llega a nuestros días, si bien revestido de nuevas formas.

Una cuestión que surge al abordar el fenómeno de la trata de seres humanos es si estamos ante una nueva forma de esclavitud. Es incuestionable que la trata de seres humanos y la esclavitud presentan elementos comunes pero la llamada nueva esclavitud no se corresponde con el concepto tradicional de esclavitud. Dos son los factores que se han señalado como fundamentales en el cambio de la antigua esclavitud a la explosiva propagación de la nueva. El primero es el dramático aumento de la población mundial después de la Segunda Guerra Mundial. Desde 1945 la población mundial se ha triplicado, pasando de unos 2 mil millones de personas a más de 6 mil millones. El segundo es que, al mismo tiempo que la población era explotada en muchos países en desarrollo, los países estaban experimentando rápidos cambios sociales y económicos¹⁹. El ordenamiento jurídico internacional mantiene de modo general la autonomía conceptual de la definición de esclavitud, frente a otras prácticas análogas como la servidumbre o el trabajo forzoso u obligatorio, sin perjuicio de que la mutación de las prácticas de explotación que afectan gravemente a la dignidad humana dificulte su diferenciación. Es factible compatibilizar esa autonomía conceptual con una interpretación evolutiva del concepto jurídico de esclavitud²⁰.

En la nueva esclavitud, la raza importa menos. En el pasado, las diferencias étnicas y raciales se utilizaron para explicar y excusar la esclavitud. Hoy en día, ese factor es el dinero. La mayoría de los esclavistas no sienten la necesidad de explicar o defender el método elegido de contratación y gestión laboral. La esclavitud es un negocio muy rentable, y un buen resultado final es justificación suficiente para ello. Además, poder esclavizar a personas de su propio país ayuda a mantener costos bajos. Los criterios de

¹⁸ IGLESIAS VÁZQUEZ, M. A. y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, J.J., “La moderna esclavitud y los trabajos forzados una mirada desde el derecho internacional actual y su (i)neficacia”, *Cuadernos de Derecho actual*, n. ° 10, 2018, p. 121.

¹⁹ BALES, K., “*Disposable People (...)*” Op. Cit. [electronic Resource] : New Slavery in the Global Economy / Kevin Bales. Rev. ed. with a new preface. Berkeley: University of California Press, 2012. Web.

²⁰ En este sentido BONET PÉREZ, J., “La interpretación de los conceptos de esclavitud y de otras prácticas análogas a la luz del ordenamiento jurídico internacional: aproximación teórica y jurisprudencial”, en (Dir.) Pérez Alonso, E. *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 184.

esclavitud de hoy no tienen que ver con el color, la tribu o la religión, se centran en la debilidad y vulnerabilidad²¹. Las nuevas realidades económicas suelen ir acompañadas de nuevas formas de explotación y el actual momento de mundialización de la economía ha desencadenado un fenómeno no exactamente nuevo, pero que ha adquirido una especial dimensión internacional²². Esta forma de delincuencia consiste básicamente en hacer de los movimientos migratorios un negocio muy rentable, que normalmente está en manos de la criminalidad organizada transnacional a costa de mercantilizar y explotar a las personas más necesitadas y vulnerables del mundo, para obtener de ello un provecho económico o de otra índole. Se trata de una nueva forma de criminalidad global, que aparece en casi todos los países, regiones y continentes del mundo y en todo tipo de economías²³.

Los conceptos de esclavitud y servidumbre han de tomarse de la Convención de Ginebra sobre la Esclavitud (1926) y de la Convención de Ginebra sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análoga (1956)²⁴. Los trabajos forzados vienen definidos en el Convenio n.º 29 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT). Las prácticas similares a la esclavitud suponen la anulación de la capacidad de resistencia, en lo relativo a la prestación que se le demanda por parte de la víctima: la servidumbre por deudas, tan frecuente en la modalidad de retención hasta el abono de los gastos, reales o presuntos, realizados para proceder al traslado del sujeto es hoy el ejemplo más recurrente estadísticamente. En otros casos, la presión para

²¹ Ídem.

²² En más detalle PÉREZ CEPEDA, A. I., *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y Derecho penal. Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de integración social de los extranjeros*, Ed. Comares, Granada, 2004, pp.1 y ss.

²³ DE LEÓN VILLALBA, F. J., “Tráfico (...)”, Op. Cit. p. 20. /GARCÍA ESPAÑA, E., *Inmigración y delincuencia en España: Análisis criminológico*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

²⁴ El art. 1 de la Convención de Ginebra sobre la esclavitud de 1926 establece que a los fines de la presente Convención se entiende que:

1. La esclavitud es el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos.

2. La trata de esclavos comprende todo acto de captura, adquisición o cesión de un individuo para venderle o cambiarle; todo acto de cesión por venta o cambio de un esclavo, adquirido para venderle o cambiarle, y en general todo acto de comercio o de transporte de esclavos.

Por su parte, la Convención de Ginebra suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de 1956 en su art.7. c define la ‘trata de esclavos’ como todo acto de captura, de adquisición o de disposición de una persona con intención de someterla a esclavitud; todo acto de adquisición de un esclavo con intención de venderlo o de cambiarlo; todo acto de cesión por venta o cambio de una persona, adquirida con intención de venderla o cambiarla, y, en general, todo acto de comercio o de transporte de esclavos, sea cual fuere el medio de transporte empleado.

mantener al sujeto sometido a condiciones equivalentes a las de la esclavitud se vincula a la promesa de legalización de la situación irregular del inmigrante²⁵.

KEVIN BALES²⁶ utiliza la expresión «moderna esclavitud» en su conocida obra *Disposable people; New Slavery in the Global Economy*. Una locución que se usa con profusión para describir el fenómeno consistente en la explotación económica despiadada de seres humanos completamente disponibles y fungibles por parte de quienes, sin detentar ya un derecho de propiedad sobre la persona, sí disponen de su fuerza de trabajo y ejercen el control absoluto sobre los mismos.

Ello nos lleva a preguntas como: ¿es esclavitud la imposición de condiciones de trabajo inferiores a los mínimos legales? Estas condiciones de trabajo, cuya imposición está criminalizada en los artículos 311 y 312.2 del CP español, no parecen tener la entidad suficiente como para ser equiparadas, *ab initio*, a la esclavitud, la servidumbre o a los trabajos forzados. Sin embargo, una interpretación teleológico-funcional debe partir de que todas las modalidades de explotación laboral como objetivo de la trata de personas comparten una nota común: la situación de sometimiento de la víctima obligada a un trabajo o servicio. Por lo que se ha propuesto doctrinalmente que la realización de éstos, concurriendo el resto de los elementos del delito de trata, no podrá valorarse como mera imposición de condiciones ilegales de trabajo, sino como imposición del trabajo mismo²⁷. Es fácil agrupar a todas las formas de explotación laboral bajo una misma rúbrica de esclavitud moderna o contemporánea, pero esto no es correcto. La esclavitud implica graves formas de explotación por parte de los ofensores que, con independencia de si son corporaciones o individuos o de si están actuando solos o en una red criminal, ejercen un poder o un control coercitivo sobre otro ser humano con el fin de conseguir un trabajo o servicio. Las víctimas son grupos vulnerables como mujeres y niñas obligadas a ejercer la prostitución, migrantes sometidos a servidumbre, etc. El sometimiento al trabajo

²⁵ TERRADILLO BASOCO, J.M., “El delito de inmigración ilegal y la trata de personas”, en (Dir.), Pérez Cepeda, A.I. *El Proyecto de Reforma del Código Penal de 2013*, Salamanca, 2014, p. 152.

²⁶ Entre otros, véase BALES K., *La nueva Esclavitud en la Economía Global* (traducción Borraja Castanedo), Edit. Siglo Veintiuno de España Editores, Madrid, 2000, p. 7. Posteriormente Bales/Trodd/Williamson, *Modern Slavery. The Secret World of 27 million people*, Oneworld, Oxford, 2009, p. 31/ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La moderna esclavitud y su relevancia jurídico-penal”, *Revista de derecho penal y criminología*, N.º 10, 2013, p. 294.

²⁷ POMARES CINTAS, E. “El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2011, p. 15 y ss.

forzoso suele hacerse a través de coerción, engaño, intimidación, violencia y distintas formas. No tiene que implicar un control físico ya que se puede asegurar por otros medios como la dependencia económica y se apoya en ciertos mecanismos basados en medios sociales y en la tecnología. Por tanto, esos medios de control toman distintas formas y son, a menudo, difíciles de detectar²⁸.

Otro ejemplo de complicada adecuación fenomenológica es el ejercicio de la prostitución, generalmente de mujeres. ¿Se impone a la prostituta una condición de esclava *ipso facto*, víctima merecedora de una tutela penal? Al respecto, no se puede olvidar que en la mayoría de los países el ejercicio de la prostitución no configura ningún tipo de delito, y que en algunos otros se trata de una “profesión reglamentada”.

Vemos como, en ocasiones, se cuenta a la trata de seres humanos entre las manifestaciones de las modernas formas de esclavitud, bien incluyéndola directamente entre una de las posibles manifestaciones de esta, bien porque se identifica con el trabajo forzoso, concepto al que cabe efectivamente reconducir la mayor parte de manifestaciones de la esclavitud contemporánea. Sin embargo, tal identificación no resulta adecuada, y ello porque el concepto de trata no se focaliza específicamente en la fase de explotación, que constituye la finalidad del proceso y que es la que más se dilata en el tiempo, sino que se refiere al tránsito de una situación de no sometimiento a la de sometimiento. Si la trata de personas es realmente una nueva forma de esclavitud en la ley, entonces otros ejemplos de explotación también deben ser absorbidos por la definición de esclavitud. Sin embargo, no es del todo así, ya que la definición de trata de personas requiere "la captación, transporte, [...] por medio de la amenaza o uso de la fuerza u otras formas de coacción [...] para el propósito de la explotación"²⁹. Pese a la identificación, la esclavitud y la trata no son lo mismo y que se está produciendo una identificación entre ambas realidades que debe evitarse. La trata constituye un simple mecanismo mediante el cual conseguir esclavizar a las personas. Esto es, se trata de la referencia nominativa al proceso de esclavización, pero no al resultado de tal proceso,

²⁸ BHOOLA U., “Los nuevos retos para la erradicación de las formas contemporáneas de esclavitud” en Pérez Alonso, E. (Dir.), *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 53 y ss.

²⁹ En este sentido ALLAIN, J., “Silvia Scarpa, Trafficking in Human Beings: Modern Slavery”, *European journal of international law = Journal europeen de droit international*, 2009, 20 (2), p. 454 y ss. Según el mismo "la trata de personas" no puede, por ley, ser una forma nueva de la esclavitud.

que es en lo que constituye propiamente la esclavitud, también la moderna. Además, implica una referencia solamente parcial a la situación global de esclavitud, puesto que solo un pequeño porcentaje de las personas esclavizadas en el mundo ha sido previamente objeto de trata. Según VILLACAMPA ESTIARTE³⁰ debe efectuarse la distinción entre el proceso que conduce a la esclavitud y la esclavitud misma. La trata como concepto no alude a la fase de explotación de los servicios de una persona, que constituyen la esclavitud propiamente dicha, sino al proceso conducente a dicha situación. Cuánta sea la importancia que en este proceso se otorgue al desplazamiento geográfico dependerá de que se sostenga un concepto de trata más apegado al traslado en el espacio, que no parece acorde con la admisión junto a la trata internacional de la trata interna y de nacionales dentro de este concepto, o bien más identificado con la adquisición de una situación de control sobre una persona. La anterior reflexión conduce a la conclusión de que la trata de personas constituye un proceso. Así se deduce de las acciones incluidas en el concepto normativo internacional de trata de seres humanos reflejado en el art. 3 del Protocolo de Palermo.

Se han señalado diferencias en cuanto a la relación jurídica o fáctica existente en ambas formas de esclavitud. La vieja esclavitud estaba reconocida legalmente e integrada en el sistema productivo, en el sentido de que el amo podía ejercer los atributos propios del derecho de propiedad sobre el esclavo. Tradicionalmente la esclavitud se describía como “*la reducción de la persona a la condición de bien semoviente*”. Los propietarios o amos podían tratar a los esclavos como un elemento más de su patrimonio. Como si se tratara de animales domésticos o de bienes muebles a los que podían vender, ceder, etc. El esclavo constituía una auténtica inversión, con un alto coste de adquisición y mantenimiento. Dicha inversión requería de una relación formal para protegerla jurídicamente y de mucho tiempo para rentabilizarla. Esta forma de esclavitud, originaria o tradicional, fue abolida a comienzos del siglo pasado. Por el contrario, algunos autores consideran que la nueva esclavitud no puede tener como presupuesto jurídico el ejercicio

³⁰ VILLACAMPA ESTIARTE, C. “La moderna esclavitud y su relevancia jurídico-penal”, Revista de Derecho Penal y Criminología, N.º 10, 2013, pp. 317-319.

del derecho de propiedad de una persona sobre otra, puesto que existe una prohibición legal universalmente reconocida al respecto desde 1926³¹.

La diferencia está en que el ejercicio de las facultades dominicales inherentes al derecho de propiedad sobre las “cosas” en la vieja esclavitud proviene de una relación jurídica. En la nueva esclavitud el “derecho de disposición” sobre otros es consecuencia de una relación de hecho: de la situación de dominio y de desigualdad estructural y pobreza en la que se encuentra la víctima. Así como en su admisión o prohibición legal, la nueva esclavitud se desarrolla al margen de la ley y permanece oculta. Aunque desde una perspectiva fáctica pueda seguir teniendo el mismo contenido material que la vieja. Por lo que el concepto de propiedad atribuible no es legal sino fáctico³². No obstante, hay que señalar que hoy sigue habiendo personas que tienen el control sobre la vida de otras para explotarlas económicamente, aunque no haya un contrato que lo acredite legalmente³³.

Por su parte, BALES³⁴ entiende las diferencias entre la vieja y la nueva esclavitud se resumen en que la antigua esclavitud supone: Reivindicación de la propiedad legal; Coste de adquisición elevado; Escasa rentabilidad; Falta de esclavos potenciales; Relación a largo plazo; Mantenimiento de los esclavos; Importancia de las diferencias étnicas. En cambio, la nueva esclavitud comprende: Evitación de la propiedad legal; Coste de adquisición muy moderado; Elevadísima rentabilidad; Exceso de esclavos potenciales; Relación a corto plazo; Expulsión de los esclavos; Nula importancia de diferencias étnicas.

Así pues, la esclavitud del pasado y la llamada “nueva esclavitud” no son el mismo fenómeno, pero tienen elementos y consecuencias comunes como pueden ser la “restricción a la libertad personal” y la “cosificación del individuo” y, como consecuencia, la afeción o menoscabo a la libertad, la seguridad y, sobre todo, la

³¹ De esta opinión SÁNCHEZ LORENZO, S., *Integración de los extranjeros. Un análisis transversal desde Andalucía*, Edit. Atelier libros, 2009, p. 309.

³² En este sentido GARCÍA ARÁN, M. “Esclavitud y tráfico de seres humanos”, en (Coords.) Octavio de Toledo y Ubieta, E. Gurdíel Sierra, M. y Cortés Bechiarelli, E., *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 359.

³³ DE LEÓN VILLALBA, F. J., “Tráfico (...)”, Op. Cit. p. 63 y ss.

³⁴ BALES, K. *Disposable People: New Slavery (...)*. Op. cit. p. 17, 2020-09-29 10:39:48

dignidad de la persona. Señalando KEVIN BALES³⁵, el mayor especialista en el tema, que hay tres criterios esenciales para saber si alguien es un esclavo:

- Situación de dominio y control absoluto a la que se ve sometida la persona explotada o traficada, mediante el uso de la violencia, tanto física como psicológica.
- Trabajo duro por poca o ninguna remuneración. Toda forma de esclavitud lleva implícito un trato degradante o inhumano. Supone la negación de la dignidad de la persona y la violación de su integridad moral. La persona es tratada como “cosa”.
- Explotación económica u obtención de beneficios para el esclavista. Nadie esclaviza a otro simplemente por mezquindad, al menos no al principio; la esclavitud se trata de dinero.

Las tres condiciones son vitales para la definición, pero la condición crucial es el control violento y la consiguiente pérdida del libre albedrío. Cuando no estamos seguros de si alguien es, de hecho, un esclavo, podemos hacer una pregunta básica: ¿Puede la persona marcharse?

Finalmente, son fundamentales los medios empleados para someter al ser humano. La situación de dominio, abuso o sometimiento a la que está sujeta la víctima no se produce de forma voluntaria o con un consentimiento libre y válidamente emitido. Al contrario, se utilizan los más diversos *modus operandi* para doblegar la voluntad de la víctima, pero paradójicamente hoy los esclavistas rara vez tienen que coaccionar o secuestrar a sus víctimas. Todo lo que los criminales tienen que hacer es abrir una puerta "Oportunidad" y los esclavos entran, así se refleja en la fenomenología, como vemos a continuación.

Antes de abordar la regulación por parte del ordenamiento jurídico-penal español de la trata de personas, resulta imprescindible clarificar cada uno de los términos relacionados y, a menudo, confundidos en la esfera del delito objeto de estudio.

³⁵ BALES, K. and SOODALTER, R., *the Slave Next Door: Human Trafficking and Slavery in America Today*, University of California Press, 2010. ProQuest Ebook Central, <https://ebookcentral.proquest.com/lib/bual-ebooks/detail.action?docID=763983>.

2. Algunas consideraciones sobre la inmigración clandestina de personas

No puede entenderse la relación existente entre conceptos como inmigración ilegal y la trata de seres humanos sin antes abordar un tema como es la funcionalidad socioeconómica en la inmigración ilegal³⁶, es decir, el hecho de que las políticas migratorias cambian según lo hace la situación socioeconómica de cada país.

El mayor flujo de migración en Europa se da tras la Segunda Guerra Mundial. La demanda de mano de obra hace que los Estados receptores adopten políticas permisivas, ya que necesitaban mano de obra para la reconstrucción de los países, cuyo flujo de migrantes procedía de países meridionales de la Europa occidental y de la migración proveniente de excolonias, principalmente para atender a las necesidades de Estados como Alemania y Francia³⁷. En cambio, a partir de la década de los 70, la política migratoria pasa a ser restrictiva. La política migratoria restrictiva supone condiciones legales más exigentes para la entrada en el país de destino, para el tránsito, la estancia o la residencia en el mismo, la libre circulación de los extranjeros, la contratación regular de extranjeros de países no comunitarios, etc. Con ello, el inmigrante tiene un estatus de inferioridad legal que se acentúa extraordinariamente cuando el inmigrante es “ilegal” y, entre los efectos que producen las políticas migratorias de carácter restrictivo está el incremento de la migración ilegal³⁸.

A diferencia de lo que sucede con la trata de seres humanos, el concepto de inmigración clandestina o contrabando de inmigrantes es relativamente reciente. No tiene antecedentes legislativos relevantes, pese a que el fenómeno no es nuevo. Sin embargo, la nueva dimensión y consecuencias que se derivan en la actualidad de la inmigración clandestina han provocado que los organismos internacionales y europeos se preocupen cada vez más de este fenómeno. Aunque lo han planteado como una cuestión de política migratoria y de gestión de fronteras³⁹. Antes de la reforma de 2015 el artículo 318 bis contemplaba dos modalidades de conducta: el tráfico ilegal y la inmigración clandestina,

³⁶ PÉREZ ALONSO, E. J., “Tráfico de personas e inmigración (...)”, Op. cit., p. 85.

³⁷ GUARDIOLA LAGO, M.J., *El tráfico de personas en el Derecho penal español*, Aranzadi, 2007, p. 19.

³⁸ Analiza los efectos de las políticas migratorias restrictivas PÉREZ ALONSO, E. J., “Tráfico de personas e inmigración (...)”, Op. Cit. p. 86.

³⁹ *Ibidem.*, p. 157.

términos que dieron lugar a problemas interpretativos. Además, los textos internacionales se referían a la inmigración empleando dos adjetivos: unas veces inmigración ilegal y, otras, inmigración clandestina, para aludir conductas semejantes. Coincidimos con MAYORDOMO RODRIGO en que gramaticalmente resulta conveniente diferenciar entre inmigración ilegal e inmigración clandestina. Conforme a una interpretación gramatical, clandestino es sinónimo de secreto, oculto “*Aplicase generalmente a lo que se hace o se dice secretamente por temor a la ley o para eludirla*”⁴⁰. Supone hacer algo ocultándose de las autoridades. En cambio, ilegal se define como “*lo que es contrario a la ley*”. En tal sentido la autora considera inmigración ilegal aquella que se realiza sin subterfugios, a la vista, sin documentos e inmigración clandestina la que se lleva a cabo tratando de burlar los controles de las autoridades, dando lugar en aquellos que la favorecen a una infracción penal⁴¹.

Por el contrario, MARTÍNEZ ESCAMILLA⁴² identifica el término “clandestina” con “ilegal”, es decir, como cualquier entrada o tránsito por nuestro territorio sin cumplir los requisitos legalmente establecidos, no siendo según esta autora imprescindible el carácter subrepticio de la entrada, bien porque no se produzca de forma oculta, bien porque tenga lugar por lugares distintos a los pasos fronterizos.

El concepto más importante y universalmente válido de inmigración clandestina o contrabando de inmigrantes se recoge en el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire⁴³, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, adoptados en el año 2000. El concepto de tráfico ilícito de migrantes aparece definido en el art. 3 del protocolo como

⁴⁰ En este sentido Sentencia del Tribunal Supremo 326/2010, de 13 de abril de 2010: “*esta Sala ha entendido que la inmigración debe reputarse clandestina cuando se oculta la verdadera finalidad ilícita pretendida por quien la facilita, favorece o promueve. Así ocurre cuando se introduce a otras personas con la finalidad de explotarlas sexualmente haciéndolas aparecer como turistas*”.

⁴¹ Véase MAYORDOMO RODRIGO, V., *El delito de tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas*, Iustel, 2008, pp. 250 y ss.

⁴² Hay autores que identifica los términos “ilegal” y “clandestino” como MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La inmigración como delito. Un análisis político-criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del art.318 bis CP*, Madrid, Edit. Atelier, 2007, p. 148.

⁴³ Vid. Protocolo contra el Tráfico ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000. El mismo ofrece la definición de tráfico ilícito de migrantes, al mismo tiempo que tipifica como delito dicho tráfico, junto a otras conductas favorecedoras o relacionadas con el mismo. Por ello, parece conveniente referirse por separado al concepto de tráfico, por un lado, y a la tipificación de este y de las conductas conexas, por otro.

“la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte de la cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro tipo de beneficio de orden material”. Esta definición constituye el núcleo esencial del delito de tráfico ilícito de migrantes que los Estados parte han de tipificar y sancionar en su respectiva legislación nacional, de conformidad con lo establecido en el art. 6 del protocolo.

De esta definición se derivan dos elementos claramente diferenciados: el primero de carácter objetivo, referido a la conducta típica, y el segundo de carácter subjetivo, referido al fin perseguido con ella. La acción consiste en facilitar la entrada ilegal de un extranjero en un Estado distinto al suyo. Se pretende castigar, por tanto, la ayuda a la entrada ilegal de una persona en el territorio de un Estado distinto del que es nacional. El elemento geográfico de la definición es claro, desde el momento en que la conducta típica prohíbe todo desplazamiento ilícito de personas de un país a otro.

Los inmigrantes en situación irregular no son considerados por el protocolo como los sujetos pasivos víctimas del delito. A los inmigrantes no se les atribuye la condición de víctima, a diferencia de lo que sí sucede de forma expresa y clara en el protocolo de la trata de personas, que considera como víctimas a los sujetos pasivos de la trata. Pero, el protocolo sobre el tráfico ilícito de migrantes se guarda muy mucho de otorgarles la consideración de víctimas. Se refiere al inmigrante de forma reiterada como el “objeto” de la conducta típica o del tráfico. Nunca se le califica de víctima, siempre de objeto. Así, por ejemplo, entre las finalidades del protocolo, el art. 2 establece en último término la de proteger “los derechos de los migrantes objeto de dicho tráfico”.

De igual manera, 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 irregulares, en su art. 1 exhorta a los Estados a sancionar a quien *“intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a entrar en el territorio de un Estado miembro o a transitar a través de éste, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre entrada o tránsito de extranjeros”*. Asimismo, a quien *“intencionadamente ayude, con ánimo de lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a permanecer en el territorio de un Estado miembro, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre estancia de extranjeros”*. Como indicamos *supra*, este concepto que ha estado sujeto a diferentes interpretaciones, ha de entenderse como la entrada en un país

burlando los controles de las autoridades, dando lugar en aquellos que la favorecen a una infracción penal⁴⁴. La acción consiste igualmente en ayudar o facilitar la entrada o el tránsito ilegal de un extranjero en un Estado distinto al suyo. El elemento geográfico de la conducta típica tiene carácter transnacional, en cuanto que se prohíbe la entrada o tránsito de personas de un país a otro. Pero a diferencia del protocolo no se refiere solo a la entrada, sino también al tránsito de personas.

En cuanto al aspecto subjetivo de la conducta típica también se exige en el caso de la permanencia la intencionalidad de la ayuda, es decir, el dolo directo de la acción. Pero, ahora sí que se establece expresamente como finalidad de la acción el ánimo de lucro, en la misma línea de lo establecido en el protocolo. Se trata, por tanto, de un elemento subjetivo del injusto, en el sentido de que el sujeto de la acción actúa con el móvil de obtener una ganancia patrimonial con la ayuda a la permanencia ilegal de inmigrantes⁴⁵.

Como expresó la Fiscalía General del Estado en la Circular 1/2002, de 19 de febrero, sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del Fiscal en materia de extranjería, quien favorece, promueve o facilita el acceso a España de determinadas personas, con conocimiento inicial y antecedente de que la situación administrativa de acceso no responde a la realidad de la estancia, que exigiría de otros requisitos que resultan así burlados, incurre en ilícito penal, sin perjuicio de que la persona de cuya migración se trate haya de responder solo administrativamente⁴⁶. Por ejemplo, constituye un supuesto de inmigración clandestina la entrada en España de ciudadanos marroquíes a través de una patera o la llegada a España bajo la condición de turista con el propósito de permanecer aquí trabajando, tratándose de personas que carecen de permiso de trabajo y de residencia en España. Es una actividad de carácter transnacional. Al no existir traslado forzado del afectado que desde el inicio de la cadena acepta su condición de migrante irregular, predomina la defensa de los intereses de los Estados a controlar los flujos migratorios y la indemnidad de sus fronteras.

⁴⁴ Vid. MAYORDOMO RODRIGO, V. “El delito de tráfico ilegal e inmigración (...)”, Op. cit., pp. 102-108.

⁴⁵ Vid. PÉREZ ALONSO, E. J., “Tráfico de personas e inmigración (...)”, Op. cit. p. 168.

⁴⁶ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 1/2002, de 19 de febrero, sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del Fiscal en materia de extranjería, p. 7. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-C-2002-00001.pdf

La clandestinidad de la inmigración, equivale en la práctica jurisprudencial a la ilegalidad de la misma, pues ambos términos han sido utilizados por la jurisprudencia como sinónimos, puesto que la ilegalidad en la intermediación del traslado se produce cuando éste se realiza evitando los puestos habilitados, es decir, ocultándose físicamente del control de las autoridades (inmigración clandestina en sentido estricto), contraviniendo los requisitos exigidos en la legislación de extranjería, así como cuando se realiza con apariencia de legalidad (cumpliendo con los requisitos legales de entrada pero con una finalidad distinta a la inicialmente declarada), en este sentido se pronunció el Tribunal Supremo en su Pleno no jurisdiccional de 13 de julio de 2005⁴⁷.

3. Algunas consideraciones sobre el tráfico ilegal de personas

El Protocolo contra el Tráfico de Migrantes por Tierra, Mar y Aire anejo a la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional en su artículo 3 define el tráfico ilícito de migrantes 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*

⁴⁷ Según Sentencia del Tribunal Supremo 968/2005, de 13 de julio de 2005 constituye un supuesto de inmigración clandestina la entrada en España de ciudadanos marroquíes a través de una patera. En el mismo sentido según Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, celebrado el día 13 de julio de 2005, facilitar un billete de avión a personas que carecen de permiso de trabajo permitiéndoles pasar por turistas, es una inmigración clandestina.

La jurisprudencia viene declarando que el delito incluye como tráfico ilegal la utilización de fórmulas autorizadas de ingreso transitorio en el país (visado turístico, por ejemplo) con fines de permanencia, buscando o incumpliendo las normas administrativas que lo autoricen en tales condiciones (Sentencia del Tribunal Supremo 1059/2005, 28 de septiembre de 2005 FJ 5º). La Sentencia del Tribunal Supremo 167/2015 de 24 de marzo de 2015 en su FJ 2º señala que “*En el relato fáctico se refiere que fue el acusado quien contacta, a través de una tercera persona, con la perjudicada a la que ofrece trabajo en una cafetería y le proporciona un billete de avión con el que viene a España y es obligada a ejercer la prostitución. Esta conducta fue objeto de un Pleno no jurisdiccional en la que se acordó que el facilitar un billete de avión a personas que carecen de permiso de trabajo permitiéndolas pasar por turistas, es una inmigración clandestina (Acuerdo de 13 de julio de 2005). En este sentido, la jurisprudencia de esta Sala viene declarando que el delito incluye como tráfico ilegal la utilización de fórmulas autorizadas de ingreso transitorio en el país (visado turístico por ejemplo) con fines de permanencia, buscando o incumpliendo las normas administrativas que lo autoricen en tales condiciones (STS 1059/2005 de 28 de septiembre de 2005; STS 52/2006 de 19 de enero de 2006) y así se reputa delito de inmigración clandestina el hecho de entrar en España bajo la condición de turista con el propósito de permanecer aquí trabajando, tratándose de personas que carecen de permiso de trabajo y de residencia en España (STS 1490/2005 de 12 de diciembre de 2005); del mismo modo las STS 284/2006 de 6 de marzo de 2006 y STS 1087/2006 de 10 de noviembre de 2006 declaran que es tráfico ilegal la entrada como turista con la finalidad de permanecer después de forma ilegal en España sin regularizar la situación*”.

*de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material*⁴⁸. Por lo tanto, siempre tiene un elemento transnacional.

Lo determinante en esta modalidad delictiva es la entrada ilegal de una persona en un país que no es el suyo con vocación de permanecer en él por tiempo más o menos indeterminado sin poseer los correspondientes permisos de residencia. No es imprescindible para la existencia del delito el traslado forzoso del afectado, ya que en muchas ocasiones ha aceptado su condición de migrante irregular. Sin embargo, la forma en la que a veces se lleva a cabo el transporte y la introducción clandestina en el país de destino puede poner en peligro su vida o su seguridad, y dada su vulnerabilidad puede caer en manos de redes que persigan su explotación. Ello significa que, aunque el bien jurídico predominante sea el interés de los Estados en controlar los flujos migratorios y la indemnidad de sus fronteras, también se protegen derechos fundamentales de los extranjeros.

A este respecto, propone el citado Protocolo, que el tercero que facilita de cualquier modo la inmigración clandestina, pues el inmigrante no puede ser sujeto activo de este delito, sea perseguido penalmente cuando esté integrado en organizaciones más o menos estructuradas que se muevan exclusivamente por ánimo de lucro, así como cuando haya realizado conductas constitutivas de cualquier modalidad falsaria documental tendente a facilitar esa ilícita migración o favorezcan la permanencia ilegal en el país de destino por esos medios⁴⁹.

Según PÉREZ ALONSO⁵⁰ en una primera aproximación al concepto genérico de tráfico ilegal de personas, se puede caracterizar por tres rasgos básicos: a) por su componente geográfico, es decir, por su carácter transnacional en la medida en que la actividad consiste en la ayuda o la gestión o control del traslado geográfico de personas de un lugar a otro, en su mayor parte realizada de forma clandestina o ilegal, pudiendo llegar incluso a cuestionar el control estatal de las fronteras; b) por ser una nueva forma de explotación de la persona, en la medida que la cosificación del ser humano, que este

⁴⁸ Vid. Protocolo contra el Tráfico ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000.

⁴⁹ Véase MAYORDOMO RODRIGO, V., “Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas”, *Estudios penales y criminológicos*, núm. 31, 2011, p. 329.

⁵⁰ PÉREZ ALONSO, E. J., “Tráfico de personas e inmigración (...)”, Op. cit. pp. 57 y ss.

tipo de tráfico lleva implícito, supone además la lesión o puesta en peligro de los derechos individuales más elementales de la persona; y c) por su rentabilidad.

En relación con el componente geográfico, este constituye uno de los rasgos básicos del tráfico de personas. Dicho tráfico tiene carácter transnacional, dado que se trata de una actividad económica internacional encargada del traslado, comercio o explotación de personas de un país a otro. No obstante, también puede haber casos de tráfico de una región a otra dentro de un mismo país. Por ejemplo, la emigración rural que se produce todavía en ciertos países en desarrollo o la rotación de mujeres para el ejercicio de la prostitución en diferentes lugares. Pero lo normal es hablar de la internacionalización del tráfico de personas, vinculada al fenómeno migratorio internacional, a los circuitos comerciales organizados y a las redes internacionales de recluta y explotación. Otro rasgo fundamental que configura el escenario del tráfico ilegal es la desigualdad y la pobreza que caracteriza las condiciones materiales de vida de las personas que acuden a estas vías⁵¹.

SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS⁵² señala que el concepto de tráfico, desde el punto de vista jurídico tiene dos significaciones: un significado material, que entiende por tal el traslado, movimiento o cambio de la situación espacial de personas o cosas y, un sentido ideal o “negocial” como conjunto de negocios jurídicos o actividades de producción, distribución y consumo de bienes y servicios, con independencia de la naturaleza traslaticia de los mismos. La doctrina mayoritaria acoge la primera definición. El autor la considera válida, pero hace algunas objeciones, critica que el término ilegal que acompaña al término tráfico supone que se identifique de forma directa el concepto de tráfico ilegal de personas con el concepto de inmigración ilegal, y consecuentemente, que deba entenderse que objeto de la prohibición penal sea el favorecimiento de la inmigración ilegal en esos términos.

Pues vemos como la ilegalidad del tráfico depende de dos factores: El hecho de que el propio objeto de tráfico sea una sustancia peligrosa, o considerada como tal, por lo que la intervención penal prohibiendo el tráfico de las mismas se produce para evitar la

⁵¹ Véase SÁNCHEZ LORENZO, S., “Integración de los extranjeros. Un análisis transversal (...)”, Op. Cit., p. 308.

⁵² SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Edit. Atelier, 2002, pp. 44 y ss.

extensión de esa peligrosidad, o la aproximación de la fuente de peligro que el objeto supone a las víctimas potenciales. El segundo, y más adecuado al caso, se refiere al tráfico como ilícito por la forma en que se lleva a cabo. Es ilegal cuando se realiza de forma tal que suponga la afectación del conjunto de derechos que componen el *status esencial* del extranjero cualquiera que sea su situación en nuestro territorio.

4. El concepto de trata de personas

El concepto de “trata” ha ido cambiando y evolucionando al tiempo que lo hacía la sociedad. A lo largo de la historia las personas más vulnerables han sido objetivadas y mercantilizadas. La RAE⁵³ define “trata” como el “*Tráfico que consiste en vender seres humanos como esclavos*”, trata como derivación del verbo “Tratar” “comerciar”. Los primeros usos del concepto los podemos encontrar en el fenómeno migratorio de prostitutas europeas entre fines del siglo XIX y principios del XX que se desplazaban, por mediación de terceros, a otros continentes, a través del discurso de la trata internacional de personas, que fue originariamente denominado “*trata de blancas*” y después “*trata*” de personas con fines de “*explotación sexual*”⁵⁴.

Ese cambio terminológico se produce en la era de la Sociedad de Naciones, con la aprobación en Ginebra, el 30 de septiembre, del Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Niños del año 1921 – *International Convention for the Suppression of the Traffic in Women and Children*⁵⁵– momento en el que se produce un incremento en el número de los países involucrados en la lucha contra la trata.

La envergadura de aquel escenario y su repercusión social generaron la coyuntura propicia para plantear la oportunidad de un nuevo marco normativo internacional desde el que mirar la trata de personas. El Comité especial de Expertos sobre la Trata de mujeres y niños, nombrado por el Consejo de la Sociedad de Naciones, comenzó sus tareas en

⁵³ RAE, *Diccionario de la Lengua Española*. Disponible en: <https://www.rae.es/drae2001/trata>

⁵⁴ Los primeros trabajos se remontan al Congreso Internacional sobre la Trata de Blancas (International Congress on the White Slave Trade), celebrado en Londres entre el 21 y el 23 de junio en el año 1899, La Conferencia Internacional para la Represión de la Trata de Blancas celebrada en Paris el 15 de julio en 1902 y la Segunda Conferencia para la Represión de la Trata de Blancas del año 1910

⁵⁵ *International Convention for the Suppression of the Traffic in Women and Children, Ginebra, 30 de septiembre de 1921*. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/Convencion_Internacional_para_la_Prevenccion_de_la_Trata_de_Mujeres_y_Ninos.pdf

1924 con el objetivo de recalificar jurídicamente aquel fenómeno migratorio y brindar, en consecuencia, una salida política que permitiera reprimir y contener flujos migratorios de ese perfil⁵⁶. Trabajos que se retomaría tras la Segunda Guerra Mundial.

Como veremos en el Capítulo II, fueron varios los instrumentos internacionales que influyeron en el cambio terminológico, y ello, porque la antigua definición de “trata de blancas” perdió vigencia por no corresponder ya con la dimensión del fenómeno delictivo y con la naturaleza de los desplazamientos y nuevas formas de comercio y explotación. Tanto es así, que los primeros textos solo incluyen a las mujeres⁵⁷, posteriormente se incluyen a los niños⁵⁸ y, otros refieren a “Mujeres mayores de edad”⁵⁹.

El Comité de expertos dio el decisivo paso de reformular el concepto de trata, una “trata de mujeres de un país a otro con el fin de explotación sexual”. Se inclina hacia una concepción deliberadamente ajena a un contexto de abuso, coerción o violencia en orden a una explotación forzada, que le permitirá sin dificultad abarcar y reprimir otros cuadros migratorios bajo la voz malsonante y criminal de trata internacional de personas⁶⁰.

La trata sexual internacional fue definida inicialmente como el “*reclutamiento directo o indirecto y transporte de mujeres a otro país, con ánimo de lucro, para el apetito sexual de una o varias personas*”. Una definición relacionada por vez primera con un destino explotador esclavo, con el control de flujos migratorios contemporáneos de perfiles (laborales) económicos no cualificados, vinculados a las desigualdades de la población, que se derivan de la globalización del modelo único económico neoliberal. Es decir, un sistema que al tiempo que blindo las fronteras, que establece trabas para la entrada al territorio de mano de obra no cualificada y empobrecida, abre y alienta una industria, la de la inmigración o tráfico de personas⁶¹.

⁵⁶ En este sentido puede verse POMARES CINTAS, E., “La prostitución, rehén permanente del discurso de la trata de personas”, *Revista del Laboratorio Iberoamericano para el Estudio Sociohistórico de las Sexualidades*, 2020, p. 175.

⁵⁷ Es así en los instrumentos pre Sociedad de Naciones como la Conferencia Internacional para la Represión de la Trata de Blancas celebrada en París el 15 de julio en 1902 y la Segunda Conferencia para la Represión de la Trata de Blancas del año 1910.

⁵⁸ Por primera vez se refiere a niños de ambos sexos Artículo 2 del Convenio de 1921.

⁵⁹ *International Convention for the Suppression of the Traffic in women of Full Age*, Ginebra, 11 de octubre del año 1933. Disponible en:

http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/sp_cenve_inter_relat_repres_trat_muj_may_edad.pdf

⁶⁰ *Ibidem*. p. 181.

⁶¹ En este sentido MAQUEDA ABREU, M. L., “Una nueva forma de esclavitud (...), *Ob. Cit.*, p. 260; GARCÍA ARÁN, M., *Trata de personas y explotación sexual*, Edit. Comares, Granada, 2006, pp. 3,

El término “personas” lo encontramos por primera vez en la Convención para la Represión de la Trata de Personas y la Explotación de la Prostitución de Otros de 1949⁶². Tras la cual, las variaciones terminológicas no fueron muy relevantes y siempre estuvieron vinculadas a la explotación sexual. Los mayores cambios vendrían mucho más tarde de la mano el Protocolo de Palermo.

El Protocolo de Palermo I⁶³ comprende la primera definición jurídica reconocida a nivel internacional de la trata contemporánea en la que se abordan, de forma novedosa, todos los aspectos del fenómeno. Como hemos analizado, con anterioridad a su aprobación, otros instrumentos internacionales y regionales abordaban la problemática de la trata, pero no definían de forma íntegra su alcance.

No fue hasta el siglo XX que la comunidad internacional logró establecer una definición más precisa de la trata de personas. La definición jurídica internacional de la trata de seres humanos más importante fue la que incorpora este Protocolo. Precisamente, en el proceso de elaboración de este instrumento jurídico se alcanzó, por primera vez, un acuerdo a nivel internacional sobre el concepto contemporáneo de la trata de seres humanos, proporcionándose un marco conceptual y legal novedoso para prevenir y combatir el fenómeno. Concretamente, en virtud del apartado a) del artículo 3 del Protocolo de Palermo I⁶⁴, por trata de seres humanos debe entenderse lo siguiente:

«[...] 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».

10-11; de la misma autora, “Trata de personas y regulación de la prostitución” en Pérez Alonso, E.J., (Coord.) *Trata de personas y regulación de la prostitución*, Edit. Tirant lo Blanch, 2017, pp. 661-662. Puede consultarse también PÉREZ ALONSO, E. J., Op. cit., pp. 120-131.

⁶² *Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others* 1949. Disponible en: https://ec.europa.eu/anti-trafficking/convention-suppression-traffic-persons-and-exploitation-prostitution-others_en#:~:text=The%20Convention%20prescribes%20procedures%20for,renting%20accommodation%20for%20prostitution%20purposes.

⁶³ NACIONES UNIDAS. Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños, de 15 de noviembre de 2000, que complementa el Convenio contra la delincuencia organizada transnacional. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ProtocolTraffickingInPersons_sp.pdf

⁶⁴ Ibidem. El artículo 3 en el primer inciso recoge varias acciones.

Dicho apartado matiza que la explotación incluirá, como mínimo, las siguientes situaciones:

«[...] 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».

Por primera vez, la definición no se limita a la explotación sexual como única finalidad de la trata de seres humanos.

El concepto jurídico de trata de seres humanos empleado actualmente en el ámbito del Consejo de Europa es el que integra el Convenio de Varsovia. A grandes rasgos, este instrumento define la trata en términos muy similares al Protocolo de Palermo I. Precisamente, en virtud del artículo 39 del Convenio de Varsovia⁶⁵, *«el presente Convenio tiene la finalidad de reforzar la protección ofrecida por el Protocolo y desarrollar las normas contenidas en el mismo».*

Así, según lo establecido en el apartado a) del artículo 4, se entenderá por trata de seres humanos:

«[...] 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, el 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».

Al igual que el Protocolo de Palermo I, el Convenio de Varsovia también puntualiza que la explotación comprenderá, como mínimo, las siguientes conductas:

«[...] 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».

En la misma línea la Directiva 2011/36/UE⁶⁶, instrumento jurídico que comprende la definición de trata de seres humanos vigente en el plano de la Unión Europea, delimita

⁶⁵ Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005. Instrumento de ratificación BOE núm. 219, de 10 de septiembre de 2009 Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2009/09/10/pdfs/BOE-A-2009-14405.pdf>

⁶⁶ 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

en el apartado 1 del artículo 2 las conductas propias de la trata de seres humanos que, como se determina expresamente, deben cometerse de forma intencionada. Así, a los efectos de la Directiva, esta práctica conlleva:

«[...] la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, incluido el intercambio o la transferencia de control sobre estas personas, mediante la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona, con el fin de explotarla».

Con respecto al alcance de la expresión «situación de vulnerabilidad», en el apartado 2 se aclara que:

«[...] existe una situación de vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa real o aceptable excepto someterse al abuso».
Igualmente, se especifica en el apartado 3 que la finalidad de explotación incluye, como mínimo, las siguientes formas:
«[...] la explotación de la prostitución ajena, u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, incluida la mendicidad, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre, la explotación para realizar actividades delictivas o la extracción de órganos».

Sin entrar al análisis jurídico-penal del fenómeno aún. De estas descripciones legales, ya se pueden extraer los elementos básicos que tras este proceso evolutivo constituyen el concepto de trata de seres humanos y que con mayor o menor acierto han concretado su alcance: Una acción, pues todas las definiciones contemporáneas coinciden que un acto bien sea de captación, traslado, transporte, etc.; Unos medios comisivos, destinados a doblegar una voluntad; Un fin de explotación, o más bien varios fines, aunque como veremos todavía pueden ser limitados o deficientes; Finalmente, a pesar de la estrecha relación con los conceptos anteriores, inmigración ilegal y clandestina. El elemento transnacional no es necesario en el caso de la trata, cuya razón fundamental es el propósito de explotación, independientemente de cómo llega la víctima al lugar donde se realiza la explotación. Esto puede implicar, en caso de que se crucen fronteras, la entrada legal o ilegal en el país del destino, pero no es necesario el desplazamiento de un

la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2011/101/L00001-00011.pdf>

país a otro⁶⁷, puede haber por tanto trata nacional y transnacional, elemento fundamental para diferenciarla de las figuras afines. El estudio de los instrumentos legislativos nos llevará a canalizar estas diferencias.

Es importante señalar respecto a elemento explotación que la propia terminología empleada por el legislador es dudosa, quizás por razones históricas, si tenemos en cuenta que la «trata» se ha entendido equivalente a traficar o comerciar, con un sentido mercantilista, y, por el contrario, en el delito de «trata de seres humanos» la idea predominante es el control o subordinación sobre las mismas, con la finalidad de su explotación. El significado semántico castellano del vocablo «trata» es sinónimo de tráfico o comercio, lo que no se ajusta al ámbito típico del delito descrito en el artículo 177 bis CP, de manera similar a la redacción de esta tipología delictiva en el ámbito del Derecho comparado⁶⁸. El término inglés empleado para la trata de seres humanos es «*traffic*», en Francia se utiliza el vocablo «*traite*» y en Italia «*tratta*», el Código Penal alemán, cuyo art. 233 StGB se refiere a «*Menschenhandel*», *handel* alusivo a la idea de comercio, venta, o mercantilismo. Todas ellas expresiones que enlazan con la idea de mercantilización, comercio o intercambio. Esta redacción contrasta con la terminología utilizada en inglés, donde se distinguen tres vocablos distintos para referirse a tres fenómenos diferentes; a saber, *traffic* –tráfico–, *trade* –la trata de esclavos– y *smuggle* (= contrabando) –tráfico ilegal de migrantes–⁶⁹. Si bien, entendemos que no se puede negar el carácter mercantilista de este fenómeno pues es la propia rentabilidad económica la que lo mantiene, puede que la idea latente sea el control y subordinación de una persona a través de la explotación, pero el objetivo de ese control entendemos, no es otro, que obtener un lucro, control como el de quien controla una mercancía.

⁶⁷ MAYORDOMO RODRIGO, V., “Nueva regulación de la trata (...)”, Op. Cit., p. 330.

⁶⁸ MONGE FERNÁNDEZ, A., “Aspectos concursales del delito de trata de seres humanos”, en (Dir.) Martín Ostos, (Coord.) J. Martín Ríos, P. La tutela de la víctima de trata: una perspectiva penal, procesal e internacional, Bosh editor, Barcelona, 2019, pp. 133-134.

⁶⁹ Más detalladamente en SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., “¿Por qué le llaman trata cuando quieren decir explotación?”, en Alcácer Guirao/Lorenzo Martín/Valle Mariscal De Gantes, *La trata de seres humanos: Persecución penal y protección de las víctimas*, Edit. Edisofer, Madrid, 2015, p. 13 y ss.

II. APROXIMACIÓN CRIMINOLÓGICA

La Criminología ha sido definida como una ciencia empírica e interdisciplinar encargada del estudio del delito, del delincuente, de la víctima y de los medios de control social, que trata de suministrar una información válida y eficaz sobre el hecho delictivo, sus formas de actuación y prevención, de modo que la víctima se configura como un elemento u objeto esencial de la Criminología, sin la cual, su praxis y razón de ser estaría totalmente fuera de lugar en tanto desconocería uno de los elementos clave interviniente en el delito⁷⁰. De aquí la importancia de una primera aproximación al fenómeno delictual analizando el perfil del delincuente, el de la víctima y el *modus operandi*. Entendemos necesaria para la mejor comprensión de este determinar en primer lugar los factores que indiquen sobre este fenómeno criminal.

1. Etiología del delito de trata de seres humanos

El incremento de las desigualdades económicas interterritoriales y la cada vez menor capacidad de incidencia en el futuro económico de los países en vías de desarrollo, han intensificado las migraciones humanas en un marco aparentemente contradictorio: la globalización económica establece la libre circulación de mercancías y capitales y, al mismo tiempo restringe la circulación de personas.

Respecto al origen y causas de la trata de seres humanos es multifactorial, no se puede reducir a una causa, la complejidad de este fenómeno muestra varias caras. Se considera que su emerger se explica por un conjunto de razones, caracterizadas como *push-pull factors*, ya se observe el fenómeno desde el lado de la demanda, con el consiguiente efecto de atracción (*pull*), ya desde el lado de la oferta, con el efecto de propulsión (*push*)⁷¹.

⁷⁰ MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., PATRÓ HERNÁNDEZ, R. M. Y AGUILAR CÁRCELES, M. M. (2014). *Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*. Madrid, Spain: Dykinson. Recuperado de <https://elibro.net/es/ereader/ual/56985?page=21>.

⁷¹ VILLACAMPA ESTIARTE, C. "La moderna esclavitud (...)", Op. Cit., p. 299 y ss. En el mismo sentido PÉREZ ALONSO, E., *Tráfico de personas e inmigración clandestina (un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 52 y ss.; SERRA CRISTÓBAL, R., *La trata sexual de mujeres. De la represión del delito a la tutela de la víctima*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2007, pp. 30 y ss.

Se han señalado como factores más significativos que predicen el seguimiento de personas en un país: el nivel de corrupción gubernamental de un país, la tasa de mortalidad infantil, la proporción de la población menor de catorce años, el nivel de producción de alimentos, la densidad de población, y la cantidad de conflicto y malestar social que sufre el país⁷². En cuanto a los factores que empujan a potenciales siervos fuera de sus países de origen (*push factors*) se cuentan la pobreza, la ausencia de educación, de empleo, de recursos y, en definitiva, de oportunidades. Entre ellos se incluyen también la discriminación sexual, la globalización económica capitalista, el padecimiento de conflictos armados o catástrofes como desastres naturales, e incluso algunas formas de cultura local o tradiciones locales que dejan en situación de vulnerabilidad a determinados grupos de población, fundamentalmente mujeres. El factor de atracción más determinante (*pull factor*), al margen de la imagen ideal e irreal facilitada a los pobladores de los países de origen acerca de la vida en los países de destino, se centra en la demanda de servicios a realizar por esclavos en los países de destino. Estamos ante una realidad cuya eliminación incumbe al conjunto de la humanidad y, respecto a la cual, las fronteras han dejado de representar un factor no sólo ya moral sino también jurídicamente irrelevante y dónde algunas responsabilidades están claras como la responsabilidad del individuo que ejerce el control, la del Estado donde se produce la explotación y la de la comunidad internacional⁷³. El tránsito de las personas desde los países generalmente proveedores hasta los países consumidores constituye un proceso que comienza con la recluta y termina con la explotación, pasando por el transporte o el alojamiento, en que la víctima de la trata puede ser, además, victimizada mediante el padecimiento de otros delitos que se suman a la trata⁷⁴.

Al margen de la caracterización socio-criminológica de esta “nueva forma de esclavitud”, antes de avanzar en cuanto a la fenomenología se refiere y sin prejuicio de su análisis en el siguiente apartado debemos precisar que el concepto de trata de personas internacionalmente admitido deriva del Protocolo —adicional a la Convención de

⁷² BALES, K., *Understanding global slavery*, University of California Press, 2005, p. 139.

⁷³ Una mirada cosmopolita de la injusticia que supone la llamada esclavitud moderna y la responsabilidad para su erradicación puede verse en ARCOS RAMÍREZ, F., “Globalización, pobreza y esclavitud contemporánea: una mirada cosmopolita”, en Pérez Alonso, E. (Dir.), *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 77 y ss.

⁷⁴sobre ello VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el derecho internacional*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2011, p. 86.

Naciones Unidas— contra la Delincuencia Organizada Transnacional para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente la de Mujeres y Niños (en semejantes términos art. 2 Directiva 2011/36/UE⁷⁵). Conforme al concepto de trata de seres humanos que contempla el art. 3 de este documento, se considera que el concepto jurídico de la trata de personas se compone de los siguientes tres elementos:

“a) la acción: comportamiento objetivo consistente en captar, transportar, trasladar, acoger o recibir personas;

b) el empleo de determinados medios: la amenaza, el uso de la fuerza o la coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de situación de poder o de una situación de vulnerabilidad de la víctima o la concesión de pagos o beneficios a una persona que tenga autoridad sobre la misma. La concurrencia de dicho elemento no es necesario cuando la víctima sea un menor de edad;

c) la finalidad de explotación, que no es necesario que llegue a producirse para poder hablar de trata. La referida finalidad puede venir constituida, entre otras posibilidades por la explotación de la prostitución ajena, la explotación sexual, los

⁷⁵ El artículo 2 de la Directiva 2011/36/UE dispone que 1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que sean punibles las conductas siguientes cuando se cometan intencionadamente:

La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, incluido el intercambio o la transferencia de control sobre estas personas, mediante la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona, con el fin de explotarla.

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

3. La explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena, u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, incluida la mendicidad, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre, la explotación para realizar actividades delictivas o la extracción de órganos.

4. El consentimiento de una víctima de la trata de seres humanos para su explotación, prevista o consumada, no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios contemplados en el apartado 1.

5. Cuando la conducta a que se hace referencia en el apartado 1 afecte a un niño, constituirá infracción punible de trata de seres humanos aun cuando no se haya recurrido a ninguno de los medios contemplados en el apartado 1.

6. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por «menor» cualquier persona menor de dieciocho años.

*trabajos forzados, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud y la extracción de órganos*⁷⁶.

La trata de seres humanos se ve facilitada en gran medida por factores externos como pueden ser la tolerancia social, la falta de legislación armonizada en toda la Unión Europea, las altas ganancias versus bajos riesgos y el desarrollo global de infraestructuras online. Cierta conciencia social puede crear condiciones más permisivas respecto a ciertos delitos, por su parte los delincuentes cambian rápidamente sus actividades a países donde la legislación es más permisiva, haciendo mucho más fácil la actividad a los traficantes que desean utilizar un entorno legal⁷⁷. Estrechamente vinculado a la trata de seres humanos está el fenómeno migratorio, pero las migraciones son un fenómeno complejo que no pueden explicarse de manera completa atendiendo únicamente a factores económicos, por lo que se han introducido elementos de otras teorías de la migración. Múltiples circunstancias tanto de carácter social, político o cultural e incluso ambiental interactúan en cada proceso migratorio. En este sentido, no sólo las desigualdades económicas determinan la decisión de migrar, sino que factores como la inestabilidad política, la existencia de conflictos bélicos o las catástrofes naturales son susceptibles de generar la decisión de abandonar el país en busca de alternativas en otros lugares más estables⁷⁸ y son determinantes de una vulnerabilidad aprovechada por los tratantes.

Si bien, los factores cambian según estemos ante una u otra forma de explotación. Respecto a la trata con finalidad de explotación sexual, varias perspectivas resultan esenciales para comprender el fenómeno de la trata sexual de personas, de las que cabe destacar preferentemente tres:

- a) La de género, porque la trata recae sustancialmente sobre mujeres;
- b) La de la desigualdad y pobreza, porque son las condiciones características bajo las que transcurre este lucrativo negocio y,

⁷⁶ Sobre ello VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La trata de seres humanos”, en Quintero Olivares, G. (Dir.) / Morales Prats, F. (Coord.) / Tamarit Sumalla, J.M. / García Albero, R., *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo 1, Edit. Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2016., p.2

⁷⁷ Vid. EUROPOL, *Situation Report Trafficking in human beings in the EU 2018*. p. 12. Disponible en: http://ecpat.de/wp-content/uploads/2018/02/situational_report_trafficking_in_human_beings-europol.pdf [Última consulta, 3 de junio de 2020].

⁷⁸ IGLESIA SKULJ, A., *Trata de mujeres con fines de explotación sexual. Análisis político- criminal del Código penal del artículo 177 bis del Código Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, 2013, p. 208.

- c) Su internalización y sus conexiones, cada vez más intensas, con la delincuencia organizada mundial.

Desde sus orígenes, el fenómeno ha aparecido esencialmente vinculado a las mujeres. No es casualidad el nombre de trata de blancas en tanto que sinónimo de “comercio transfronterizo de mujeres”. Hoy, nadie niega que los sujetos privilegiados de esta clase de tráfico ilegal siguen siendo las mujeres. El fenómeno migratorio ilegal afecta, por lo menos en un 50 por ciento, en los últimos años, a mujeres, que pasan a ser presa fácil de los sistemas de explotación, sexual, sobre todo. Según datos de la Organización Internacional para las Migraciones (en adelante OIM)⁷⁹, solo en Europa el tráfico ilegal involucra de 200 mil a 500 mil mujeres procedentes de América Latina, África, Asia y Europa Oriental. Entre las causas de esa feminización se encuentran, a parte de la “idea mítica” propiciada por los medios de comunicación acerca del bienestar, la riqueza y las posibilidades de trabajo en países ricos, la pobreza y necesidad que se deja sentir en los países en vías de desarrollo donde es creciente la jefatura femenina, sobre la que descansa entonces la obligación del sustento familiar, la relativa existencia de opciones legales en los países de destino para dedicarse al trabajo doméstico o a sectores de la industria turística que resultan siendo las “tapaderas” de ese otro tráfico ilegal o los desequilibrios provocados en los países de origen por el creciente turismo de masa y en particular el turismo sexual⁸⁰. Se afirma que *“la trata de mujeres tiene su origen en la explotación económica de la mano de obra femenina y en la sexualidad, y se trata de un fenómeno estructural”*⁸¹.

⁷⁹ Organización Internacional para las Migraciones. Informe sobre las migraciones en el mundo 2018, p.207. Según este informe un aspecto central de la relación entre la migración y el género es el cambio en la composición por sexo de los contingentes de migrantes internacionales, esto es, la llamada “feminización” de la migración. Las mujeres comprenden aproximadamente la mitad de la población mundial de migrantes internacionales; sin embargo, la proporción varía de manera considerable según la región, y hay países en los que la mayoría de los emigrantes son mujeres. En este sentido, también se ha producido un cambio cualitativo: en la actualidad, es más probable que las mujeres se desplacen como migrantes independientes a que lo hagan como familiares a cargo de otras personas.

⁸⁰ El fenómeno del turismo sexual ha sido regulado en algunos países como Italia, Panamá y El Perú que han reformado sus respectivos Códigos Penales, incorporando nuevas figuras delictivas para sancionar, expresamente, el turismo sexual con menores, estudio de MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., “El turismo sexual infantil: especial referencia a la responsabilidad penal del cliente” en (Dir.) Zugaldía Espinar, J. M., *La nueva regulación del tráfico ilegal de personas con fines de explotación sexual según la LO 11/2003*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 269 y ss.

⁸¹ MAQUEDA ABREU, M. L., “Una nueva forma de esclavitud: el tráfico sexual de personas”, En (Coord.), Lorenzo Copello P., *Inmigración y Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 258 y ss.

Respecto a la trata para fines de explotación laboral, tiene lugar, sobre todo, en el servicio doméstico, los sectores de agricultura, construcción y restauración⁸². ACCEM, en su informe de 2017⁸³ señala entre los factores de empuje los siguientes:

- La situación económica de los países de origen. Los países de procedencia de los inmigrantes suelen presentar una situación económica, política y social precaria que impide el desarrollo de la población en condiciones de igualdad y dignidad.
- La inestabilidad política y los conflictos armados. En países en conflicto o en situaciones políticas de transición o inestabilidad, la población busca alternativas de vida en lugares con mayor estabilidad social y política.
- La feminización de la pobreza. En muchos lugares el género femenino lo tiene especialmente difícil a la hora de encontrar empleo y conseguir recursos económicos para mantener a sus familias. Esto provoca que la pobreza sea mayor en el género femenino y obligue a este colectivo a emigrar en mayor medida.
- Mayores expectativas de éxito. Unidas a condiciones reales y objetivas coexisten condiciones de tipo subjetivo e individual. En concreto, la percepción de mejora en los países de destino puede ser un elemento determinante para tomar la decisión de marcharse del país. Los medios de comunicación de los países de origen, los familiares emigrantes, los conocidos que han pasado por esta experiencia, etc. ofrecen una imagen de los países de destino que únicamente muestra las bondades y ventajas de la migración, obviando por completo las penurias y problemas por los que atraviesan estos

⁸² Vid. Informe ACCEM, “La Trata de Personas con Fines de Explotación Laboral. Un estudio de aproximación a la realidad en España”, 2006, p. 40. En el mismo sentido Vid. Informe Anual de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, “Combating trafficking as modernday slavery: a matter of rights, freedom and security”, 9 de diciembre de 2010 y también 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.

⁸³ Vid. Informe ACCEM, “La Trata de Personas con Fines de Explotación Laboral. Un estudio de aproximación a la realidad en España”, 2017, pp. 35-37.

inmigrantes. Esto conduce a construir unas expectativas individuales de éxito que son el motor principal de la decisión de emigrar.

Por otro lado, como factores de atracción señala los siguientes:

- Fuerte demanda de trabajo en los países de destino, especialmente en sectores como el de servicios, la agricultura, etc. Esta demanda es real y, en muchos casos, no puede ser satisfecha por los ciudadanos del país. En otros casos, resulta más barato para las empresas contratar a personal migrante para realizar determinados trabajos.
- Esta demanda de trabajo general también va unida a una demanda de trabajo barato y de especial vulnerabilidad en sectores que están menos regularizados o controlados por las autoridades laborales o en los que culturalmente se acepta un menor rigor en las condiciones laborales, tales como: la agricultura, el servicio doméstico, la prostitución, etc.
- La estabilidad política de los países con democracias más avanzadas es una importante motivación para ciudadanos procedentes de países en los que existen conflictos políticos o bélicos.
- Los lazos históricos, culturales y lingüísticos entre determinados países de origen y de destino también actúan como atractivo para la inmigración.
- La mejora de las condiciones económicas, sociales y políticas es un atractivo importante para ciudadanos extranjeros. La mejora en los salarios, las prestaciones sociales y sanitarias integrales, las políticas de igualdad y de no discriminación existentes en los países de destino, etc.
- La presión de las organizaciones criminales constituye un nuevo factor que se ha añadido últimamente y cuyos protagonistas son las mismas organizaciones criminales que trafican con inmigrantes. Al ser éste un negocio rentable, las mismas organizaciones criminales dedicadas al tráfico promueven e impulsan esta actividad, creando mayor demanda de la que existiría normalmente.
- La incorporación de nuevos Estados miembros a la Unión Europea también contribuye a la expansión de este negocio. Las organizaciones criminales cooperan entre ellas, particularmente, a la hora de transportar bienes de un país

a otro y de cruzar fronteras. Esta cooperación puede extenderse a los nuevos miembros ampliando así su marco de acción, sus actividades y su territorio. Con la incorporación de los nuevos Estados miembros, se abre el campo a nuevas rutas y oportunidades de negocio sin necesidad de realizar nuevas conductas delictivas.

Por tanto, actores complejos e interrelacionados, como la discriminación sistemática y estructural, las violaciones de los derechos humanos, la pobreza, la desigualdad, la corrupción, los conflictos violentos, la confiscación de tierras, la falta de educación, el desempleo y los deficientes sistemas de migración laboral acentúan la vulnerabilidad de las personas ante la explotación y los abusos, ya que reducen sus opciones.

A todo ello, hay que añadir que en la Estrategia de la Unión para la erradicación de la trata de seres humanos 2012-2016⁸⁴ se señala que la violencia contra las mujeres es una de las causas profundas de la trata de seres humanos. La trata de seres humanos es un delito con un componente de género, las mujeres y las niñas también representan un importante porcentaje de las víctimas de otras formas de trata de seres humanos, como la explotación en ámbitos como el trabajo doméstico y la prestación de cuidados, la industria, la alimentación y los servicios de limpieza, entre otros.

El tráfico de seres humanos es una de las actividades delictivas organizadas más rentables del mundo, junto al comercio de drogas ilegales y de armas, los beneficios anuales ilícitos derivados del trabajo forzoso, también mediante el blanqueo de dinero, suman unos 150.000 millones de dólares estadounidenses, y se estima que un 90 % de las víctimas son explotadas en el sector privado y dos tercios de los beneficios proceden de la explotación sexual comercial, lo que la convierte en la forma más lucrativa de explotación⁸⁵.

⁸⁴ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Estrategia de la UE para la erradicación de la trata de seres humanos (2012 – 2016). Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52012DC0286>

⁸⁵ Parlamento Europeo. Informe de 13 de junio de 2016 sobre la lucha contra el tráfico de seres humanos en las relaciones exteriores de la UE (2015/2340(INI)). Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2016-0205_ES.html

La trata de seres humanos debe entenderse desde la perspectiva de la demanda y de la obtención de beneficios, ya que la explotación de las mujeres, en especial con fines sexuales, viene generada por una demanda de dichos servicios y por los beneficios que esta actividad genera.

Según Europol, la generalización del acceso a internet en todo el mundo permite que la trata se expanda cada vez más en el entorno digital y que esta circunstancia propicia nuevas formas de captación y explotación de las víctimas. Señala en varios informes que existe un vínculo entre el tráfico de migrantes y la trata de seres humanos, que las redes de tráfico de personas recurren, entre otros medios, a internet para anunciar sus servicios a los migrantes potenciales, es un problema regional y mundial que no siempre se puede abordar exclusivamente a escala nacional. No es un fenómeno que se circunscriba a los países considerados menos desarrollados, sino que se da, asimismo, de forma más encubierta, en los países desarrollados. La delincuencia organizada de trata de seres humanos se produce tanto a escala transfronteriza como dentro de las fronteras interiores, lo que exige legislación interna sólida contra la trata de seres humanos y cooperación entre los países⁸⁶. Además, la demanda en los países desarrollados es el motor de la trata de seres humanos procedentes de los países en desarrollo, poniendo a su población en una posición de vulnerabilidad, especialmente a las mujeres y las niñas. En la actualidad, hay que añadir que los conflictos armados pueden aumentar la vulnerabilidad al tráfico de diferentes maneras. Las áreas con un estado de derecho débil y la falta de recursos para responder al crimen proporcionan a los traficantes un terreno fértil para llevar a cabo sus operaciones. Los grupos armados y otros delincuentes pueden aprovechar la oportunidad para traficar con víctimas, incluidos niños, para explotación sexual, esclavitud sexual, matrimonio forzado, combate armado y diversas formas de trabajo forzado⁸⁷.

⁸⁶ Vid. EUROPOL, Informe de situación Trafficking in Human Beings in the EU, febrero de 2016. Véase también Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Segundo informe sobre los progresos realizados en la lucha contra la trata de seres humanos (2018) con arreglo al artículo 20 de la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas.

⁸⁷ UNODC (2018), Global Report on Trafficking in Persons, 2018, p. 11. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2018/GLOTiP_2018_BOOK_web_small.pdf [Última consulta, 11 de enero de 2022] y en UNODC (2020), Global Report on Trafficking in Persons, 2020, p. 10. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tip/2021/GLOTiP_2020_15jan_web.pdf [Última consulta, 11 de enero de 2022].

2. Análisis de la fenomenología criminal

Recopilar datos que reflejen la realidad de este delito no es una tarea fácil, los datos que tenemos no ofrecen una imagen de la realidad existente. A lo que se unen ciertos factores que incrementan el nivel de dificultad para obtener datos, incluso datos oficiales.

En primer lugar, aunque no se trata de un fenómeno reciente, sí es de reciente preocupación, con lo que muchos países no tienen todavía legislaciones penales que recojan estas conductas como delito y, por tanto, los datos son difícilmente identificables. En segundo lugar, son delitos que, aunque estén penalizados, por la propia naturaleza del delito, el índice de denuncia es muy escaso. Para que se conozca por parte de las autoridades policiales debe existir una denuncia de la víctima o que la propia policía conozca la situación a través de otros medios de investigación criminal. La vulnerabilidad de estas víctimas y la situación de explotación a la que están sometidas, dificultan mucho la iniciativa personal de las mismas a denunciar. En varias investigaciones sobre la trata con fines de explotación sexual se ha demostrado que las víctimas no denuncian por sí solas si no están asistidas por la policía o por una ONG que les garantice una protección y asistencia. En tercer lugar, no todas las bases de datos nacionales recogen los datos de la misma manera ni dichos datos son comparables, lo que dificulta enormemente la comparación y el establecimiento de estimaciones globales sobre el fenómeno, a lo que hay que añadir las dificultades que ha supuesto la proliferación de las nuevas tecnologías⁸⁸.

En el ámbito internacional varias instituciones han intentado cuantificar el fenómeno se forma fiable. Así, la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) ha desarrollado, desde el año 2000, una base de datos sobre trata de seres humanos que recoge información dada por las víctimas en los centros de la OIM donde son asistidas (*The Trafficked Migrants Assistance Database- TMAD*) cuyo uso se pretende potenciar

⁸⁸ Así en el Informe ACCEM, “La Trata de Personas con Fines de Explotación Laboral. Un estudio de aproximación a la realidad en España”, 2017, pp. 38 y ss. Véase También OSCE, *Policy responses to technology-facilitated trafficking in human beings: Analysis of current approaches and considerations for moving forward* de 15 de febrero de 2022, Disponible en: <https://www.osce.org/cthb/512170> Se ha resaltado cómo el uso de internet y de las tecnologías de la comunicación ha atraído también a los tratantes, que han encontrado en estos recursos nuevas herramientas para la captación de personas y su explotación.

en la mayoría de los países miembros de la OIM⁸⁹. En 2018 lanza una nueva versión de *Counter Trafficking Data Collaborative* (CTDC), que ahora presenta datos sobre más de 90.000 casos de trata de personas. CTDC es el primer portal mundial de datos sobre la trata de personas del mundo, con datos primarios aportados por organizaciones de todo el mundo, que reúnen conocimientos y difunden estándares de datos en todo el movimiento contra la trata⁹⁰.

El número de víctimas de la trata de seres humanos que han sido reconocidas como tales sigue siendo muy inferior al número estimado y la proporción de casos llevados ante los tribunales continúa siendo extremadamente reducida. Sigue preocupando el hecho de que un gran número de víctimas de la trata carezcan de protección y apoyo adecuados y de medidas que reparen las violaciones de derechos fundamentales que han sufrido⁹¹.

Casi la mitad de las víctimas que aparecen en la base de datos del *Counter Trafficking Data Collaborative* (CTDC) son víctimas de trata para explotación laboral, y la mayor parte de estas son sujetas a explotación en los sectores de la construcción, la agricultura, la industria manufacturera, el trabajo doméstico y la hospitalidad. La explotación sexual constituye el tipo más común de explotación entre las víctimas y la misma representa tan solo un poco más de la mitad de los adultos y más del 70% de los niños y niñas⁹².

Por su parte, la iniciativa *Walk Free* de la Fundación *Minderoo* y la OIM, examina la conexión entre la migración y la esclavitud moderna, y se centra en qué migrantes son más vulnerables y en qué circunstancias. El informe explora varios sitios de vulnerabilidad donde los migrantes son particularmente susceptibles a la trata de personas, el trabajo forzado y la esclavitud moderna. Estos incluyen viviendas privadas, cruces fronterizos, rutas migratorias irregulares y zonas de conflicto. El informe ilustra que los migrantes son más vulnerables a la explotación en situaciones en las que la autoridad del Estado y la sociedad no pueden protegerlos. También analiza las

⁸⁹ Vid. OIM, *Migrant Assistance. Annual Review 2012*, Ginebra, 2012, p. 32. Disponible en: www.iom.int [Última consulta, 14 de mayo de 2020].

⁹⁰ GLOBAL DATA HUB ON HUMAN TRAFFICKING, Disponible en: <https://www.ctdatacollaborative.org/> [Última consulta, 18 de mayo de 2020].

⁹¹ Vid. EUROPOL, *Informe de situación Trafficking in Human Beings (...)*, Op. cit. p. 9. [Última consulta, 18 de mayo de 2020].

⁹² Global data hub on human trafficking. Disponible en: <https://www.ctdatacollaborative.org/> [Última consulta, 18 de mayo de 2020].

características de las víctimas que se cree que contribuyen a su vulnerabilidad. Además, el estudio explica algunas características de los delincuentes, incluidas las visiones del mundo que les permiten racionalizar la explotación de los demás. Por último, analiza ejemplos de entornos o contextos propicios, como las políticas de inmigración restrictivas, que engendran o exacerbaban la vulnerabilidad⁹³.

En el plano de los datos es fundamental señalar que la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) tiene encomendada, en el marco del Plan de Acción Global de Naciones Unidas de Lucha contra la Trata de Personas adoptado por la Asamblea General en 2010, la realización bienal de un informe en el que se plasman los datos recopilados sobre flujos de trata de personas a nivel mundial, regional y nacional. El primero de estos informes es el Informe Mundial sobre la Trata de Personas de 2009, le siguen el de 2012, 2014, 2016, 2018 y 2020⁹⁴. Según el Informe Mundial sobre la Trata de Personas de 2014 relativo a el periodo 2010-2012 alrededor del 72% de los traficantes condenados eran hombres, y el 28% mujeres. El 49% de las víctimas detectadas fueron mujeres adultas y el 33% niños, lo que supuso un aumento del 5% en comparación con el período 2007-2010⁹⁵.

El Informe Mundial de 2018, basado principalmente en casos de trata detectados entre 2014 y 2016, muestra que los países están detectando y reportando más víctimas de trata. En 2016, el número de víctimas reportadas a nivel global alcanzó su nivel más alto cuando se detectaron más de 24.000. El aumento en el número de víctimas detectadas ha sido más pronunciado en América y en partes de Asia. Estos aumentos pueden ser el resultado de una mayor capacidad nacional para detectar, registrar y reportar datos, o el

⁹³ Vid. OIM, Migrants and their vulnerability to human trafficking, modern slavery and forced labor, 2019. Disponible en: https://publications.iom.int/system/files/pdf/migrants_and_their_vulnerability.pdf

⁹⁴ Vid. UNODC (2009), Global Report on Trafficking in Persons 2009, Disponible en: https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Global_Report_on_TIP.pdf / UNODC (2012), Global Report on Trafficking in Persons 2012, Disponible en: https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Global_Report_on_TIP.pdf / UNODC (2014), Global Report on Trafficking in Persons 2014, Disponible en: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/GLOTIP_2014_full_report.pdf / UNODC (2016), Global Report on Trafficking in Persons 2016, Disponible en https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2016_Global_Report_on_Trafficking_in_Persons.pdf / UNODC (2018), Global Report on Trafficking in Persons 2018: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2018/GLOTIP_2018_BOOK_web_small.pdf [Última consulta, 14 de mayo de 2020].

⁹⁵ Vid. UNODC (2014), Global Report on Trafficking in Persons 2014, p.5, Disponible en: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/GLOTIP_2014_full_report.pdf [Última consulta, 15 de mayo de 2020].

resultado de un aumento del fenómeno. Asimismo, refleja que el 72% de las víctimas detectadas en 2018 en todo el mundo son del género femenino. El 49% de los casos son mujeres adultas y 23% son niñas, lo que representa un incremento en relación con el informe anterior, de 2016. La mayoría de las víctimas detectadas a nivel mundial son objeto de trata con fines de explotación sexual, aunque este patrón no es uniforme en todas las regiones. La trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual prevalece en las regiones donde se detectan la mayoría de las víctimas: América, Europa y Asia Oriental⁹⁶.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) publica estudios e informes de forma periódica. Así, estimaba en 2005 que el número de personas en situación de trabajo forzoso como consecuencia de la trata ascendía a 2.450.000 personas. Alrededor del 20% del trabajo forzoso y una cuarta parte aproximadamente del trabajo forzoso exigido por los agentes privados son resultado de la trata de personas. Esto pone de manifiesto que, si bien el trabajo forzoso dimanante de la trata constituye un porcentaje importante del total, la gran mayoría del trabajo forzoso del mundo no está vinculado con la trata de personas. Existen, sin embargo, importantes variaciones geográficas⁹⁷. Más recientemente, en su Estimación mundial sobre la esclavitud moderna “Trabajo forzoso y matrimonio forzoso de 2017”, estima que, en 2016, 40,3 millones de personas estuvieron sometidas a la esclavitud moderna. Esta cifra incluye 24,9 millones en trabajo forzoso y 15,4 millones en matrimonio forzoso. Esto significa que en el mundo hay 5,4 víctimas por cada 1.000 personas. 1 de cada 4 víctimas son niños. De los 24,9 millones de personas atrapadas en el trabajo forzoso, 16 millones son explotadas en el sector privado, por ejemplo, en el trabajo doméstico, la industria de la construcción o la agricultura, 4,8 millones de personas son víctimas de la explotación sexual forzosa y 4 millones de personas se encuentran en situación de trabajo forzoso impuesto por el Estado. El trabajo forzoso afecta en forma desproporcionada a las mujeres y niñas, que

⁹⁶ Vid. UNODC (2018), Global Report on Trafficking in Persons 2018: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2018/GLOTiP_2018_BOOK_web_small.pdf [Última consulta, 19 de mayo de 2020].

UNODC (2020), Global Report on Trafficking in Persons 2020. Disponible en:

https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tip/2021/GLOTiP_2020_15jan_web.pdf

⁹⁷ Alianza global contra el trabajo forzoso. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo Informe del Director General, Ginebra, 2005, p. 15. / OIT, Action against trafficking in humans beings, 2008, Ginebra, p. 3. / Minimum estimate of forced labour in the world, Ginebra, 2005. Disponibles en: <http://www.ilo.org>

representan el 99% de las víctimas en la industria sexual comercial y el 58% en otros sectores⁹⁸.

Como vemos, el estudio de los datos se muestra complicado por la utilización de diferentes metodologías. Destacan los informes anuales publicados por el Departamento de Estado de los Estados Unidos, el más reciente, el “Informe sobre Trata de Personas 2018” (*Trafficking in Persons Report 2018*) en relación con España, reconoce los esfuerzos y el compromiso del país en la lucha contra esta lacra. Sin embargo, proporciona una serie de recomendaciones para avanzar en la investigación y persecución del delito, así como en la protección y asistencia de las víctimas. Indica que la Fiscalía española inició 135 investigaciones en 2017, en comparación con 272 casos en 2016 y 344 casos en 2015 y que la Fiscalía declaró que el descenso de las investigaciones fue debido al nuevo enfoque del gobierno en las organizaciones criminales, en lugar de traficantes individuales. Entre otras cosas, se recomienda al gobierno de España incrementar las investigaciones, las acusaciones y condenas del delito, en particular para los casos de trata con fines de explotación laboral⁹⁹.

En el ámbito Europeo, el Informe de EUROSTAT, *Trafficking in human beings* de 2016, relativo al periodo 2013-2014 señalaba un total de 15.846 víctimas registradas (tanto presuntas como identificadas) de la trata en la Unión Europea, que la trata de seres humanos con fines de explotación sexual seguía siendo la forma más extendida (el 67 % de las víctimas registradas), seguida de la explotación laboral (el 21 % de las víctimas registradas), que el 12 % restante estaban inscritas como víctimas de la trata destinadas a otras formas de explotación y que, más de tres cuartas partes de las víctimas registradas fueron mujeres (76 %) ¹⁰⁰.

⁹⁸ Vid. OIT, *Global Estimates of Modern Slavery: Forced Labour and Forced Marriage*, Ginebra, 2017. Disponible en:

https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_575479.pdf

[Última consulta, 19 de mayo de 2020].

⁹⁹ Departamento de Estado de Estado Unidos, *Trafficking in Persons Report*, 2018. pp. 392 y ss. Disponible en: <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2019/01/282798.pdf>

[Última consulta, 25 de mayo de 2020].

¹⁰⁰ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre los progresos realizados en la lucha contra la trata de seres humanos, 2016. Disponible en:

<https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/ES/1-2016-267-ES-F1-1.PDF>

[Última consulta, 25 de mayo de 2020].

En cambio, en el Informe de 2018 relativo al período 2015-2016 se registraron 20.532 víctimas de la trata en la Unión Europea, se notificaron 5.979 enjuiciamientos y 2.927 condenas por trata de seres humanos. Más de la mitad (un 56 %) de los casos de trata de seres humanos tenía por finalidad la explotación sexual, que continúa siendo la modalidad más extendida. En torno a una cuarta parte de los casos de trata (26 %) era con fines de explotación laboral, y el resto (un 18 %) perseguía otros objetivos, tales como la mendicidad forzada o la extracción de órganos¹⁰¹.

En España, la información que puede obtenerse de estas fuentes es mínima, parcial y limitada en el tiempo como consecuencia de la ausencia de un sistema periódico de recogida de datos. No es de extrañar, por tanto, que entre los objetivos del Plan de lucha contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual destacase la creación de una base de datos en el CITCO (Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado) sobre trata de seres humanos.

Los Anuarios Estadísticos sobre seguridad ciudadana¹⁰² publicados por el Ministerio del Interior basados en los datos recopilados por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado carecen, en los últimos años, del detalle necesario para convertirse en una fuente de información relevante para los investigadores que se introducen en el estudio de algún fenómeno delictivo, no sólo de la trata de seres humanos.

En la actualidad, la recopilación general de datos relativos a la trata de seres humanos en España se lleva a cabo por el Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y Crimen Organizado (CITCO) del Ministerio de Interior que recibe la información completa de todas las policías nacionales (Policía Nacional y Guardia Civil) y autonómicas. La información se completa con el Seguimiento del Delito de Trata de Seres Humanos que, desde el año 2013 hasta la actualidad, realiza la Unidad de Extranjería de

¹⁰¹ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Segundo informe sobre los progresos realizados en la lucha contra la trata de seres humanos, 2018, con arreglo al artículo 20 de la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. Disponible en:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0777&from=EN>

[Última consulta, 25 de mayo de 2020].

¹⁰² El último Anuario Estadístico sobre seguridad ciudadana de 2019. Disponible en: <http://www.interior.gob.es/documents/642317/1204854/Anuario+Estad%C3%ADstico+del+Ministerio+del+Interior+2019/81537fe0-6aef-437a-8aac-81f1bf83af1a> hace referencia de forma general a los delitos contra las personas y la libertad (14,9% del total).

la FGE (UEFGE) sobre todas y cada una de las investigaciones abiertas en España cuando se valora como probable que va a desembocar en un procedimiento judicial. El carácter y la proyección estrictamente jurídico-procesal de las Diligencias de Seguimiento de esta Unidad determina que los criterios clasificatorios de las víctimas no se correspondan necesariamente con los utilizados por el CITCO ya que la Unidad de Extranjería se circunscribe a las investigaciones en donde se ha detectado la presencia, bien de víctimas identificadas de trata (esto es, aquellas que por los indicadores o indicios objetivos concurrentes no es posible dudar racionalmente de su condición de víctima), bien de víctimas en situación de grave riesgo¹⁰³.

Antes de analizar las características del fenómeno delictivo en cada una de las vertientes del mismo conviene señalar que los indicadores tomados en consideración a los efectos de «identificar a una víctima de trata» utilizados en España son mucho más precisos y rigurosos que los relacionados por Naciones Unidas. En efecto, se toman en consideración los recogidos en el Anexo II del Protocolo Marco Español de Protección de Víctimas de Trata de Seres Humanos, así como en el documento «Directrices para la detección de víctimas de trata en Europa»¹⁰⁴ elaborado por representantes de Bulgaria, Francia, Grecia, Rumania, Países Bajos y España, en el marco del Programa de prevención y lucha contra la delincuencia de la Unión Europea/Comisión Europea-Dirección General de Interior¹⁰⁵.

Analizamos los datos de cada una de las modalidades del tipo atendiendo a su relevancia cuantitativa.

2.1. La trata para explotación sexual

¹⁰³ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Memoria Elevada al Gobierno de S.M. 2019, C. V. pp. 1234 a 1235. Disponible en: https://d3cra5ec8gdi8w.cloudfront.net/uploads/documentos/2019/09/10/_memoria2019_76609dd4.pdf

¹⁰⁴ Directrices para la detección de víctimas de trata en Europa 2013. Disponible en: <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/otrasFormas/trata/detectarla/pdf/ManualDirectricesDeteccionTSH.pdf>

¹⁰⁵ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Memoria Elevada al Gobierno de S.M. 2019, C. V. p. 1235. Disponible en: https://d3cra5ec8gdi8w.cloudfront.net/uploads/documentos/2019/09/10/_memoria2019_76609dd4.pdf

A) Perfil de los tratantes

Según los diversos informes¹⁰⁶ los sujetos activos del delito son predominantemente hombres. Sin embargo, los últimos informes y estudios ponen de manifiesto que el papel de la mujer no se limita a ser víctima del delito, sino que parece constatar un incremento del número de mujeres involucradas en la trata de seres humanos como autoras del delito, llegando a desempeñar un papel más destacado que en casi todas las demás formas de delincuencia.

La UNODC viene estimando desde 2016 que poco más del 35 por ciento de los procesados por trata de personas eran mujeres. La participación es similar para quienes entran en primer contacto con la policía (generalmente al ser investigados o arrestados por trata) y mayor para los condenados. Los datos sobre el perfil de las víctimas también confirman las diferencias regionales que están en línea con años anteriores. La subregión de Europa del Este y Asia Central continúa condenando a más mujeres por trata de personas que hombres, y se registran patrones similares en América Central y el Caribe. En el este de Asia y el Pacífico, las mujeres representaban aproximadamente la mitad de todos los delincuentes de trata condenados. Los países de Europa occidental y central informan una pequeña proporción de mujeres delincuentes, apenas por encima del 20 por ciento. Los países de las Américas, así como de África y Oriente Medio, generalmente informaron que las mujeres representaban un poco más de un tercio de los condenados por trata de personas. Las diferencias en el perfil sexual de las personas condenadas pueden reflejar diferentes enfoques de los sistemas de justicia penal en diferentes regiones. Como cuestión de capacidad, los países en desarrollo pueden ser capaces de condenar solo a los rangos más bajos de la red de trata, lo que resulta en la condena de quienes normalmente controlan o reclutan a las víctimas, las llamadas "*madams*" en algún contexto de explotación sexual. Al mismo tiempo, estos números pueden reflejar diferentes roles que las mujeres tienen en el proceso de tráfico y la geografía relacionada

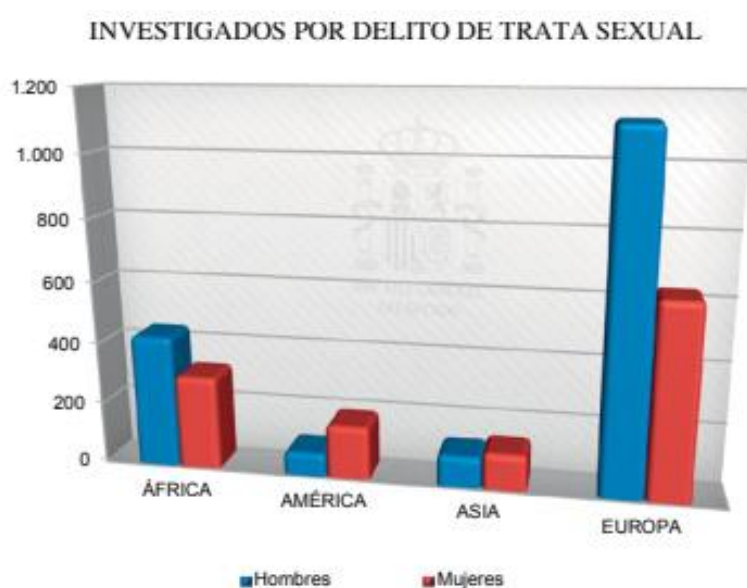
¹⁰⁶ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Memoria Elevada al Gobierno de S.M. 2019, C. V. Disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2019/FISCALIA_SITE/index.html

Véase también la más reciente, Memoria Elevada al Gobierno de S.M. 2021, C. V. Disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2021/FISCALIA_SITE/index.html

UNODC, <https://www.epdata.es/datos/trata-personas-mundo-datos-graficos/427>

con estos roles. Los estudios cualitativos muestran que las mujeres traficantes son particularmente activas en la fase de reclutamiento de la trata de personas¹⁰⁷.

En nuestro país, en el periodo 2013-2018 se investigó a 2.954 personas procedentes de África (431 hombres y 306 mujeres), de América (76 hombres y 175 mujeres), de Asia (103 hombre Muchos de ellos estaban integrados en grupos u organizaciones criminales africanas (92), americanas (11), asiáticas (15) y europeas (62). Aunque también se han investigado organizaciones de naturaleza mixta. Asimismo, se han perseguido a clanes familiares, 3 de América y 24 de Europa. s y 119 mujeres) y de Europa (1.118 hombres y 626 mujeres)¹⁰⁸.



Fuente: Memoria FGE 2019. p 1242

La última Memoria de la Fiscalía General del Estado, durante el año 2020 se han incoado 136 procedimientos judiciales por delito de trata de seres humanos en los que se investigan a 437 personas (155 mujeres y 282 hombres) de varias nacionalidades (Albania, Alemania, Argelia, Argentina, Brasil, Bulgaria, Chile, China, Colombia, Cuba,

¹⁰⁷ Vid. UNODC, Global Report on Trafficking in Persons 2018, Disponible en: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2018/GLOTiP_2018_BOOK_web_small.pdf [Última consulta, 1 de junio de 2020].

¹⁰⁸ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Memoria Elevada al Gobierno de S.M. 2020, C. V. Disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/resumen_memoria2019/inicio.html [Última consulta, 15 de octubre de 2020].

Ecuador, Eslovaquia, España, Francia, Gran Bretaña, Honduras, Marruecos, Nicaragua, Nigeria, Paraguay, Portugal, República Dominicana, Rumanía, Rusia, Suecia, Ucrania, Uruguay y Venezuela). Muchos de ellos se encuentran integrados en las 33 organizaciones criminales, 2 grupos criminales y otros 2 clanes familiares que están siendo investigados¹⁰⁹.

ESCRITOS DE ACUSACIÓN FORMULADOS EN 2020							
Modalidad	Escritos	Víctimas			Acusados		
		Mujeres		Hombres			
		Mayores	Menores	Mayores	Hombres	Mujeres	P. Jurídicas
Sexual	34	79	5	0	55	53	2
Laboral	5	0	5	20	9	3	0
Mendicidad	1	0	1	0	1	1	0
Act. Delict.	1	0	0	10	6	0	0

Fuente: Memoria FGE 2021, p. 842

Observamos en el análisis de datos que los informes no se refieren a las organizaciones criminales. Ello no obsta a que la realidad sea la de una actividad criminal organizada. De los diversos informes de Europol¹¹⁰ se deduce una relación clara entre la trata y el crimen organizado. Dichos informes reflejan el modo de actuar y las características de los grupos criminales. Así, en Europa, destacan las organizaciones integradas por ciudadanos búlgaros, nigerianos y rumanos, seguidos, entre otros, por grupos de otros países como chinos, rusos y turcos. Si bien cada grupo posee unas características propias lo cierto es que todos ellos se caracterizan por la rapidez de reacción a cambios legislativos y políticas públicas, adaptando su actividad no sólo a posibles cambios en la demanda de ciertos servicios sino también a posibles modificaciones o reformas legislativas.

¹⁰⁹ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Memoria Elevada al Gobierno de S.M. 2021, C. V. Disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2021/FISCALIA_SITE/index.html

¹¹⁰ Entre otros el último informe EUROPOL, European Migrant Smuggling Centre. 5th annual report 2021. Disponible en: https://www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/emsc_5th_annual_report.pdf [Última consulta 12 de mayo de 2022].

B) Modus Operandi

En las diversas investigaciones queda de manifiesto la frecuencia con que el delito de trata es cometido por grupos u organizaciones criminales, siendo el *modus operandi* de cada grupo u organización diferente en función de la nacionalidad mayoritaria de sus componentes.

Así, en 2016 se investigaron 17 grupos u organizaciones nigerianas, 2 paraguayas, 6 rumanas, 4 chinas, 1 moldava y 1 española. Además, en ese año se investigó un grupo compuesto por ciudadanos rusos y españoles, y dos en los que participaban individuos de diferentes nacionalidades. La gran mayoría de estas investigaciones sometidas a seguimiento de la Fiscalía de Extranjería tienen una gran complejidad, siendo frecuente, por resultar necesario, la declaración del secreto de sumario.

Aunque de forma general se haga referencia a la captación de las víctimas mediante el uso de violencia y, por tanto, a la modalidad más grave de trata de personas, en términos de atentado a los derechos humanos, lo cierto es que el principal mecanismo de captación de víctimas de trata de personas no es la violencia ni la intimidación sino el engaño.

Europol constata un descenso de la violencia como medio comisivo en el ámbito de la trata de seres humanos. El ofrecimiento de ofertas laborales falsas o la ocultación de las condiciones laborales en las que se va a desarrollar la actividad laboral, a los que se añaden un creciente uso de internet, son los elementos clave durante la fase de captación. Tan sólo algunos grupos criminales, especialmente violentos como rumanos y albaneses, mantienen inalterado el uso de la fuerza y la violencia como medio de captación y constante sometimiento de las víctimas¹¹¹.

Los Estados miembros informan de que los traficantes de personas modifican constantemente sus métodos de trabajo; recurren menos a la fuerza física, pero utilizan en mayor medida la violencia psicológica y emocional. Además, señalan que el número de sus propios nacionales que son tratados como sospechosos por los Estados miembros,

¹¹¹ Vid. COMISIÓN EUROPEA, Segundo informe sobre los progresos realizados en la lucha contra la trata de seres humanos (2018) con arreglo al artículo 20 de la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0777&from=EN>

así como el de mujeres víctimas que se convierten en traficantes, va en aumento. Las redes delictivas presentan una elevada movilidad y, a menudo, son transnacionales; existen células de estas redes en los países de origen, de tránsito y de destino de las víctimas. De acuerdo con los Estados miembros, los traficantes de personas utilizan internet y las redes sociales para captar a sus víctimas, pero también con fines logísticos, para posibilitar la explotación de las víctimas y como plataforma comercial para la prostitución. Los Estados miembros indican además que el uso de tecnologías de cifrado plantea dificultades a las autoridades encargadas de la investigación. También destacan la existencia de vínculos con el tráfico de drogas, la falsificación de documentos y monedas, los delitos contra la propiedad, el tráfico ilícito de migrantes, el tráfico ilegal de armas y el contrabando de tabaco¹¹².

Según informe de la Europol del año 2018 el reclutamiento generalmente comienza en el país de origen, donde las víctimas son engañadas, persuadidas y secuestradas. Los más comunes medios a través de los cuales las personas vulnerables se convierten en víctimas de la trata son el engaño, falsas promesas de empleo, buenas condiciones de trabajo, incluso vivienda gratis y buen sueldo. Adicionalmente, el método del "lover boy" también es frecuentemente utilizado por los traficantes para manipular a sus víctimas. En estos casos, las víctimas se apegan emocionalmente a sus explotadores, quienes luego les proponen viajar al extranjero o incluso casarse. Las víctimas de este tipo suelen ser menores de edad, pero ha habido casos de adultos. Los traficantes suelen compartir enlaces con el territorio en el que operan y se originan en la misma comunidad étnica o incluso comparten lazos familiares con sus víctimas. El reclutamiento y transporte de las víctimas generalmente son organizados por sus compañeros nacionales. Los explotadores finales pueden ser ciudadanos locales o extranjeros.

En casos de víctimas no pertenecientes a la Unión Europea, los traficantes a menudo las persuaden para que soliciten un permiso de residencia o asilo en un país de tránsito o llegada de la UE, lo que les permite moverse dentro del espacio *Schengen* y llegar fácilmente a los lugares donde serán explotados. Un caso recientemente reportado

¹¹² Vid. COMISIÓN EUROPEA, Segundo informe sobre los progresos realizados en la lucha contra la trata de seres humanos (2018) con arreglo al artículo 20 de la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0777&from=EN>

a Europol involucró a mujeres nigerianas traficadas usando sus propios documentos de identidad o documentos parecidos, y viajando a través de la UE con residencia española e italiana y permisos de trabajo. Una vez en el país de destino, las víctimas fueron forzadas a la prostitución. Trabajaban muchas horas al día y la mayoría de sus ganancias eran recogidas por sus explotadores, aunque recibían un salario pequeño para satisfacer sus necesidades básicas.

En muchos casos, las víctimas se ven obligadas a pagar el costo de su transporte y alojamiento a sus explotadores, y se mantienen en servidumbre por deudas por períodos indefinidos. Por lo general, las ganancias de la explotación se devuelven al país de origen de los explotadores a través de diferentes canales, principalmente transferencias bancarias o en efectivo. Cuando las víctimas transfieren el dinero, lo hacen bajo supervisión de sus explotadores. Las víctimas también son utilizadas como mulas de efectivo.

Si las víctimas son abusadas dentro del "mercado negro", por ejemplo, en países donde la prostitución es ilegal, sus servicios se anuncian a través de periódicos locales o con el "boca en boca", así como redes sociales y sitios web de citas. En casos de explotación sexual de niños, el anuncio de víctimas a través de las redes sociales está aumentando, lo que permite a los delincuentes acceder fácilmente a sus datos personales y reclutar a potenciales víctimas. Además, intercambian material e información sobre destinos donde es más fácil abusar de menores de edad.

Ocasionalmente, los explotadores organizan citas por teléfono o, incluso, emiten "tarjetas de membresía" para clientes.

Las víctimas son altamente dependientes de los miembros de la organización criminal: reciben amenazas y son sometidas a coerción física, psicológica y / o amenazas financieras.

Concretamente, en los casos de víctimas africanas los explotadores usan rituales vudú para someterlas al abuso. Sin embargo, la mayoría de las víctimas se mantienen bajo control sin violencia. Esto se hace a través de "*soft Methods*" (métodos blandos), métodos de intimidación psicológica, que reducen la atención pública y la posibilidad de detección por parte de la policía.

A veces hacen uso de sistemas de vigilancia digital (por ejemplo, servicios de geolocalización proporcionados por las redes sociales), a través de los cuales los

explotadores monitorizan las actividades de las víctimas mientras permanecen distanciados de los sitios de la explotación. Esto proporciona una ventaja a los delincuentes, quienes tienden a operar desde lejos y por lo tanto reducir el riesgo de ser detectados

Ocasionalmente, a las víctimas se le niega el acceso a contacto telefónico, para evitar cualquier relación a excepción de la que tienen con sus explotadores. Los traficantes también se transfieren con frecuencia sus víctimas de una ciudad a otra para maximizar las ganancias y / o comerciarlas con otros explotadores. Esta rotación de víctimas no solo sirve para "actualizar" el suministro y evita la detección, también evita que las víctimas establezcan relaciones con clientes, trabajadores o servicios sociales¹¹³.

Los últimos informes muestran un el crecimiento del reclutamiento on-line, las víctimas son atraídas con falsas ofertas de trabajo, anuncios para casarse con extraños y ofertas para comprar bebés u órganos. Diferentes países de la UE han denunciado casos de explotación de embarazadas y la posterior venta de recién nacidos. El *modus operandi* en general prevé la contratación de mujeres para actuar como madres sustitutas, a veces a través de Internet, luego, las mujeres reciben tratamiento médico para aumentar la fertilidad y recibir fecundación *in vitro* en clínicas especializadas. Hacia al final del embarazo, son traídas a la UE o a otro país de la UE para que se produzca el parto y el registro del niño, los niños son vendidos con documentación fraudulenta por adopción ilegal, o la paternidad se reclama de manera fraudulenta en el registro, y los supuestos padres llevan a los recién nacidos a otro país¹¹⁴.

¹¹³ EUROPOL. Situation Report Trafficking in human beings in the EU 2018. pp. 21-23.

Varios casos se han notificado a Europol sobre víctimas de explotación sexual de Europa del Este que demuestran que las víctimas fueron transferidas a Austria, donde estaban forzadas en la industria de la prostitución y luego se trasladó a otro Estado Miembro en la misma organización criminal. En otro caso, las redes nigerianas las expandieron geográficamente por varias ciudades Suecia, donde anunciarían sus actividades y brindarían servicios por unos días, antes de pasar a un nuevo destino. Disponible en: <https://www.europol.europa.eu/publications-documents/trafficking-in-human-beings-in-eu> [Última consulta, 3 de junio de 2020].

¹¹⁴ EUROPOL. European Migrant Smuggling Centre, 5th annual report, 2021, Disponible en: https://www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/emsc_5th_annual_report.pdf [Última consulta 12 de mayo de 2022].

C) Perfil de las víctimas

De los datos disponibles se extrae que la mayoría de las víctimas de trata de seres humanos son mujeres con fines de explotación sexual. Los informes coinciden en identificar la explotación sexual como la forma de trata de personas más frecuente, seguida a cierta distancia por la finalidad de trabajo forzado. En estos datos, se fundamentan aquellos que mantienen la necesidad de analizar el fenómeno desde la perspectiva de género, al considerar que ser mujer es un factor de riesgo, un elemento de vulnerabilidad.

Como anteriormente indicábamos el Informe de la UNODC (2018)¹¹⁵ refleja que el 72% de las víctimas detectadas en 2018 en todo el mundo son del género femenino. El 49% de los casos son mujeres adultas y 23% son niñas, lo que representa un incremento en relación con el informe anterior, de 2016. La mayoría de las víctimas detectadas a nivel mundial son objeto de trata con fines de explotación sexual¹¹⁶. En los mismos términos se pronuncia al informe de 2020, según el cual, de cada 10 víctimas detectadas a nivel mundial, unas cinco eran mujeres adultas y dos eran niñas (65% mujeres). Alrededor de un tercio de las víctimas totales detectadas eran niños, tanto niñas (19%) como niños (15%). Mientras que el 20% eran hombres adultos (35% hombres)¹¹⁷.

Los datos desglosados por región revelan diferencias geográficas significativas en los perfiles de las víctimas detectadas. Por ejemplo, las víctimas infantiles representaron la mayoría (55%) de las víctimas detectadas en África subsahariana en 2016, con niñas y niños distribuidos casi por igual. En Asia meridional, Asia oriental y el Pacífico, los

¹¹⁵ Vid. UNODC, Global Report on Trafficking in Persons 2018: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2018/GLOTiP_2018_BOOK_web_small.pdf [Última consulta, 19 de mayo de 2020].

¹¹⁶ En el mismo sentido OIT, Global Estimates of Modern Slavery: Forced Labour and Forced Marriage, Ginebra, 2017. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_575479.pdf e Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Segundo informe sobre los progresos realizados en la lucha contra la trata de seres humanos, 2018, con arreglo al artículo 20 de la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0777&from=>

¹¹⁷ UNODC (2020), Global Report on Trafficking in Persons 2020. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tip/2021/GLOTiP_2020_15jan_web.pdf

hombres representaron más del 30 por ciento de las víctimas detectadas en el mismo año, una participación significativamente grande con respecto al global¹¹⁸.

En España, según la Fiscalía de Extranjería¹¹⁹, son víctimas potenciales aquellas mujeres en situación de prostitución bajo la dependencia o dirección de un proxeneta y se consideran víctimas en situación de grave riesgo las de edad inferior a 21 años, en situación irregular o que residen en el lugar donde están en situación de prostitución (régimen acuartelado).

En el año 2015, el 77% de las diligencias de seguimiento (en adelante DS) por delito de trata correspondían a la finalidad de explotación sexual, siendo en estos casos la gran mayoría de las víctimas mujeres extranjeras, mientras que entre los detenidos o investigados la mayoría eran hombres. En el año 2016, el total de víctimas de trata con esta finalidad ascendió a 392, siendo todas mujeres, entre las que se encuentra una transexual. Eran mayores de edad 336, menores 25 y 1 mujer con discapacidad intelectual. Las víctimas de prostitución cualificada ascendían a 60: 46 mujeres mayores de edad, 8 mujeres menores de edad y 6 hombres mayores de edad¹²⁰.

En el periodo 2013-2018 se incoaron por la Unidad de Extranjería de la Fiscalía General del Estado 624 DS de trata de seres humanos con fines de explotación sexual. En su mayoría son de naturaleza específica en atención a la nacionalidad de las víctimas: 483 (145 de trata africana, 91 trata americana, 27 trata asiática y 220 trata europea). En cambio, 141 DS eran comunes, en el sentido de que cada una de ellas afectaban a víctimas de distintos continentes y nacionalidades.

¹¹⁸ Vid. UNODC, Global Report on Trafficking in Persons 2018: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2018/GLOTiP_2018_BOOK_web_small.pdf [Última consulta, 19 de mayo de 2020].

¹¹⁹ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Memoria Elevada al Gobierno de S.M. 2019, C. V. Disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2019/FISCALIA_SITE/index.html [Última consulta, 26 de mayo de 2020]

¹²⁰ Ibídem. [Última consulta, 20 de abril de 2021]



Fuente: Memoria FGE 2019 p. 1238

Del número total de DS que se incoaron en el periodo 2013-2018 todavía siguen en tramitación 288 (77 ya calificadas y pendientes de celebración del juicio oral) y han sido archivadas 336 (112 al haberse dictado sentencia, y el resto por sobreseimiento libre o provisional).

En ellas constan plenamente identificadas como víctimas de trata de seres humanos 1.181 personas (1.034 mujeres mayores de edad; 127 mujeres menores de edad; 13 mujeres con discapacidad cognitiva; 6 hombres mayores de edad y 1 hombre menor de edad).

Las víctimas mayores de edad de sexo femenino proceden de África (308), de América (218), de Asia (169) y de Europa (331). Hay 8 en las que no se ha determinado la nacionalidad. Las víctimas menores de edad de sexo femenino proceden de África (42), de América (25), de Asia (3) y de Europa (57). Las víctimas con discapacidad cognitiva son mujeres procedentes de África (1) y de Europa (12). Los hombres mayores de edad víctimas de trata sexual proceden de América (5) y Europa (1). El único niño identificado es africano.

En el periodo informado se han dictado un total de 112 sentencias (74 conformes con la calificación del Ministerio Fiscal, 12 condenatorias por delito distinto del solicitado por el Ministerio Fiscal y 26 absolutorias).

Desde 2015, momento en el que se verifica un control exhaustivo y diferenciado de las sentencias por delitos del artículo 177 bis CP, en todos los casos de sentencias condenatorias se ha reconocido la condición de víctimas identificadas de trata sexual a

207 mujeres (99,04 %) y 2 hombres (0,95 %). De ellas, 19 son menores de edad y dos padecen discapacidad cognitiva¹²¹.

Este mismo año, la Fiscalía de Extranjería¹²² llamó la atención sobre una importante reducción del número de atestados incoados por delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual en relación con el año anterior, debido principalmente a tres factores:

a) Una considerable derivación de la explotación sexual de mujeres y menores desde establecimientos abiertos al público a pisos o domicilios.

b) Una importante limitación de las inspecciones de la Policía Nacional a locales y clubes de alterne donde las presuntas víctimas se encuentran en situación de prostitución en régimen de proxenetismo aparentemente consentido.

La limitación de las inspecciones se debe en gran medida al hecho de que la prostitución se ha trasladado a domicilios y pisos, donde el control administrativo y policial es más difícil. En relación a la figura del “proxenetismo consentido”, la Fiscalía de Extranjería señala el fracaso de la reforma del Código Penal del año 2015 en el párrafo segundo del artículo 187.1º, ya que durante el año 2016 en España no se abrió ni un solo procedimiento penal dirigido únicamente a perseguir a los proxenetas que se hayan prevalido de las especiales condiciones de vulnerabilidad personal o económica de la víctima o que la hayan sometido a la imposición de condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas¹²³.

El mayor rigor con que la Policía Nacional realiza los atestados en relación con los elementos típicos del delito, fruto de una mayor formación especializada de las Unidades contra las Redes de Inmigración Ilegal y Falsedad Documental (UCRIF).

Atendiendo a criterios criminológicos comunes sí es posible realizar una caracterización general y, posteriormente, analizar cada una de las manifestaciones de

¹²¹ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Memoria Elevada al Gobierno de S.M. 2019, C. V. Disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2019/FISCALIA_SITE/index.html [Última consulta, 26 de mayo de 2020]

¹²² FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Memoria Elevada al Gobierno de S.M. 2015, C. V., disponible en www.fiscal.es.

¹²³ Notas informativas y diligencias de seguimiento de la Fiscalía de Sala de Extranjería de 2016.

trata más frecuentes en España teniendo en cuenta, especialmente, el *modus operandi* de las organizaciones y la nacionalidad de las víctimas.

Como elementos comunes característicos pueden señalarse los siguientes:

— En España la trata sexual tiene como finalidad la explotación de mujeres en el mundo de la prostitución. Excepcionalmente se ha investigado algún caso aislado de finalidad con fines de pornografía.

— Se explotan mujeres procedentes de prácticamente todas las partes del planeta. África: se han localizado víctimas procedentes de Camerún, Costa de Marfil, Ghana, Guinea Conakri, Guinea Ecuatorial, Marruecos, Nigeria, Rep. del Chad, Rep. del Congo, Senegal, Sierra Leona, Somalia, Zimbabue y otras africanas cuyo origen no se ha podido determinar. América: se han localizado víctimas procedentes de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Cuba, Ecuador, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, Rep. Dominicana, Uruguay y Venezuela. Asia: se han localizado víctimas procedentes de China, Filipinas, Tailandia y Vietnam. Europa: se han localizado víctimas procedentes de Albania, Bielorrusia, Bulgaria, Eslovaquia, España, Hungría, Italia, Moldavia, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rep. Checa, Rumania, Rusia, Serbia, Suiza y Ucrania.

— Se logra su captación y el consiguiente desplazamiento abusando de su patente necesidad, escasísima formación y evidente pobreza.

— Muchas han sido vendidas, agredidas, golpeadas, marcadas, humilladas, amenazadas y coaccionadas de todas las maneras imaginables para vencer su resistencia a ser explotadas.

— Gran parte de ellas son sometidas a condiciones de explotación insufribles (sin protección, obligadas a actividades sexuales especialmente depravadas, a disposición las 24 horas, acuarteladas, etc.).

— Muchas desconfían de las autoridades judiciales y policiales cuando son rescatadas.

— El grado de sufrimiento es tal que algunas de ellas quedan marcadas de por vida con graves lesiones psicológicas. En otro caso, cuando alcanzan su liberación no

tienen otra opción que seguir prostituyéndose para sobrevivir. A veces se integran en las redes que las prostituyó.

— La mayoría de las mujeres plenamente identificadas como víctimas de trata de seres y el cien por cien de las consideradas en situación de riesgo han sido localizadas en la calle, establecimientos de alterne, clubes o pisos regentados en régimen de proxenetismo «consentido».

La evolución del número de víctimas en España hasta el año 2018 la podemos ver en el siguiente gráfico¹²⁴:



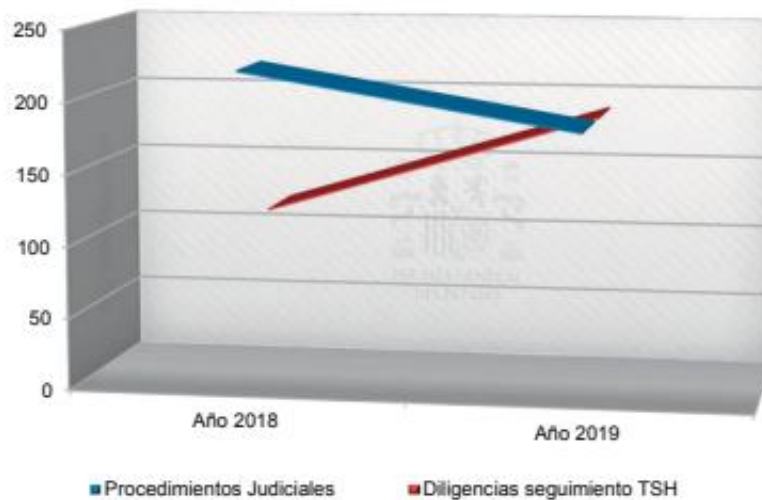
Fuente: UNODC, www.epdata.es

Los datos correspondientes a 2019, reflejan que sigue siendo preponderante la trata de seres humanos con fines de explotación sexual. El número de Diligencias de Seguimiento sobre Trata de seres humanos (en adelante DSTSH) abiertas durante 2019 ha alcanzado la cifra de 131 (57 más que el año 2018)¹²⁵.

¹²⁴ UNODC, <https://www.epdata.es/datos/trata-personas-mundo-datos-graficos/427>

¹²⁵ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Memoria Elevada al Gobierno de S.M. 2020, C. V. Disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2020/FISCALIA_SITE/recursos/pdf/capitulo_III/cap_III_4_2.pdf [Última consulta, 15 de octubre de 2020].

PROCEDIMIENTOS JUDICIALES Y DILIGENCIAS DE SEGUIMIENTO FGE TSH



Fuente: Memoria FGE 2020. p. 861

Sin embargo, la lucha contra la trata laboral y con fines de actividades delictivas, está evolucionando notoriamente: en el primer caso, el número de DSTSH se ha duplicado en relación con el año 2018 (27 DSTSH en 2019) y, en el segundo caso, casi se triplican (8 en 2019 frente a las tres del año 2018). Por el contrario, se han reducido considerablemente las DSTSH relativas a la trata con fines de mendicidad (1 en 2019) y matrimonios forzosos (1 en 2019). En las DSTSH incoadas durante el año 2019 se investigan 87 organizaciones y grupos criminales de una pluralidad de nacionalidades (nigerianas, brasileñas, colombianas, hondureña, paraguayas, uruguayas, venezolanas, chinas, rumanas, ruso ucranianas, mixtas) de las cuales 68 se dedicaban preferentemente a la explotación sexual, 13 a la explotación laboral, y 6 a la explotación para cometer delitos. Este año sigue aumentando el número de víctimas de trata detectadas, aunque disminuyen las víctimas menores de edad. En total se han localizado a 830 víctimas (805 en 2018 = + 3,01 %), estando todavía pendientes de computarse las correspondientes a 16 DSTSH. El mayor número ha sido el de mujeres explotadas sexualmente pues representan el 98,27 % de total de víctimas del núm. 2 del art. 177 bis CP (567, de las que solo han sido detectadas 2 víctimas masculinas y 8 transexuales). En el caso de la explotación laboral se han detectado 241 víctimas (78 mujeres, 71 hombres y 92 se

encuentran pendientes de acreditarse su filiación). Las víctimas de explotación actividades delictivas alcanzan la cifra de 20¹²⁶.

Durante el año 2020 se incoaron 136 procedimientos judiciales por delito de trata de seres humanos de los que 117 dieron lugar a Diligencias de Seguimiento de la Unidad de Extranjería FGE¹²⁷.

El 75,21 % de las diligencias previas en persecución de delitos de trata con fines de explotación sexual, el 19,75 % por trata laboral, el 5,12 % por trata con fines de cometer delitos y el 1,70 % por trata con fines de mendicidad. Aunque por la situación de pandemia la apertura de procesos por cualquiera de las modalidades de trata ha disminuido, sin embargo, las que tienen por finalidad la explotación laboral y actividades ilícitas aumentan porcentualmente en relación con la trata sexual.

Las víctimas en su mayoría son mujeres (95,53 %) habiéndose localizado 2 menores de edad. Por primera vez puede afirmarse que provienen de los cinco continentes: de África (Angola, Argelia, Guinea y Nigeria), de América (Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Honduras, Nicaragua, Paraguay, República Dominicana, y Venezuela), de Asia (China y Tailandia), de Europa (Albania, Bulgaria, Eslovaquia, España, Moldavia, Rumania, Rusia, y Ucrania), y de Oceanía (Nueva Zelanda). La localización de víctimas colombianas (146) y venezolanas (101) ha aumentado espectacularmente superando con creces a las víctimas nigerianas (34) y rumanas (18).

2.2. La trata para explotación laboral

Si lo que analizamos es la trata con fines de explotación laboral, la situación es incluso más complicada por distintos motivos: la alarma social no se ha creado todavía respecto a este delito, las ONG o instancias privadas no atienden todavía a víctimas de este tipo y los sindicatos de trabajadores no consideran este problema como una prioridad. Sin embargo, el hecho de que sea muy difícil obtener datos sobre la trata con fines de explotación laboral no quiere decir que no exista. Solo quiere decir que las autoridades o instituciones todavía no detectan esta situación. La experiencia de otros países nos

¹²⁶ ibídem. p. 862

[Última consulta, 15 de octubre de 2020].

¹²⁷ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Memoria Elevada al Gobierno de S.M. 2021, Disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2021/FISCALIA_SITE/index.html

demuestra que sí existe este problema y, como en el caso de la trata con fines de explotación sexual, las víctimas procedentes de países en vías de desarrollo (países de origen) son trasladadas a países desarrollados (países de destino) para ser explotadas laboralmente.

Si la obtención de datos sobre este problema es difícil, más dificultoso es el hacer estimaciones sobre ello con cierto rigor científico. Es muy complicado hablar de volúmenes estimativos sin caer en la exageración intentando acercarnos a la realidad tan difícil de identificar. Desde el punto de vista internacional sí se han hecho estimaciones, algunas más rigurosas que otras.

Existen algunos intentos de hablar de cifras globales sobre trata con fines de explotación laboral (Bales, Organización Internacional de las Migraciones (OIM), Departamento de Estado de los Estados Unidos de América). Bales, por ejemplo, arroja cifras de 27.9 millones de víctimas de esclavitud. El Gobierno de Estados Unidos habla de 600.000 a 800.000 víctimas de trata de personas en el mundo cada año, cifras que se calculan agregando estimaciones nacionales hasta llegar a una estimación global y, en cambio, el Gobierno de Estados Unidos da una cifra menor porque se refiere al flujo de víctimas en un periodo determinado y no a datos de stock. Por otro lado, el estudio de Ruwanpura y Rai (2004) constituye un importante esfuerzo de resumen de los distintos estudios sobre la explotación laboral en el mundo. Belsen, Cock y Mehran (2005) realizaron un estudio sobre el trabajo forzoso en el mundo, arrojando cifras de 12.3 millones de personas sometidas en todo el mundo a trabajos forzados (4 personas por 1.000 trabajadores)¹²⁸.

Dentro de esta categoría, la cifra que corresponde a la trata de personas supone un total de 2.45 millones de personas, correspondiendo así a un total del 40% de los trabajos forzados. Dentro de la trata, el 40% corresponde a la trata con fines de explotación sexual, el 20% a una categoría mixta y un 30% al resto de trata como explotación económica. Estas cifras se basan en casos denunciados o conocidos.

Según EUROPOL (2018) la explotación laboral en la UE es un fenómeno creciente, principalmente debido a la alta demanda de servicios de bajo costo por parte de

¹²⁸ ACCEM. La trata de personas con fines de explotación laboral un estudio de aproximación a la realidad española, 2006. p. 39.

productores y consumidores. El abuso tiene lugar de manera multifacética, y los derechos de los trabajadores y la dignidad humana se ignoran a favor la obtención del máximo beneficio. La explotación laboral ocurre principalmente en los sectores industriales menos regulados, como la agricultura (especialmente estacional) y sectores de la construcción, restauración y venta minorista. Además, el sector del transporte, la limpieza y la industria textil y manufactura. También se lleva a cabo dentro del trabajo doméstico, donde los derechos de las trabajadoras son infringidos sistemáticamente. Estas Víctimas son muy difícil de identificar ya que esta forma de crimen es menos visible y evidente que otras y concierne a individuos que pueden no ser conscientes de que están siendo explotados¹²⁹.

En España, el número de DSTSH con fines de explotación laboral incoadas por la Fiscalía de Extranjería en el año 2016 ascendía a 8, tratándose de investigaciones dirigidas mayoritariamente a la persecución de organizaciones criminales de diferentes nacionalidades (búlgara, china, pakistaní, peruano, portugués). Cuatro de las investigaciones se originaron por denuncia de las víctimas, una por investigaciones de Europol y el resto por la actividad proactiva de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (en adelante FFCCS). En este tipo de trata la captación se realiza fundamentalmente mediante engaño, el transporte se realiza por vía terrestre y el alojamiento tiene lugar en condiciones inhumanas, siendo las principales finalidades la explotación en actividades agrícolas (6 DSTSH), restauración (1 DSTSH) y servicio doméstico (1 DSTSH). El número de víctimas detectadas en 2016 ascendía a 82, tanto hombres como mujeres, siendo la mayoría de nacionalidad búlgara (72), y las demás de nacionalidad portuguesa, pakistaní, peruana, china y marroquí¹³⁰.

¹²⁹ EUROPOL. *Situation Report Trafficking in human beings in the EU* 2018. p. 24. Disponible en: <https://www.europol.europa.eu/publications-documents/trafficking-in-human-beings-in-eu> [Última consulta, 3 de junio de 2020].

Vid. EUROPOL, “Los Agentes identifican 715 posibles víctimas de explotación laboral en dos jornadas paneuropeas de acción conjunta”, 6 de octubre de 2020. Según este artículo Para el sector agrícola, los delincuentes suelen reclutar a sus víctimas en los países de origen de las víctimas y llevarlas a otro país para hacerlas trabajar como esclavos modernos. Por lo general, las víctimas provienen de regiones más pobres y se ven obligadas a trabajar muchas horas por un salario bajo mientras sus "empleadores" no les pagan ni les permiten viajar de regreso a sus países de origen. Los ciudadanos de la UE son explotados principalmente en el sector agrícola durante todo el año, mientras que los ciudadanos de fuera de la UE se emplean en la producción estacional.

¹³⁰ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Memoria Elevada al Gobierno de S.M. 2019, C. V. Disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2019/FISCALIA_SITE/index.html [Última consulta, 26 de mayo de 2020]

En el periodo comprendido entre los años 2013 y 2018, se incoaron 67 DSTSH con fines de explotación laboral, de las que han sido archivadas 31, se encuentran en tramitación 36 y se han dictado un total de once sentencias.

En ellas se investigaron 19 grupos criminales de distinta procedencia (5 grupos portugueses, 4 rumanos, 3 grupos búlgaros, 1 grupo nicaragüense, 1 grupo pakistaní, 1 grupo peruano, 1 grupo chino, 1 grupo vietnamita, y 1 grupo mixto).

Los casos presuntamente constitutivos de trata laboral se han detectado muy mayoritariamente en relación con la agricultura de temporada (32 DSTSH = 52,45 %). También son significativos los casos de trata para servicio doméstico (9 DSTSH = 14,75 %) y, en menor medida, los producidos en el sector de la hostelería y venta ambulante (4 DSTSH respectivamente = 6,55%). El resto se han localizado en una variedad importante de actividades (venta ambulante, chófer, jardinería, industria textil, limpieza, agroturismo, recogida cartones y chatarra, construcción, cuidadora de niños, granja porcina y salones de estética).

La lucha contra la trata laboral y con fines de actividades delictivas, está evolucionando notoriamente, en 2019 aumentaron las Diligencias (27 DSTSH). Se detectaron 241 víctimas (78 mujeres, 71 hombres y 92 se encuentran pendientes de acreditarse su filiación). Los delitos de explotación laboral de ciudadanos extranjeros (art. 312.2 CP y, en su caso art. 311.1 y 2 CP) han dado lugar a la incoación de 218 procedimientos judiciales, 42 calificaciones y se han dictado 49 sentencias. Al igual que ocurría con los datos de explotación sexual, la estadística que se refleja debe ser de nuevo matizada por cuanto todos esos campos incorporan todos los supuestos en que los delitos contra los derechos de los trabajadores entran en concurso con el delito antecedente de trata¹³¹.

La captación de las víctimas en la mayoría de las ocasiones es a través del engaño consistente en el ofrecimiento a personas en situación muy precaria de un trabajo en España muy bien retribuido y en condiciones de ensueño. Los tratantes suelen hacerse cargo del coste del traslado –según los casos por vía terrestre o aérea– y de la

¹³¹ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Memoria de la Fiscalía General del Estado 2020, disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2020/FISCALIA_SITE/recursos/pdf/capitulo_III/cap_III_4_2.pdf

documentación precisa para los ciudadanos no comunitarios (cartas de invitación, visado turístico, viático)¹³².

Durante el año 2020 el destino laboral más utilizado es el de la agricultura (10 DSTSH), el cuidado de personas mayores y servicio doméstico (7 DSTSH), o de dependientes en distintos establecimientos comerciales (3 DSTSH)¹³³.

A) Perfil de los tratantes

No siempre detrás de los casos de trata con fines de explotación laboral existan redes u organizaciones criminales, caracterizadas por su tamaño u organización jerárquica. Por el contrario, consideran que los grupos dedicados a esta actividad suelen ser de pequeño tamaño ya que se trata de un delito que no requiere gran infraestructura o gran nivel de organización. Detrás de esos casos de trata se encuentran grupos pequeños, de tres o más personas, cuyos componentes tienen tareas diferentes. Los miembros de estos grupos suelen tener una distribución de tareas parecida: una persona es la responsable del contacto y captación de las víctimas en el país de origen, otra persona se suele encargar del transporte y acompañamiento de las víctimas, sobre todo si se trata de transporte terrestre y, por último, otra tercera persona que se encuentra siempre en España colabora encargándose de recibir a los inmigrantes y alojarlos hasta que se les encuentre un puesto de trabajo. Esta persona también hace a veces de intermediario entre los potenciales trabajadores y el empleador final o persona que procederá directamente a la explotación laboral de los inmigrantes¹³⁴.

Si hablamos de los patrones de trata con fines de explotación laboral en España, hay que destacar el papel y función de lo que se denomina intermediarios. Los intermediarios sirven de enlace entre el empresario y los trabajadores y negocian su explotación a cambio de un precio. Pueden ser personas físicas o empresas de cesión de trabajadores legalmente constituidas. Los intermediarios son una figura muy común en la trata con fines de explotación en España, especialmente en sectores como la agricultura

¹³² ibídem., pp. 1268-1269

¹³³ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2021), Memoria Elevada al Gobierno de S.M. 2021. Disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2021/FISCALIA_SITE/index.html

¹³⁴ ACCEM, La trata de personas con fines de explotación laboral. Un estudio de aproximación a la realidad en España. p. 80. Disponible en: <https://www.accem.es/wp-content/uploads/2017/07/trata.pdf> [Última consulta, 4 de junio de 2020].

y la construcción. El intermediario suele vivir en nuestro país, tiene contacto con distintos empleadores y les busca empleados idóneos para el trabajo que demandan. Así, busca y recluta mano de obra en los países de origen, se encarga de gestionar su transporte y una vez los tiene en España, reparte a los trabajadores entre los distintos empleadores (explotaciones agrícolas, obras en construcción, etc.). Este intermediario también negocia el precio que se lleva por esta gestión, las condiciones de trabajo y el beneficio que generan los trabajadores. Negocia en nombre de los trabajadores aprovechándose del desconocimiento de las víctimas y de las dificultades de comunicación que tienen éstas en muchos casos¹³⁵.

El grado de implicación de los empleadores en las redes de trata varía dependiendo principalmente de la existencia de intermediarios en el proceso de captación y explotación de las víctimas. Tal como se mencionó anteriormente, los empleadores que contratan los servicios de intermediarios no suelen ser conscientes del proceso de engaño y explotación al que están sometidas las víctimas por parte de los tratantes ni de su propia participación de manera indirecta en un grave delito que implica violaciones de los derechos humanos de las víctimas. Sin embargo, forma parte de su responsabilidad asegurar las condiciones a las que están sometidos los trabajadores y el respeto de las obligaciones previstas en la legislación laboral española, pero como en toda regla general, hay excepciones, hay empleadores que son conocedores de la situación administrativa de las víctimas y se aprovechan de su irregularidad para negociar con los intermediarios o con los trabajadores unas condiciones laborales más favorables para ellos. Las condiciones más favorables pueden ser: un sueldo menor al que figura en el convenio colectivo que regula el sector, jornadas de trabajo superando los límites legales, etc. Sin embargo, respecto a este punto hay que hacer una distinción muy clara. A pesar de que el empleador someta al trabajador a condiciones duras de trabajo comparten elementos comunes con la trata de personas, dichos elementos no son suficientes para considerar esta situación como trata con fines de explotación laboral ni para considerar al empleador parte de la red u organización dedicada a la trata de personas.

¹³⁵ ACCEM, La trata de personas con fines de explotación laboral. Un estudio de aproximación a la realidad en España. p. 86. Disponible en: <https://www.accem.es/wp-content/uploads/2017/07/trata.pdf> [Última consulta, 4 de junio de 2020].

B) Modus Operandi

Entre los factores que empujan a las víctimas a salir de su país destaca el papel importante que juegan las organizaciones criminales a la hora de ofrecer oportunidades y facilitar el traslado y documentación a las víctimas para salir del país. En la mayoría de los casos, si no existieran estas organizaciones detrás, la víctima nunca se habría aventurado a salir de su país. Estas organizaciones criminales se encargan de captar a las víctimas en los países de origen a través de diversos métodos (anuncios de prensa, contactos personales, agencias de viaje, etc.) y les ofrecen la oportunidad de viajar a cambio de contraer una deuda. Sin embargo, la ganancia económica de las organizaciones no se obtiene con el viaje de esta persona al país de destino sino con la explotación de estas víctimas en el país de destino. Así, las organizaciones criminales identifican aquellos mercados (EUROPOL, 2006) en los que es posible introducir nuevos empleados de forma ilegal: según el menor riesgo de control y la máxima obtención de ganancias¹³⁶.

Por tanto, los beneficios de la explotación laboral se producen no solo a través del trabajo realizado por las víctimas sino también a través de un sistema de servidumbre por deudas.

Al igual que otras formas de trata, las víctimas son generalmente reclutadas dentro de su país de origen por sus propios nacionales utilizando lazos de parentesco. En algunos casos, las víctimas abandonan voluntariamente sus países de origen por su deseo de mejorar su calidad de vida y con la esperanza de mejorar su salario. Una vez en el país de destino, otros ciudadanos orquestan su explotación.

En el contexto de trata de personas en general, las actividades de reclutamiento se refieren al ofrecimiento a emigrantes potenciales de un trabajo que se realizará en otro país. Este ofrecimiento suele incluir ofertas de empleo falsas, el ofrecimiento de trabajos inexistentes o la oferta de trabajo en condiciones que nunca serán cumplidas (sueldo, horario, etc.) y condiciones de regularización que tampoco se cumplirán. El potencial inmigrante, si accede al ofrecimiento, tendrá el transporte garantizado, se le proporcionará

¹³⁶ ACCEM, La trata de personas con fines de explotación laboral. Un estudio de aproximación a la realidad en España. p. 78. Disponible en: <https://www.accem.es/wp-content/uploads/2017/07/trata.pdf> [Última consulta, 4 de junio de 2020].

documentos para viajar y se le prometerá unas condiciones laborales de legalidad, todo ello a cambio de contraer una deuda¹³⁷.

Por tanto, el uso del engaño es una característica común en el proceso de reclutamiento para la explotación laboral. Las víctimas son atraídas por periódicos, el boca a boca y agencias de empleo (especialmente en terceros países), así como a través de anuncios publicados en sitios web y redes sociales.

Los traficantes utilizan las plataformas digitales todos los días para anunciar ofertas de trabajo engañosas y comercializar servicios de explotación a clientes potenciales que pagan. Las víctimas son reclutadas a través de las redes sociales, los traficantes se aprovechan de información personal disponible públicamente y el anonimato de los espacios en línea para contactar a las víctimas. Los patrones de explotación han sido transformados por las plataformas digitales, las cámaras web y las transmisiones en vivo han creado nuevas formas de explotación y ha reducido la necesidad de transporte y traslado de víctimas. Los traficantes han aprendido a adaptar sus estrategias para apuntar a víctimas específicas, al 'cazar' activamente a aquellos que consideran vulnerables y a través de la “pesca” pasiva de víctimas potenciales publicando anuncios y esperando a que las posibles víctimas respondan¹³⁸.

Los varones son explotados en cadenas de suministro, a menudo son reclutados en grupos y cuando una víctima responde a un anuncio es alentado a convencer a amigos y familiares para unirse al grupo. Generalmente compañeros nacionales de las víctimas actúan como intermediarios entre ellos y los agentes en el país de destino.

La mayoría de las víctimas son traficadas dentro de la UE y el transporte terrestre es más comúnmente usado. En casos de víctimas no pertenecientes a la UE, los traficantes les proporcionan documentos falsos y, a veces incluso, contratos de trabajo falsos para pasar los controles de cruce de fronteras.

¹³⁷ ACCEM, La trata de personas con fines de explotación laboral. Un estudio de aproximación a la realidad en España. p. 78. Disponible en:

<https://www.accem.es/wp-content/uploads/2017/07/trata.pdf>

[Última consulta, 4 de junio de 2020¹

¹³⁸ Ha habido casos de traficantes que han coaccionado a las víctimas para que establezcan una relación con los clientes en las salas de chat monitoreadas por los tratantes, véase UNODC, *Global report on trafficking in persons*, 2020, p. 119.

Sin embargo, los trabajadores traficados utilizan principalmente documentos legales para ingresar al país y a menudo poseen permisos legales, aunque es probable que se vuelvan irregulares con el tiempo a medida que sus permisos caducan, lo que los expone a mayor vulnerabilidad.

A las víctimas se les cobra el costo de su transporte y otras tarifas. A veces, no existe empleo a la llegada, y las víctimas son mantenidas en cautiverio y en condiciones inhumanas. Además, generalmente se aplican tarifas y deducciones en sus ya escasos salarios, colocando los trabajadores explotados ante una mayor deuda y una situación precaria y de dependencia del cual es muy difícil salir¹³⁹.

Como las condiciones que se ofrecen a la víctima son contratos laborales en condiciones de legalidad, las organizaciones dedicadas a esta actividad no necesitan acudir a la fuerza y la amenaza, las víctimas consienten en este proceso con toda la normalidad¹⁴⁰.

C) Perfil de las víctimas.

La explotación laboral está siendo investigada cada vez más por la policía en la UE, lo que conduce a un aumento en el número de víctimas identificadas.

Los datos muestran que la mayoría de víctima son hombres, no obstante, según la información concedida por la UCRIF Central, el número de mujeres víctimas de trata laboral está aumentando por la explotación severa que sufren las mujeres inmigrantes en el ámbito del trabajo en servicio doméstico (sobre todo las que trabajan de internas) y en la agricultura. Este predominio del género masculino entre las víctimas también se corrobora si tenemos en cuenta los datos oficiales de víctimas registradas por la policía sobre este delito a nivel nacional¹⁴¹.

¹³⁹ EUROPOL. Situation Report Trafficking in human beings in the EU 2018. p. 25. Disponible en: <https://www.europol.europa.eu/publications-documents/trafficking-in-human-beings-in-eu> [Última consulta, 3 de junio de 2021].

¹⁴⁰ ACCEM, La trata de personas con fines de explotación laboral. Un estudio de aproximación a la realidad en España. p. 80. Disponible en: <https://www.accem.es/wp-content/uploads/2017/07/trata.pdf> [Última consulta, 4 de junio de 2021].

¹⁴¹ ACCEM, La trata de personas con fines de explotación laboral. Un estudio de aproximación a la realidad en España. p. 73. Disponible en: <https://www.accem.es/wp-content/uploads/2017/07/trata.pdf> [Última consulta, 4 de junio de 2020].

Suelen tener una deuda contraída para poder pagar su transporte hasta España con lo que existe un nivel alto de dependencia de los tratantes o los intermediarios. Son personas de formación cultural y educativa de nivel medio-bajo, que desconocen los derechos laborales y las obligaciones del empresario (tanto las salariales como las relativas a la Seguridad Social), desconocedoras incluso de la existencia de leyes y derechos que protegen a los trabajadores y regulan su relación con el empleador. Esto último se acentúa por cuestiones culturales, sobre todo en el caso de inmigrantes procedentes de países de Asia y África Subsahariana donde el concepto de trabajo y de condiciones laborales dignas no coincide con la perspectiva occidental de los mismos¹⁴²

Según Europol la mayoría de las víctimas son ciudadanos varones de la UE procedentes de Bulgaria, la República Checa, Estonia, Polonia, Rumania y Eslovaquia¹⁴³. Hombres adultos con edades entre los 20 y 50 son el objetivo principal del trabajo explotación. A diferencia de la explotación sexual, un porcentaje mayor víctimas identificadas no pertenecían a la UE sino de países limítrofes con la UE, como Albania, Moldavia, Marruecos, Rusia, Turquía y Ucrania. Además, se identifican víctimas de Asia, China, India, Sri Lanka, Pakistán, Filipinas y Vietnam, y de Oriente Medio (p. ej. Iraq). Los principales flujos de trabajadores traficados se dirigen principalmente hacia Austria, Francia, Italia, Grecia, el Países Bajos, España, Portugal, Suiza y el Reino Unido¹⁴⁴.

ACCEM señala, respecto a España, que las nacionalidades más comunes son las extracomunitarias, con tres principales ejes de procedencia (Sudamérica, Europa del Este y África Subsahariana), también existe un colectivo importante procedente de países comunitarios. Por ejemplo, este es el caso de ciudadanos portugueses. Estos ciudadanos, a pesar de ser ciudadanos comunitarios, de no tener ninguna restricción para entrar en España ni para su acceso al empleo regular, se encuentran en situación de trata. Los casos

¹⁴² ACCEM, La trata de personas con fines de explotación laboral. Un estudio de aproximación a la realidad en España. p. 74. Disponible en:

<https://www.accem.es/wp-content/uploads/2017/07/trata.pdf>

[Última consulta, 4 de junio de 2020].

¹⁴³ EUROPOL. Situación Report Trafficking in human beings in the EU 2018. p. 23. Disponible en: <https://www.europol.europa.eu/publications-documents/trafficking-in-human-beings-in-eu>

[Última consulta, 3 de junio de 2020].

¹⁴⁴ Ibidem., p. 24.

[Última consulta, 3 de junio de 2020].

de ciudadanos portugueses detectados por las autoridades españolas participan de ciertas características: son grupos considerados dentro de la categoría de exclusión social.

Según ACCEM, este fenómeno se produce en mayor proporción en nacionalidades de inmigrantes con poca tradición de emigración hacia España, esto es, entre inmigrantes que provienen de países para los que España es un destino reciente. La explicación a esto es que cuando hay ya una bolsa de inmigración importante en los países de destino, las generaciones anteriores o los propios compatriotas se encargan de transmitir las costumbres y condiciones laborales del lugar a los recién llegados, haciendo difícil la existencia de explotación severa respecto a este colectivo. Según indica un representante de CCOO la sobreexplotación, las situaciones de explotación severa se darán “como es natural en la línea de los elementos de debilidad”, por lo tanto, en los países recién introducidos en el proceso migratorio¹⁴⁵.

Dentro de la UE las principales nacionalidades afectadas son Bulgaria y Rumanía. El estatus comunitario permite la libre circulación de los ciudadanos búlgaros y rumanos en los países de la UE. Los ciudadanos de estas dos nacionalidades, sobre todo los rumanos, constituyen uno de los grupos de inmigrantes más numerosos en España y se encuentran en todos los sectores económicos, con especial presencia en la agricultura y la construcción.

En cuanto a los extranjeros extracomunitarios, de entre las víctimas de trata de personas y de explotación laboral destaca por su importancia el colectivo de origen chino. Los ciudadanos chinos sufren la explotación más extrema llegando a condiciones que podrían calificarse como de semiesclavitud. Este hecho, se explica también por cuestiones que se relacionan directamente con las condiciones culturales del colectivo. En su país de origen, la precariedad de las condiciones laborales es una norma, con lo cual es difícil para ellos identificar las condiciones que están viviendo como formas de explotación y vulneración de sus derechos en España. Según la Inspección de Trabajo, la explotación laboral del colectivo chino tiene cierta tradición, en una primera fase, se produjo en el sector de la hostelería, concretamente en los restaurantes de comida china. En una

¹⁴⁵ ACCEM, La trata de personas con fines de explotación laboral. Un estudio de aproximación a la realidad en España. p. 72. Disponible en: <https://www.accem.es/wp-content/uploads/2017/07/trata.pdf> [Última consulta, 4 de junio de 2020].

segunda fase, se extendió al sector textil, representado por talleres de confección clandestinos. Últimamente, la explotación se ha desplazado al sector de la construcción, concentrándose en puestos de trabajo poco especializados por la inexperiencia que tiene este colectivo en el trabajo¹⁴⁶.

2.3. La trata para mendicidad

Se ha definido la mendicidad forzada como la conducta que obliga a una persona a pedir dinero como caridad en diversos escenarios, denigrándola con la intención de generar un sentimiento de compasión en los ciudadanos, quienes por medio de sus donativos acaban alimentando, sin saberlo, la codicia de los tratantes¹⁴⁷.

A nivel internacional esta finalidad está cifrada en un 1,5%, pero esto se debe a que es una forma de trata denunciada con menos frecuencia, según la UNODC en informe de 2020 diecinueve países en todas las regiones del mundo notificaron casos de esta forma de trata, que representa más del uno por ciento de total de víctimas detectadas en 2018. Países del norte de África y Medio Oriente reportan los números más significativos de esta forma de trata, donde representa alrededor de 30 por ciento de las víctimas detectadas en la subregión¹⁴⁸.

En el periodo comprendido entre los años 2013 y 2018, se incoaron 22 DSTSH con fines de mendicidad, de las que fueron archivadas 14 y se dictaron un total de 5 sentencias. Es común que en ellas se investiguen otros delitos conexos, especialmente atentados leves contra la propiedad (aunque en algún caso se están investigando agresiones sexuales, prostitución y delitos contra la administración de justicia)¹⁴⁹.

¹⁴⁶ ACCEM, La trata de personas con fines de explotación laboral. Un estudio de aproximación a la realidad en España. p. 75. Disponible en: <https://www.accem.es/wp-content/uploads/2017/07/trata.pdf> [Última consulta, 4 de junio de 2020].

¹⁴⁷ ACCEM, “¿De qué se trata? Visibilizando otras finalidades de la trata de seres humanos”, 2017, pp. 39. Disponible en: <https://www.accem.es/wp-content/uploads/2018/04/Informe-DEQUESETRATA.pdf>

[Última consulta, 17 de octubre de 2020]

¹⁴⁸ UNODC, *Global report on trafficking in persons 2020*, p. 35. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tip/2021/GLOTiP_2020_15jan_web.pdf

[Última consulta 12 de mayo de 2022].

¹⁴⁹ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Memoria Elevada al Gobierno de S.M. 2019, C. V. Disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2019/FISCALIA_SITE/index.html

[Última consulta, 28 de septiembre de 2020]

En 2019 se redujeron considerablemente las DSTSH relativas a la trata con fines de mendicidad (1 en 2019)¹⁵⁰

A) Perfil de los tratantes

Las principales etnias de víctimas y tratantes son la gitana y la rumana. Los informes muestran que la trata de seres humanos con fines de mendicidad afecta mayoritariamente a ciudadanos rumanos (21 DSTSH). Excepcionalmente, en 2018 se incoó una DSTSH de origen búlgaro. En todo caso afecta exclusivamente a hombres y mujeres de etnia gitana¹⁵¹.

En 2020, se identificaron a una niña, un niño y un hombre con discapacidad de nacionalidad rumana como víctimas de trata con fines de mendicidad impuesta por dos mujeres y tres hombres de su misma nacionalidad¹⁵².

B) Modus Operandi

Se ha observado en los últimos años que las mafias de la mendicidad emplean, en lugar de bebés, perros “mendigos” que acompañan pasivamente a sus dueños humanos. Son perros que han sido robados o recogidos de las perreras, para posteriormente drogarlos y exhibirlos en las calles. En algunas provincias, como en Valencia, también es usual el empleo de gatos para suscitar la caridad de los viandantes.

En la captación se ha utilizado el engaño en relación con las personas mayores de edad (falsas promesas de trabajo) o el procedimiento del *Lover Boy* en relación con los menores. Otras veces los niños son miembros de la propia familia. La imposición de la mendicidad suele ir acompañada del empleo de violencia física y psicológica. Se ha detectado un caso en que la víctima fue privada de alimentación durante días. Las víctimas son sometidas a estrecha vigilancia, se les impone horarios abusivos, son alojadas en condiciones insalubres y de hacinamiento, y, por supuesto, se les retira el dinero

¹⁵⁰ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2021), Memoria Elevada al Gobierno de S.M. 2021. Disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2021/FISCALIA_SITE/index.html

¹⁵¹ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Memoria Elevada al Gobierno de S.M. 2019, C. V. Disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2019/FISCALIA_SITE/index.html [Última consulta, 28 de septiembre de 2020]

¹⁵² FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2021), Memoria Elevada al Gobierno de S.M. 2021. Disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2021/FISCALIA_SITE/index.html [Última consulta, 15 de febrero de 2022]

recaudado. En algún caso se les prohíbe asearse, son obligados a hurgar en los contenedores de basura, y en ocasiones a cometer hurtos y la actividad de «carterismo»¹⁵³.

C) Perfil de las víctimas

Los datos oficiales sobre esta forma de trata empezaron a recopilarse y hacerse públicos a partir del año 2016. Indican que se ha pasado de 1 víctima identificada (una niña) en ese primer año de recogida, a las 12 identificadas en 2018, y que la mayoría son de sexo femenino (6 mujeres y 1 niña). En relación a la nacionalidad, Rumanía y Bulgaria son los únicos países de origen de las víctimas de esta forma de trata en los 3 años en los que se dispone de datos oficiales.

Las personas captadas suelen poseer una discapacidad física y/o intelectual; son elegidas así por los tratantes con el fin de despertar la compasión de la ciudadanía y poder recaudar más dinero de las limosnas. En los casos más graves, las deformidades físicas han sido provocadas por los propios tratantes antes de su traslado al país de destino.

La trata con fines de mendicidad es muy complicada de detectar por factores como el miedo, la falta de auto-identificación, el desconocimiento del sistema de protección, la escasez recursos y voluntad política, entre otros. Es habitual que las víctimas formen parte de una familia dedicada a la trata con esta finalidad, siendo por este motivo muy complicado que se efectúe una acusación contra la misma. Si bien tanto hombres como mujeres son afectadas por esta modalidad, las mujeres suelen atravesar situaciones de mayor vulnerabilidad, ya que están expuestas a posibles agresiones sexuales y, a menudo, son también explotadas sexualmente¹⁵⁴.

2.4. La trata para matrimonio forzado

Reunir datos sobre la trata de seres humanos con fin de matrimonio forzado también resulta problemática, por el propio origen de los mismos y las escasas denuncias. Tradicionalmente se ha señalado el origen de estos en la incorporación a nuestra realidad

¹⁵³ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Memoria Elevada al Gobierno de S.M. 2019, C. V. Disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2019/FISCALIA_SITE/index.html [Última consulta, 28 de septiembre de 2020]

¹⁵⁴ ACCEM, “La otra cara de la Trata, Informe diagnóstico sobre otras formas de trata que afectan a las mujeres”, 2019, p. 22. Disponible en: <https://www.accem.es/wp-content/uploads/2019/11/LA-OTRA-CARA-DE-LA-TRATA-NOVICOM-2019.pdf> [Última consulta, 17 de octubre de 2020]

de tradiciones propias de otras culturas¹⁵⁵. Lo cual no puede afirmarse de una forma contundente y es que no siempre este tipo de matrimonios pueden generalizarse a todo un pueblo, cultura o país, y, debe tenerse en cuenta que la propia finalidad, forma y características de la institución matrimonial ha evolucionado a lo largo del tiempo e incidirá como veremos en el capítulo correspondiente en lo que entendemos por como tal.

Por lo que respecta a nuestro país, en el periodo comprendido entre los años 2015 y 2018, se incoaron 13 DSTSH con fines de matrimonios forzosos, de las que han sido archivadas 7, se encuentran en tramitación 2 y se han dictado un total de 1 sentencia. Es común que en ellas se investiguen otros delitos conexos, especialmente violaciones en pareja¹⁵⁶.

Se considera que existe un desconocimiento de los códigos culturales y de las dinámicas de las comunidades, lo que dificulta la creación de un vínculo de confianza de las víctimas de esta forma de trata con las y los profesionales. Esto podría acarrear la normalización del fenómeno por parte de los propios profesionales, al considerar los matrimonios forzosos una cuestión cultural. De hecho, los datos oficiales parecen confirmar los retos que aún existen en la correcta identificación de estos casos de trata, ya que en 3 años (2016-2018) sólo han sido 8 las víctimas en total identificadas, procediendo de Rumanía, Bulgaria y Marruecos, y siendo todas menores de edad¹⁵⁷.

A) Perfil de los tratantes

En esta modalidad de trata destaca el papel que juega la propia familia de la víctima, ya que son entregadas por la misma.

Una de las DSTSH se incoó como consecuencia de la denuncia presentada ante la Guardia Civil por un padre que había entregado a su hija menor según unas condiciones retributivas que no fueron satisfechas por la familia del novio. Reclamaba su pago ante las autoridades policiales españolas. Naturalmente, fue detenido él y el «comprador».

¹⁵⁵ CISNEROS ÁVILA, F., “Reflexiones sobre el delito de matrimonio forzado del artículo 172 bis del CP”, *Diario La Ley*, núm. 9072, Sección Tribuna, 2017, Madrid, Editorial Wolters Kluwer, p.1.

¹⁵⁶ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Memoria Elevada al Gobierno de S.M. 2019, C. V. p. 1271. Disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2019/FISCALIA_SITE/index.html [Última consulta, 28 de septiembre de 2020].

¹⁵⁷ ACCEM, “La otra cara de la Trata (...)”, Op. cit., p. 27.

B) Modus Operandi

Algunas organizaciones, además de encontrarse con casos procedentes de Marruecos y Rumanía en los que la trata con matrimonios forzados se produce en España, refieren haber intervenido con numerosas mujeres procedentes de varios países de África subsahariana, como Camerún, Congo, Costa de Marfil, Nigeria, etc. En muchos de estos casos, las mujeres fueron obligadas a contraer matrimonios forzosos en sus países de origen, atravesando situaciones de explotación en sus trayectos hacia Europa. Varias fueron captadas por redes de trata, siendo sometidas tanto en los países de tránsito como en los países de destino a distintas formas de trata¹⁵⁸.

En el caso de los matrimonios rumanos, en puridad no son tales pues se formalizan por un rito gitano no reconocido por nuestro ordenamiento jurídico civil. Esta cuestión es irrelevante para el derecho de Naciones Unidas pues uno de los supuestos de servidumbre contemplado por el artículo 1 de la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, es toda institución o práctica en virtud de la cual: *«i) 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»*. En realidad, constituyen ventas de menores realizadas al amparo de prácticas y costumbres que chocan frontalmente con nuestro orden público fundamental. Desde esta perspectiva hay que tener en cuenta que de alguna manera pueden plantearse problemas chocantes de delimitación de la culpabilidad de los imputados que creen que actúan lícitamente.

En general se concierta la entrega de la niña tras convenir una cantidad de dinero (entre 3.500 € y 10.000 €) y realizarse la prueba del pañuelo. Sin embargo, puede fijarse un pago en especie (botellas de whisky, ovejas, cerdos, etc.). Resulta extremadamente compleja la investigación y calificación de estos hechos porque en la mayoría de las ocasiones los propios contrayentes, incluida la mujer, participa de esa tradición que difícilmente valora como conducta delictiva y no se reconoce como víctima. En un supuesto concreto, la menor fue vendida en Rumanía por su madre y su padrastro, siendo

¹⁵⁸ ACCEM, “La otra cara de la Trata (...)”, Op. cit., p. 28.

posteriormente traída a España por la familia del novio, que la dedicaba a recoger chatarra. En un primer momento la menor fue llevada a un centro de acogida, pero posteriormente y hallándose embarazada, volvió con su pareja y manifestó que había contraído matrimonio y recogía chatarra voluntariamente y que, simplemente, los padres de su marido habían entregado una dote de 5000 € a su madre. A día de hoy sólo se ha dictado una sentencia (en la que se condena a dos hombres y dos mujeres rumanas)¹⁵⁹.

C) Perfil de las víctimas

La trata de seres humanos con fines de matrimonios forzosos afecta mayoritariamente a menores rumanas (11 DSTSH) y, a partir de 2018, a menores marroquíes (2 DSTSH)¹⁶⁰.

2.5. La trata con finalidad de obligar a participar en actividades delictivas

A menudo, las finalidades de la trata son varias y tienen lugar de forma combinada. Existen casos de mujeres víctimas de trata con fines de explotación sexual quienes son, al mismo tiempo, forzadas a cometer actividades delictivas (hurtos, venta de drogas, etc.).

La utilización de esclavos para la realización de actividades delictivas es una realidad detectada en España desde las primeras DSTSH en cualquiera de sus modalidades. Mujeres explotadas en la prostitución o víctimas de mendicidad han sido obligadas a trapichear con drogas, hurtar o cometer otra variedad de delitos. Sin embargo, tras la reforma del Código Penal de 2015, se relaciona específicamente como modalidad específica. Desde entonces sólo se han incoado 8 DSTSH con fines de distintas actividades delictivas (6 DSTSH con fines de atentados contra la propiedad, 1 DSTSH para la realización de estafas mediante internet, y 1 DSTSH para la plantación indoor de marihuana). Se investigan un grupo criminal bosnio, dos clanes rumanos y uno búlgaro especialmente violentos, una organización criminal china dedicada al tráfico de drogas, y una organización taiwanesa. Dos han sido archivadas (una por haberse dictado una sentencia absolutoria y otra al haberse sobreseído en fase de instrucción). El resto se

¹⁵⁹ Ídem. p. 1273.

¹⁶⁰ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Memoria Elevada al Gobierno de S.M. 2019, C. V. Disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2019/FISCALIA_SITE/index.html [Última consulta, 28 de septiembre de 2020]

encuentran en fase de investigación (algunas declaradas secretas). Subrayar que la inexistencia de un tipo penal de imposición de actividades ilícitas priva a las víctimas de la suficiente protección integral¹⁶¹.

2.6. La trata para trasplante de órganos

El ejemplar sistema nacional de trasplantes de órganos existente en España impide que esta modalidad delictiva pueda llegar a producirse (al menos como delito agotado). Sí se han abierto dos DSTSH, una por un intento de compra de un riñón a un menor marroquí por parte de un ciudadano palestino (que tuvo que sobreseerse por falta de prueba alguna), y otra en relación con un conocido deportista en donde se investiga la presunta donación de un presunto familiar (que se encuentra sub iudice). En verdad, dado los sucesivos controles que deben superarse para autorizarse un trasplante, en nuestro país es prácticamente imposible que este pueda realizarse al margen de los estrictos límites legales. No obstante, lo que sí se ha detectado es la petición de asistencia médica en centros sanitarios españoles de individuos que se presentan con un órgano trasplantado en el extranjero en los que el facultativo español duda acerca del modo en que se practicó. Estas situaciones, que pueden revelar la existencia de tráfico ilícito de órganos humanos, están siendo analizadas –como ya ha quedado señalado– conjuntamente con la Agencia Nacional de Trasplantes a los efectos de redactar un protocolo que garantice la actuación de los médicos que advierten esas situaciones¹⁶².

Para concluir este epígrafe, no podemos dejar de mencionar los datos más recientes, correspondientes al año 2020, relevantes por la especial situación provocada por la Pandemia, que reflejan que durante este año se incoaron 136 procedimientos judiciales por delito de trata de seres humanos de los que 117 dieron lugar a Diligencias de Seguimiento de la Unidad de Extranjería FGE (DSTSH). El 75,21 % de las diligencias previas incoadas lo fueron en persecución de delitos de trata con fines de explotación sexual, el 19,75 % por trata laboral, el 5,12 % por trata con fines de cometer delitos y el 1,70 % por trata con fines de mendicidad. Aunque por la situación de pandemia la apertura de procesos por cualquiera de las modalidades de trata disminuyó, sin embargo, las que

¹⁶¹ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Memoria Elevada al Gobierno de S.M. 2019, C. V. Disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2019/FISCALIA_SITE/index.html [Última consulta, 28 de septiembre de 2020]

¹⁶² Ídem. pp. 1274-1275.

tenían por finalidad la explotación laboral y actividades ilícitas aumentaron porcentualmente en relación con la trata sexual¹⁶³.

En un primer momento, podíamos creer que las medidas adoptadas durante el estado de alarma permiten disuadir la delincuencia, por el confinamiento de la población y la mayor presencia policial, pero la UNODC ha señalado que han podido contribuir a que esta sea más clandestina. En el delito de trata de personas, los delincuentes están ajustando sus modelos de negocio a la “nueva normalidad” creada a partir de la pandemia, especialmente mediante el uso indebido de nuevas tecnologías. Al mismo tiempo, la COVID-19 ha tenido un impacto en la capacidad de autoridades estatales y organizaciones no gubernamentales en la provisión de servicios esenciales a las víctimas. Por otro lado, la pandemia ha agravado las desigualdades económicas y sociales sistémicas que se encuentran entre las causas subyacentes de la trata de personas¹⁶⁴. A pesar de este panorama, en que la desprotección es mayor, el Grupo de Expertos en Acción del Consejo de Europa contra La trata de seres humanos (GRETA) recordó que el Convenio europeo de acción contra la trata de seres humanos seguía aplicándose durante las medidas de emergencia¹⁶⁵.

Y es que ha quedado evidenciado que la situación de las víctimas ha empeorado, la Asociación para la Prevención, Reinserción y atención de la Mujer prostituida (APRAMP) informó de que la diferencia entre las personas a las que APRAMP accede habitualmente y a las que ha podido tener acceso durante el periodo de alarma es 3.535 personas menos atendidas. Lo que supone un 59% menos de las personas a las que la Unidad móvil de rescate de esta Asociación atiende en todo el territorio y, concluye, que la demanda de los victimarios se ha mantenido desde la declaración del estado de alarma y la pandemia¹⁶⁶. Los cierres y las restricciones resultan a menudo en rutas y condiciones

¹⁶³ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Memoria Elevada al Gobierno de S.M. 2021. Disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2021/FISCALIA_SITE/index.html

¹⁶⁴ UNODC (2020). Impacto de la pandemia covid-19 en la trata de personas” Hallazgos preliminares y mensajes basados en un análisis rápido. Recuperado el 16 de septiembre de 2020, disponible en: https://www.unodc.org/documents/ropan/2020/Impacto_del_Covid_19_en_la_trata_de_personas.pdf

¹⁶⁵ GRETA. (2 de abril de 2020). Group of Experts on Action against Trafficking in Human Beings Strasbourg (GRETA), 2 April 2020. Disponible en: <https://rm.coe.int/greta-statement-covid19-en/16809e126a>

¹⁶⁶ APRAMP. (2020). APRAMP- Informe global Estado de Alarma, Explotación sexual de mujeres durante el Estado de Alarma por el COVID-19 (informe no publicado proporcionado por APRAMP). Madrid.

más arriesgadas, así como en precios más altos, exponiendo a los migrantes y refugiados a mayores abusos y explotación. Es probable que la recesión económica mundial, que conlleva un fuerte aumento en las tasas de desempleo, aumente la trata transfronteriza de personas, como ya ha sucedido en crisis anteriores¹⁶⁷.

¹⁶⁷ UNODC (2020). Los efectos de la Pandemia de Covid-19 en la trata de personas y las respuestas a los desafíos, 2020, pp. 36 y ss. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Covid_and_TiP_-spanish.pdf

CAPÍTULO II- PRINCIPALES INSTRUMENTOS LEGISLATIVOS SUPRANACIONALES

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Son muchos los instrumentos internacionales sobre la trata de seres humanos que desde finales del siglo XIX han abordado cuestiones como la trata de personas, inicialmente “Trata de blancas”, el trabajo forzoso, la esclavitud, la criminalidad organizada y el tráfico de personas, especialmente mujeres y niños.

Son dos los momentos en que se podrían agrupar estos instrumentos, por un lado, los anteriores a la Sociedad de Naciones (pre ONU) y, aquellos, que surge a partir de 1948 cuando se inicia un nuevo periodo con medidas más significativas, tras la interrupción provocada por la II Guerra Mundial.

Al mismo tiempo se daban pasos en la lucha contra el crimen organizado con el propósito principal de tipificar a nivel universal un conjunto de conductas estrechamente vinculadas al crimen organizado transnacional, fruto de esta labor fueron los más importantes instrumentos supranacionales contra el crimen organizado cuyo germen puede situarse en la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas de 15 de noviembre de 2000¹⁶⁸.

El pilar de la normativa creada con posterioridad quedaría conformado con dos protocolos adicionales a la Convención: el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas especialmente mujeres y niñas y el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, de 15 de noviembre de 2000.

Estos instrumentos se adoptan para frenar la actuación de los grupos criminales, la cual empieza a verse potenciada por la globalización y las nuevas tecnologías. También perseguida por otras Organizaciones Internacionales como la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) y la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

¹⁶⁸ NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas de 15 de noviembre de 2000 aprobada por Resolución 55/25 de 15 de noviembre de 2000 Disponible en: <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>

A nivel europeo se impulsó la adopción de respuestas por parte de los Estados miembros frente a la trata de personas relativas a la criminalización, la persecución, la jurisdicción y la extradición a través de diversos instrumentos. Todos estos han constituido la base de las regulaciones nacionales que si bien son distintas algunas de sus consideraciones tienen visos de los primeros textos internacionales en la materia.

II. INSTRUMENTOS LEGISLATIVOS SUPRANACIONALES

1. Instrumentos en el ámbito de Naciones Unidas

La trata de mujeres sometidas a la prostitución fue el hecho que iniciaría a finales del siglo XIX una corriente internacional preocupada por la creación de instrumentos jurídicos en los que se abordara este fenómeno, para a lo largo del siglo XX regular otras manifestaciones como la explotación sexual, la inmigración ilegal y la explotación de menores, entendidas todas ellas como nuevas formas de esclavitud¹⁶⁹. Desde que la Sociedad de Naciones tomase conciencia de la gravedad que implicaba esta actividad criminal se han venido perfilando dos grandes modalidades de trata, que venían a aglutinar todas aquellas formas de explotación posibles: la trata sexual y la trata laboral¹⁷⁰.

En la segunda mitad del siglo XIX empiezan a surgir los primeros movimientos que proponen la adopción de medidas contra la prostitución de mujeres. En 1889 se celebra en Londres el Primer Congreso para la Represión de la Trata de Blancas, en 1904¹⁷¹ en París el Convenio para la Supresión de la Trata de Blancas, en el que los países firmantes se comprometían a intercambiar información sobre el tráfico de mujeres y niñas. Tres años más tarde, en 1906¹⁷², tiene lugar en París el Congreso Internacional para la represión de la Trata de Blancas, donde se profundiza sobre los mecanismos de intercambio de información. En 1910 trece estados (entre ellos España) suscriben en París la Convención Internacional para la supresión de la Trata de Blancas, comprometiéndose

¹⁶⁹ DE LEÓN VILLALBA, F. J., “Tráfico (...)”, Op. Cit. p. 86

¹⁷⁰ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito de trata de seres humanos*, Valencia, Edit. Tirant lo Blanch, 2013, p. 41.

¹⁷¹ Acuerdo Internacional para la Supresión de la Trata de Blancas, París, 18 de mayo de 1904. Disponible en: <https://www.derecho.unam.mx/cultura-juridica/pdf/onu-1.pdf>

¹⁷² Congreso Internacional para la represión de la Trata de Blancas, París, 1906.

por primera vez a la adopción de medidas penales¹⁷³. Tras el paréntesis de la I Guerra Mundial, en 1919, tiene lugar la Convención de *Saint-Germain-en-Laye* para la completa supresión de la esclavitud en todas sus formas y el tráfico de esclavos por tierra y mar, antecedente inmediato de la Convención de Ginebra contra la esclavitud de 1926¹⁷⁴.

Debemos destacar que en 1921 se firmó un acuerdo que abandonaba el lenguaje de la trata de blancas, para hablar de “trata de mujeres” con el objeto de incluir a las mujeres de otras razas y, también, a niños¹⁷⁵.

En la Convención de Ginebra de 1926¹⁷⁶ se define por primera vez la trata de personas internacionalmente, su artículo 1.1 define la esclavitud como “*el derecho de propiedad que ostentaba una persona sobre otra*”, en cambio, su artículo 1.2 la define como “*aquellos actos de comercio, compra, venta o transporte de un individuo considerado esclavo*”. De la que se desprende la idea de la trata entendida como “comercio”.

El interés en la persecución internacional y cooperada de la trata de seres humanos surge, especialmente, tras la creación de la ONU y sus diferentes agencias especializadas como la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), la Organización

¹⁷³ Convenio Internacional para la Supresión del Tráfico de Trata de Blancas, París, 4 de mayo de 1910. Los artículos 1 y 2 obligan a cada uno de los Estados signatarios a castigar “*cualquier persona quien, para gratificar las pasiones de otras, haya contratado, secuestrado o seducido, aún con su consentimiento, una mujer o una niña menor de 20 años con fines inmorales*” o “*cualquier persona que, para saciar las pasiones de otras, mediante fraude o el uso de la violencia, amenaza, abuso de autoridad u otro medio de coerción, haya raptado, secuestrado o atraído una mujer o niña con propósitos inmorales*”. Asimismo, esta Convención prevé supuestos de trata interna. Sin embargo, lo más determinante es la edad del consentimiento. Algunos años más tarde, la Convención Internacional para combatir la trata de mujeres y niños es el primer documento en abandonar la trata de esclavas y en incluir niños de ambos sexos. Disponible en: https://www.ipomex.org.mx/recursos/ipo/files_ipo/2016/1/9/24088917f87aca316bdd3e1d6555a42a.pdf

¹⁷⁴ En el párrafo 1º de su art. 1, define la esclavitud como “*el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o de alguno de ellos*” párrafo 2º hace referencia a la trata de esclavos como “*todo acto de captura, adquisición o cesión de un individuo para venderle o cambiarle; todo acto de cesión por venta o cambio de un esclavo, adquirido para venderle o cambiarle, y, en general, todo acto de comercio o transporte de esclavos*”.

¹⁷⁵ En este sentido IGLESIAS SKULJ, A., *Trata de mujeres con fines de explotación sexual. Análisis político-criminal del Código penal del artículo 177 bis del Código Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, 2013, p. 44-45, dispone que en esta época encontramos dos corrientes, una regulacionista y otra abolicionista en los intensos debates sobre las causas de la trata y el rol del Estado y, surge un modelo de control de la prostitución denominado prohibicionismo. A través de los esfuerzos para prohibir la prostitución extranjera, incluso dentro de sistemas regulacionistas, y promover la repatriación de las mujeres, la trata se problematizó finalmente como una cuestión de prostitución de mujeres extranjeras, como una cuestión de control migratorio.

¹⁷⁶ Naciones Unidas. Convención sobre la esclavitud, Ginebra, 25 de septiembre de 1926. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/slaveryconvention.aspx>

Internacional del Trabajo (OIT) o la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC).

La OIT aprobó el Convenio N.º 29 sobre Trabajo Forzoso en el año 1930¹⁷⁷. Su art. 2 describe el trabajo forzado como “*todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente*”. Pero, lo que más destaca del Convenio es que admitía, durante un período transitorio, la práctica del trabajo forzado cuando conllevase fines de pública utilidad— servicio militar, obligaciones cívicas, condena, fuerza mayor y trabajos comunales¹⁷⁸—. La abolición llegaría con la celebración del Convenio N.º 105 sobre la Abolición del Trabajo Forzoso del año 1957¹⁷⁹ que, en su art. 1 obliga a todo miembro que ratifique a suprimir y a no hacer uso de ninguna forma de trabajo forzado u obligatorio.

Cabe destacar, a la vez, la Conferencia Internacional de Génova de 1921, que dio lugar en 1922 a la Convención para la Supresión del Tráfico de mujeres y niños (la protección se amplía a todas las razas y a ambos sexos). De la Convención surgió un Comité de Expertos que en 1927 emitió un informe sobre la trata de mujeres y niños. A partir de 1948, en el seno de Naciones Unidas se inicia un nuevo periodo con medidas más significativas¹⁸⁰.

Tanto es así, que el recorrido por los instrumentos internacionales emitidos por las Naciones Unidas que se refieren a la trata de seres humanos debe partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948 (DUDH), cuyo artículo 4 determina lo siguiente: «*nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre, la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas*».

¹⁷⁷ Vid. OIT, Convenio N.º 29 sobre Trabajo Forzoso, 1930. Entra en vigor el día 1 de mayo de 1932 de conformidad con su artículo 28 y se incorpora al ordenamiento español a través del BOE núm. 105, del 14 de abril de 1932. Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C029

¹⁷⁸ Artículo 2 del Convenio sobre el trabajo forzado de 1930 (núm. 29). Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C029

¹⁷⁹ Vid. OIT, Convenio N.º 105 sobre la Abolición del Trabajo Forzoso, 1957. Entra en vigor el 17 de enero de 1959, de conformidad con su artículo 4 y se incorpora al ordenamiento español a través del BOE núm. 291, del 4 de diciembre de 1968. Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C105

¹⁸⁰ REBOLLO VARGAS, R., CUGAT MAURI, M. Y RODRÍGUEZ PUERTA, M.J. “Normativa internacional y derecho comparado” en García Arán, M. (Coord.), *Trata de personas y explotación sexual*, Granada. Comares, 2006, pp. 34-35.

En concreto, se establece una prohibición en relación con las instituciones mencionadas, entre las que se incluye la trata de esclavos, aunque el precepto se limita a enumerarlas y no se pronuncia acerca de su significado. Un año más tarde se aprueba el Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena de 2 de diciembre de 1949¹⁸¹.

Su Preámbulo hace referencia a los instrumentos anteriores, ya en vigor, pero va un paso más allá por su terminología, neutral, al no limitarse a mujeres blancas y niños, sino personas. Además, adopta una perspectiva abolicionista en relación con la prostitución. Puede considerarse que es el primer acuerdo internacional que considera la prostitución una materia de Derecho internacional más que una cuestión doméstica¹⁸². El art.1 dispone que *“las Partes en el presente Convenio se comprometen a castigar a toda persona que, para satisfacer las pasiones de otra: 1) Concertare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona; 2) Explotare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona”*.

Una de las mayores críticas realizadas a este documento es la falta de una perspectiva concreta de protección de los derechos humanos. A pesar de que en algunos pasajes del texto se enuncian cuestiones relativas a aquéllos, insiste en una perspectiva en la cual la mujer no es un sujeto de derecho¹⁸³.

El delito de trata de seres humanos ha estado íntimamente vinculado a la delincuencia organizada. El primer paso para la regulación de la delincuencia organizada transnacional se sitúa en la Conferencia Ministerial Mundial sobre la Delincuencia Transnacional Organizada Celebrada en Nápoles del 21 al 23 de noviembre de 1994¹⁸⁴ que aprobó la Declaración Política y el Plan de Acción Mundial de Nápoles contra la Delincuencia Transnacional Organizada¹⁸⁵.

¹⁸¹ NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Resolución 317 (IV), de 2 de diciembre de 1949. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/TrafficInPersons.aspx>

¹⁸²VILLACAMPA ESTIARTE, C., “El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada (...)”, Op. Cit., p. 159.

¹⁸³ IGLESIAS SKULJ, A., “Trata de mujeres con fines de explotación (...)”, Op. cit., p.49.

¹⁸⁴ Conferencia ministerial mundial sobre la delincuencia transnacional organizada. Celebrada en Nápoles del 21 al 23 de noviembre de 1994. Disponible en: http://www.iri.edu.ar/revistas/revista_dvd/revistas/R8/R8DOC03.html

¹⁸⁵ NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Resolución 49/159, de 23 de diciembre de 1994. Aprobó la Declaración Política y el Plan de Acción Mundial de Nápoles e instó a los Estados a que se pusieran en práctica con carácter urgente.

En 1997 se nombra un grupo de expertos intergubernamental al que se le encarga el cometido de redactar una propuesta de convención. Mediante la resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 53/111 de 9 de diciembre de 1998¹⁸⁶ se designa un comité *ad hoc* para la realización de dicha tarea. Concluida la tarea se adoptó por la Asamblea General de Naciones Unidas de 15 de noviembre, mediante resolución A/RES/55/25, la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional¹⁸⁷. Tanto la Convención como sus dos protocolos adicionales se abrieron a la firma en la Conferencia de Palermo realizada en diciembre de 2000. La Convención entró en vigor el 29 de septiembre de 2003, seguida por el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente de Mujeres y Niños, que lo hizo el 25 de diciembre de 2003¹⁸⁸.

Por tanto, la Convención es el antecedente más inmediato en el seno de NNUU del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente de Mujeres y Niños, que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y, junto a el Protocolo de las Naciones Unidas contra el Contrabando de Migrantes por Tierra, Mar y Aire¹⁸⁹ y el Protocolo de las Naciones Unidas contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, fueron concebidos con el propósito principal de tipificar a nivel universal un conjunto de conductas estrechamente vinculadas al crimen organizado transnacional¹⁹⁰.

En la Convención de NNUU contra la criminalidad organizada internacional de 2000 (Convención de Palermo)¹⁹¹ el concepto de *tráfico* se bifurca entre *smuggling of*

¹⁸⁶ NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Resolución 53/111 de 9 de diciembre de 1998 Disponible en: https://www.unodc.org/pdf/crime/a_res_55/res5525s.pdf

¹⁸⁷ NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Resolución 55/25 de 15 de noviembre de 2000 Disponible en: <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>

¹⁸⁸ VILLACAMPA ESTIARTE, C. “El delito de trata de seres humanos (...)”, Op. cit., p. 160.

¹⁸⁹ NACIONES UNIDAS. Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, de 15 de noviembre de 2000, que complementa el Convenio contra la delincuencia transnacional organizada (Publicado en el BOE núm. 295 de 10 de diciembre de 2003). Ratificación disponible en:

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-22593>

¹⁹⁰ TERRADILLOS BASOCO, J. “El derecho de la globalización: luces y sombras” en Transformaciones del Derecho en la mundialización, Edit. Consejo General del Poder Judicial, Madrid. 1999. p. 187.

¹⁹¹ NACIONES UNIDAS (2000). Asamblea General. Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos, Resolución 55/25 de 15 de noviembre de 2000. Disponible en:

<https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>

emigrants y trafficking of human beings. El *smuggling* (o tráfico en sentido estricto), consiste en el favorecimiento de la inmigración ilegal de modo que el negocio consiste en el cobro de un precio por el traslado en situación de clandestinidad, lo que propiamente constituye «contrabando» de personas. En cambio, en el *trafficking*, el traficante organiza el traslado de personas captándolas por medios violentos, fraudulentos o abusivos, con la finalidad de mantener el dominio sobre ellas en el país de destino, para destinarlas a la explotación (laboral, sexual...). Esta segunda situación es la que se corresponde propiamente con el concepto de «trata de personas» vinculada a la nueva esclavitud, precisamente porque supone el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre la persona, convirtiéndola en objeto de comercio y cosificándola al máximo con fines de explotación¹⁹².

Asimismo, el Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos al Consejo Económico y Social sobre Principios y Directrices recomendados sobre los Derechos Humanos y la trata de personas, de 20 de mayo de 2002, enumeró, por un lado, una serie de Principios recomendados sobre los Derechos Humanos y la trata —la primacía de los Derechos Humanos; la prevención de la trata de personas; la protección y asistencia a las víctimas; y la penalización, sanción y reparación— y, por otro lado, unas Directrices recomendadas sobre la promoción y protección de los Derechos Humanos — la identificación de las víctimas de trata y de los tratantes; la investigación, análisis, evaluación y difusión; el establecimiento de un marco jurídico adecuado; los medios para hacer cumplir adecuadamente la Ley; la asistencia y protección a las víctimas; la prevención; las medidas especiales para la protección y la asistencia a los niños que son víctimas del fenómeno; el acceso a recursos; las obligaciones del personal de mantenimiento de la paz, de policía civil, humanitario y diplomático; y la cooperación y coordinación entre Estados y regiones—¹⁹³.

En enero de 2003, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Resolución 57/176, sobre la trata de mujeres y niñas, que pasa a reunir o comprender el contenido de las Resoluciones anteriores sobre esta modalidad específica de trata de seres

¹⁹² GARCÍA ARÁN, M., “Trata de personas y regulación de la prostitución” en (Coord.) Pérez Alonso, E.J., *Trata de personas y regulación de la prostitución*, Edit. Tirant lo Blanch, 2017, p. 655-656.

¹⁹³ NACIONES UNIDAS. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos al Consejo Económico y Social sobre Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas. Disponible en: <https://undocs.org/es/E/2002/68/Add.1>

humanos. Con esto, la Asamblea General aprobó mediante la Resolución 64/293, de 12 de agosto de 2010, el Plan de Acción Mundial de las Naciones Unidas para combatir la trata de personas, en el que se define la trata en términos análogos al Protocolo de Palermo I. En este instrumento se condena sistemáticamente la trata, se reafirma el compromiso de poner fin a esta práctica y se pone de manifiesto la necesidad de tomar medidas urgentes para prevenirla¹⁹⁴.

El Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, en adelante Protocolo de Palermo, se articula sobre la estrategia en 3P (*prevention, protection and prosecution*)¹⁹⁵. El artículo 3 del Protocolo define el fenómeno que nos ocupa estableciendo que por "trata de personas" «se entenderá 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».

¹⁹⁴ NACIONES UNIDAS (2010). Asamblea General de las Naciones Unidas. A/RES/64/293. Plan de Acción Mundial de las Naciones Unidas para combatir la trata de personas. Disponible en: https://www.iom.int/jahia/webdav/shared/shared/mainsite/policy_and_research/un/64/a-res-64-293_S.pdf [ÚLTIMA VISITA 25-02-2020]. Establece como finalidad 1. *Condenar sistemática y enérgicamente la trata de personas, actividad criminal que atenta contra la dignidad humana y tiene efectos negativos en el desarrollo, la paz y la seguridad y los derechos humanos; 2. Reconocer que por "trata de personas" se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, mediante la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño o el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra con fines de explotación, lo que incluye, 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, según se establece en el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.*

¹⁹⁵ NACIONES UNIDAS. Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños, de 15 de noviembre de 2000, que complementa el Convenio contra la delincuencia organizada transnacional. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ProtocolTraffickingInPersons_sp.pdf

Dispone en su art.2 *Los fines del presente Protocolo son: a) Prevenir y combatir la trata de personas, prestando especial atención a las mujeres y los niños; b) Proteger y ayudar a las víctimas de dicha trata, respetando plenamente sus derechos humanos; y c) Promover la cooperación entre los Estados Parte para lograr esos fines.*

Con la ratificación del Protocolo, los Estados Parte se obligan a adoptar las medidas legislativas necesarias para tipificar como delito estas conductas cuando se realizan intencionalmente, debiéndose incriminar también la tentativa, la complicidad y la organización o dirección de otras personas para la comisión del delito. Como consecuencia de la descripción que se realiza de la conducta típica y de la necesaria concurrencia de los tres elementos que caracterizan la trata de seres humanos, difícilmente pueden imaginarse conductas subsumibles en el tipo que no sean intencionadas y dolosas.

La definición de la trata de personas es fruto de la evolución de instrumentos internacionales cuyo objeto era un fenómeno tan antiguo como la esclavitud¹⁹⁶. Los antecedentes legislativos de este Protocolo se identifican con una serie de Tratados internacionales que comenzaron a adoptarse a principios en el siglo XX con el objetivo de abolir y prohibir la esclavitud, la trata de esclavos y la trata de blancas.

Del artículo 3 de este Protocolo, que se considera que conceptúa jurídico internacionalmente el fenómeno de la trata de seres humanos, se deduce que la misma consiste en el proceso conducente a la esclavización de otro ser humano, y que consta de tres elementos, que son, la acción, los medios y la finalidad de explotación, que deben concurrir cumulativamente para que pueda hablarse de trata¹⁹⁷.

Podemos considerar que al fenómeno conocido como esclavitud contemporánea se le han sumado fines de explotación (como la sexual, laboral, etc.) dando lugar a una realidad nueva, modificando el concepto tradicional de esclavitud, lo que supone que se ha perdido su esencia, dado que esta solo se mantendría si en el nuevo concepto surgido se mantuviera el motivo comercial¹⁹⁸.

Vemos, pues, que se identifican en la definición de trata de personas, recogida en el Protocolo tres elementos que caracterizan el fenómeno de trata de personas y que, por

¹⁹⁶ En opinión de GARCÍA ARÁN, M., la trata de personas es una nueva forma de esclavitud, realiza una comparación con la vieja esclavitud y muestra los paralelismos entre ambas, poniendo de manifiesto que la esclavitud es una actividad que bajo formas distintas aún subsiste en la actualidad tanto en países subdesarrollados como en los denominados del Primer Mundo. Vid. GARCÍA ARÁN, M., “Introducción”, en GARCÍA ARÁN, M. (coord.), *Trata de personas y explotación sexual*, Edit. Comares, Granada, 2006, pp. 5-11; También Vid. GUARDIOLA LAGO M. J., “El tráfico de personas en el derecho (...)”, Op. cit. p.53.

¹⁹⁷ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada (...)”, Op. Cit., p. 33 y ss.

¹⁹⁸ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, J.J., “La regulación de la trata de seres humanos: esclavitud del siglo XXI”, *Revista de Estudios en Seguridad Internacional*, Vol. 5, No. 1, 2019, p. 156.

tanto, deberían estar presentes en la tipificación del delito en el ordenamiento interno de los Estados parte. En primer lugar, la conducta consistente en la captación, transporte, traslado, acogida y recepción de personas. En segundo lugar, la presencia de ciertos medios comisivos cuya concurrencia implica la ausencia o ineficacia del consentimiento otorgado por la víctima de trata de personas. En tercer y último lugar, la finalidad de explotación.

Pese a que este instrumento tiene muchos aspectos avanzados y beneficiosos, tiene limitaciones. Más allá de las que le vienen impuestas por ser un protocolo complementario a una convención orientada a la lucha contra la criminalidad organizada transnacional, porque afirmando la asunción de una política 3P, su articulado se endereza fundamentalmente a garantizar la incriminación del delito, pero es mucho más parco en la regulación de aspectos como la prevención o la protección de las víctimas¹⁹⁹.

Los términos abuso y vulnerabilidad aparecen mencionados, pero no definidos detalladamente, lo que obliga a recurrir a fuentes o instrumentos complementarios para precisar su alcance. Por su parte, las menciones a la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, tampoco son precisas, aunque en este caso, probablemente de manera intencionada por las partes encargadas de la elaboración del Protocolo, puesto que, como veremos más adelante, las leyes y políticas respecto al trabajo sexual adulto difieren en los distintos Estados, con lo cual un concepto riguroso hubiera dificultado la firma del Protocolo por aquéllos no dispuestos a cambiar sus leyes internas en materia de prostitución. Con esta postura, el Protocolo no se inclina hacia ninguna posición en particular, dejando su tratamiento legal a la discreción individual de los países.

III. NORMATIVA EUROPEA

La lucha contra el fenómeno criminal de la trata de seres humanos ha tenido el conveniente reflejo normativo en aquellas disposiciones comunitarias que sucesivamente han establecido las obligaciones de incriminación para los Estados parte. Hasta la década de los noventa la Comunidad Europea problematizó la trata de seres humanos en el marco

¹⁹⁹ VILLACAMPA ESTIARTE, C. “El delito de trata de seres humanos (...)”, Op. cit., p. 33 y ss.

más amplio de la inmigración ilegal y los medios para combatirla pasaban por una política de visas restrictiva y un control represivo de los extranjeros.

El interés de las instituciones europeas por fomentar la cooperación entre Estados para perseguir el tráfico y la trata de personas es una cuestión importante que ya destacó el Parlamento en 1989 donde se alcanzó una primera plasmación normativa cuya base era el Tratado de Maastricht (1992). Las iniciativas legislativas tenían como finalidad definir la inmigración ilegal y el tráfico de personas, la promoción de la cooperación intergubernamental y el establecimiento de códigos de conducta.

En primer lugar, debemos mencionar el Convenio Europol que definía la inmigración ilegal y el tráfico de personas y las incluye entre las materias sobre las que esta institución puede ejercer sus competencias, como así sería a partir de la Acción Común 96/748/JAI, de 16 de diciembre de 1996²⁰⁰.

Sin embargo, el primer paso hacia la regulación común es la Acción Común 97/154/ JAI del Consejo, de 24 de febrero de 1997²⁰¹ referente a la represión de la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños que fue sometida a sucesivas reformas, variando en cada una de ellas el contenido de la definición de trata de personas, sirviendo como referencia para las reformas penales que tuvieron lugar en diversos países pero se limita a la explotación sexual y al tráfico para la explotación sexual, no poniendo fin al problema.

²⁰⁰ CUGAT MAURI, M., “La trata de seres humanos: la universalización del tráfico de personas y su disociación de las conductas infractoras de la política migratoria (arts. 177 bis, 313, 318 bis)”, en Quintero Olivares, G. (Dir.), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Edit. Aranzadi, 2010 p. 61.

²⁰¹ Acción Común 97/154/JAI 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. Dispone *que se entenderá por*: i) «trata», *cualquier conducta que facilite la entrada, tránsito, residencia o salida del territorio de un Estado miembro para los fines expuestos en las letras a), b) y d) de la parte B del presente título*; ii) «explotación sexual», *con respecto a un niño, cualquiera de las siguientes conductas: a) persuadir o coaccionar a un niño para participar en cualquier actividad sexual ilícita; b) la explotación de niños mediante la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; c) la explotación de niños para actuaciones y material pornográficos, sea producción, venta y distribución u otras formas de tráfico de material de este tipo, y la posesión de dicho material; y iii) «explotación sexual», con respecto a un adulto, al menos la explotación del adulto mediante la prostitución.* Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A31997F0154>

[ÚLTIMA VISITA 19-02-2020]

Con el Tratado de Ámsterdam (1997) se avanza en la cooperación policial y judicial penal en materia de trata de seres humanos²⁰², siendo la Cumbre de Tampere de 1999 en la que se presenta la propuesta de EUROJUST y, que constituye el primer paso que se dio en la política criminal europea. En esta, el objetivo era la persecución del crimen organizado, teniendo que fomentar la cooperación internacional para lograrlo, siendo un objetivo específico el tráfico y la trata de personas, así como la explotación sexual de niños. El Consejo Europeo proclamó en su acuerdo n.º 23 estar decidido a hacer frente a la inmigración ilegal en su origen, en especial luchando contra quienes se dedican a la trata de seres humanos y la explotación económica de los emigrantes²⁰³.

Dos años más tarde, el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión aprobaron la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el año 2000, recogiendo en su artículo 5 la prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado al disponer *que “1. Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre; 2. Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio; 3. Se prohíbe la trata de seres humanos”*²⁰⁴.

Al mismo tiempo se aprobaba, como indicamos en el apartado anterior, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de

²⁰² Tratado de Ámsterdam de 1997. Artículo K.1.: *el objetivo de la Unión será ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia elaborando una acción en común entre los Estados miembros en los ámbitos de cooperación policial y judicial en materia penal y mediante la prevención y la lucha contra el racismo y la xenofobia. Este objetivo habrá de lograrse mediante la prevención y la lucha contra la delincuencia, organizada o no, en particular el terrorismo, la trata de seres humano.* Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1999-10228>

[ÚLTIMA VISITA 02-03-2020]

²⁰³ Consejo Europeo de Tampere 15 y 16 de octubre de 1999. Dispone en su punto A. IV. 22. *“El Consejo Europeo destaca la necesidad de que se gestionen de forma más eficaz los flujos migratorios en todas sus etapas. Pide que se desarrollen, en estrecha cooperación con países de origen y de tránsito, campañas de información sobre las posibilidades reales de inmigración legal, y que se impida toda forma de trata de seres humanos. Deberá seguir desarrollándose una activa política común en materia de visados y documentos falsos, incluidas una cooperación más estrecha entre los consulados de la UE en terceros países y, cuando sea necesario, la creación de oficinas de expedición del visado común de la UE”*. Por su parte, el punto 23 dispone que *“El Consejo Europeo está decidido a hacer frente a la inmigración ilegal en su origen, en especial luchando contra quienes se dedican a la trata de seres humanos y la explotación económica de los migrantes. Insta a que se adopte legislación que prevea sanciones rigurosas para este grave delito. Se invita al Consejo a que, basándose en una propuesta de la Comisión, adopte legislación a tal efecto antes de finales de 2000. Los Estados miembros, junto con Europol, deberían orientar sus esfuerzos a detectar y dismantelar las redes de delincuencia implicadas. Deberán salvaguardarse los derechos de las víctimas de esas actividades, prestando especial atención a los problemas de mujeres y niños”*. Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm

[ÚLTIMA VISITA 20-02-2020]

²⁰⁴ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

15 de noviembre de 2000 y el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños del mismo año.

1. Consejo de Europa

A partir de la sanción de los Protocolos de Palermo en 2000, la Comisión impulsó la adopción de respuestas por parte de los Estados miembros frente a la trata de personas relativas a la criminalización, la persecución, la jurisdicción y la extradición.

En este sentido, se sancionó la Decisión Marco 2002/629/JAI, de 19 de julio relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, que focaliza sus objetivos en alcanzar una definición de la trata y en las medidas represivas para una lucha efectiva²⁰⁵. No obstante, mantiene en lo esencial la definición de trata de seres humanos contenida en el Protocolo de Palermo (artículo 1)²⁰⁶. Y, la Decisión Marco 2002/946/JAI, del Consejo de 28 de noviembre de 2002 destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada y a la estancia de irregulares²⁰⁷.

Por su parte, la Directiva 2004/81/CE de 29 de abril, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes, establece el permiso de residencia como

²⁰⁵ Decisión Marco del Consejo de 19 de julio relativa a la lucha contra la trata de seres humanos 2002/629/JAI. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32002F0629>
[ÚLTIMA VISITA 26-02-2020]

Buscaba complementar el trabajo realizado por las Naciones Unidas en materia de trata de seres humanos. Si bien coincide en gran medida con la definición del Protocolo contra la trata de personas, la Decisión Marco en estudio tenía la ventaja de aclarar legalmente el sentido del abuso de autoridad o de la situación de vulnerabilidad sobre la víctima, cuestión no estipulada por el Protocolo. En este sentido, se determina que la vulnerabilidad debe suponer que la víctima “no tenga más alternativa real que la de someterse a la situación de abuso”.

²⁰⁶ En este sentido véase PÉREZ ALONSO, E., “La política europea en materia de trata de seres humanos”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, No. 16-18, 2013-2015, pp. 1147-1193.

²⁰⁷ 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. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32002F0946>
[ÚLTIMA VISITA 26-02-2020]

medida de protección de los derechos humanos de las víctimas, pero lo supedita a la colaboración con las autoridades²⁰⁸.

Posteriormente, en la norma que la sustituyó, salvo en el Reino Unido y Dinamarca, la Directiva 2011/36/UE. En tal sentido, la Decisión Marco 2002/629/JAI disponía, en su art. 3.1, que tanto el delito de trata de seres humanos consumado cuanto la inducción, complicidad y tentativa al mismo fuesen punidos con sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias, que pudieran ser causa de extradición. Tales sanciones, únicamente en los supuestos de trata de seres humanos consumada y cometida en concepto de autor, debían alcanzar una pena máxima no inferior a ocho años de privación de libertad cuando se cometiesen en el marco de una organización delictiva, entendiendo que esta se conceptuaba al modo en que lo hacía la Acción Común 98/733/JAI con independencia del nivel de la pena que en la misma se contemplaba. Esta Decisión Marco continúa la estela criminocéntrica marcada por el Protocolo de Palermo, haciendo hincapié en la parte de la justicia criminal en detrimento de la protección y asistencia de las víctimas de trata²⁰⁹.

En el ámbito del Consejo de Europa debemos destacar el papel del Convenio núm. 197 del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, de 16 de mayo de 2005 (Convenio de Varsovia)²¹⁰. El propio Convenio se refiere a la necesidad de elaborar un instrumento jurídico internacional de carácter global que se centre en los derechos humanos de las víctimas de trata y que establezca un mecanismo de seguimiento específico. Sus disposiciones se refieren a la persecución y sanción del delito pero, presta especial interés a la prevención, a la cooperación entre los diversos actores involucrados en la lucha contra la trata, así como a la asistencia y protección de las víctimas.

²⁰⁸ Directiva 2004/81/CE del Consejo de 29 de abril de 2004. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2004/261/L00019-00023.pdf>

[ÚLTIMA VISITA 27-02-2020]

²⁰⁹ PÉREZ ALONSO, E., “La política europea en materia (...)”, Op. Cit., pp. 1151 y ss. / VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La nueva Directiva europea relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas ¿Cambio de rumbo de la política de la Unión en materia de trata de seres humanos?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 13-14, 2011, pp. 8 y ss.

²¹⁰ Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005. Instrumento de ratificación BOE núm. 219, de 10 de septiembre de 2009 Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2009/09/10/pdfs/BOE-A-2009-14405.pdf>

[ÚLTIMA VISITA 25-02-2020]

Su art. 2 dispone que se aplicará a todas las formas de trata de seres humanos, sean nacionales o transnacionales y estén o no vinculadas a la delincuencia organizada. Supone un tratamiento integral y global del fenómeno e implica un claro aumento de los estándares mínimos exigidos a los Estados parte en esta materia²¹¹. La ambiciosa finalidad de otorgar un tratamiento completo a la trata de seres humanos le ha servido para ser calificado como el convenio más moderno en la lucha contra la trata de seres humanos²¹².

El Convenio del Consejo de Europa identifica la trata de seres humanos con 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*²¹³.

A diferencia de lo que sucedía en el Protocolo de Palermo, no se limitan únicamente a prever la incriminación de la comisión de dicho delito en el ámbito de una organización delictiva, contemplando su comisión en tales condiciones como un tipo cualificado. Así, en el art. 23.1 del Convenio de Varsovia dispone que *“cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para garantizar que las infracciones penales establecidas de conformidad con los artículos 18 a 21 sean punibles mediante sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias. Estas sanciones incluirán, respecto de las infracciones penales establecidas de conformidad con el artículo 18, cuando sean cometidas por personas físicas, penas privativas de la libertad que puedan dar lugar a extradición. En el art. 24 del Convenio se contempla entre las circunstancias agravantes: a) Que la infracción ponga en peligro deliberadamente o por negligencia grave la vida de la víctima; b) Que la infracción se cometa contra un menor;*

²¹¹ Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005. Instrumento de ratificación BOE núm. 219, de 10 de septiembre de 2009 Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2009/09/10/pdfs/BOE-A-2009-14405.pdf> [ÚLTIMA VISITA 25-02-2020]

²¹² VILLACAMPA ESTIARTE, C. “El delito de trata de personas (...)” Op. Cit, p. 832.

²¹³ Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005. Instrumento de ratificación BOE núm. 219, de 10 de septiembre de 2009 Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2009/09/10/pdfs/BOE-A-2009-14405.pdf>

c) Que la infracción se cometa por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones; d) Que la infracción se cometa en el marco de una organización criminal”²¹⁴.

Como mecanismos de control debemos señalar el Grupo de Expertos sobre Lucha contra la Trata de Seres Humanos (GRETA)²¹⁵ y el Comité de Ministros cuya labor se centra en la vigilancia y evaluación del delito de trata en la Unión siendo mecanismos fundamentales para combatirla en Europa. Hasta el año 2010 existían en Europa dos “fuentes” de lucha contra la trata, por una parte, los equipos encargados de la supervisión del Convenio y por otra mediante las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

El GRETA en 2004 elaboró un informe donde señalaba la necesidad de adoptar con carácter inmediato medidas de protección. De este modo, los Estados parte deberían orientar sus políticas a prevenir la explotación de las personas envueltas en la trata y no, como hasta ese momento, orientar sus políticas únicamente a enfrentar cuestiones de inmigración irregular²¹⁶.

En el último informe emitido se señaló la falta de medidas efectivas en el ámbito de la identificación de las víctimas y la ausencia de políticas orientadas a la protección de derechos humanos que deberían implementarse de forma incondicional, esto es, sin la necesidad de que la víctima participe activamente mediante la denuncia o la declaración en el proceso contra los autores, tal como se establece en el art. 12 de la Directiva. Ello condujo a que los permisos de residencia para las víctimas de trata (Directiva 2004/81/CE, 29 de abril de 2004) continuaran subordinados a la colaboración de la víctima, sin tomar en cuenta las consecuencias que esta participación pudieran generar para ella o sus familiares.

Como reflejo de esta tendencia dirigida a la protección de los derechos humanos, en 2005 el Consejo de Europa sancionó el Convenio de Varsovia contra la trata de seres

²¹⁴ Convenio del Consejo de Europa 2005, cit.

²¹⁵ Grupo de Expertos sobre Lucha contra la Trata de Seres Humanos (GRETA), es responsable de la supervisión sobre la implementación por los Estados Parte del Convenio del Consejo de Europa sobre la eliminación de la trata de seres humanos. Disponible en: <https://www.coe.int/en/web/anti-human-trafficking>

²¹⁶ IGLESIAS SKULJ, A., “Trata de mujeres con fines de explotación (...)”, Op. cit., p.120

humanos que entró en vigor en España en 2008²¹⁷. Es el tratado internacional más completo en materia de trata de personas. Su articulado va más allá de la mera criminalización. Además de la persecución da relevancia y considera esenciales cuestiones como la prevención, la asistencia y protección de las víctimas, a las que dedicaremos un capítulo por su especial importancia.

IV. DERECHO COMPARADO

1. El delito de trata de seres humanos en Italia

A) Marco legal

La trata de seres humanos fue expresamente sancionada en el ordenamiento jurídico italiano tras la entrada en vigor de la ley núm. 228 de 2003 de Medidas contra la trata de personas²¹⁸ que reescribió los artículos del código penal ya relacionados con la reducción a la esclavitud, esto es, los artículos 600, 601 y 602.

La definición de las conductas punibles por trata se amplió luego mediante el decreto legislativo núm. 24 de 2014 sobre la Prevención y Represión a la Trata de Seres Humanos y Protección de las Víctimas (*Prevenzione e repressione della tratta di esseri umani e protezione delle vittime*) que también prestó atención al perfil de las víctimas. La finalidad de la nueva regulación viene evidenciada ya en el primero párrafo del art. 1º, que dispone: “*En la actuación de las disposiciones del presente Decreto Legislativo, se tiene en consideración, sobre la base de evaluación individual de la víctima, la específica situación de las personas vulnerables como los menores, los menores desacompañados, los ancianos, los minusválidos, las mujeres, particularmente las grávidas, los genitores con hijos menores, las personas con disturbios psíquicos, las personas que han sufrido torturas, estupro u otras formas graves de violencia psicológica, física, sexual o de género*”²¹⁹.

²¹⁷ Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Convenio n.º 197 del Consejo de Europa), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2009-14405

²¹⁸ Legge 11 agosto 2003, n. 228 Misure contro la tratta di persone.

Disponible en: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2003/08/23/003G0248/sg>

²¹⁹ Decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 24 attuazione della direttiva 2011/36/ue, relativa alla prevenzione e alla repressione della tratta di esseri umani e alla protezione delle vittime, che sustituisce la decisione quadro 2002/629/gai

Las circunstancias que conducen a un aumento de las penas en caso de que se cometan estos delitos fueron modificadas por la ley núm. 108 de 2010 que insertó el art. 602 bis.

Esta regulación, es principalmente el resultado de la implementación de la legislación de origen europeo (Decisión Marco 2002/629 / JAI y la directiva 2011/36 / UE), así como Convenios Internacionales.

Como hemos señalado, durante la XIV legislatura el Parlamento aprobó la ley 11 de agosto de 2003, n. 228 de Medidas contra la trata de personas, encaminada a introducir nuevas disposiciones penales y modificar las ya existentes para combatir el fenómeno de la esclavitud y, más específicamente, esa forma de esclavitud derivada de la trata de seres humanos. Es una nueva esclavitud que involucra a seres humanos, especialmente mujeres y niños, de países pobres del mundo que, empujados por la esperanza de una perspectiva de vida diferente, se ven obligados a la prostitución, el trabajo forzoso y la mendicidad.

El núcleo principal de la ley consiste en la modificación de los artículos 600, 601 y 602 del Código Penal italiano, referidos respectivamente a los delitos de "reducción o mantenimiento de la esclavitud o servidumbre", "trata de personas" y "compra y venta de esclavos", por lo que las penas se incrementan significativamente, alcanzando un máximo de veinte años.

En particular, el artículo 600 del Código Penal castiga a quien *reduzca a una persona a la esclavitud*, o en una condición similar a la esclavitud, con prisión de ocho a veinte años. El nuevo artículo 600 se refiere, al respecto “*al ejercicio sobre una persona de poderes correspondientes a los del derecho de propiedad*” y “*La reducción o mantenimiento de una persona en un estado de sujeción continua obligándola a prestar servicios laborales o sexuales, a la mendicidad o en todo caso a servicios que impliquen su explotación*”²²⁰.

Disponibile en: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2014/03/13/14G00035/sg>

²²⁰ Art. 600. Riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù. Chiunque esercita su una persona poteri corrispondenti a quelli del diritto di proprietà ovvero chiunque riduce o mantiene una persona in uno stato di soggezione continuativa, costringendola a prestazioni lavorative o sessuali ovvero all'accattonaggio o comunque a prestazioni che ne comportino lo sfruttamento, è punito con la reclusione da otto a venti anni. La riduzione o il mantenimento nello stato di soggezione ha luogo quando la condotta è attuata mediante violenza, minaccia, inganno, abuso di autorità o approfittamento di una situazione di inferiorità fisica o psichica o di una situazione di necessità, o mediante la promessa o la dazione di somme di denaro o di altri

Por su parte, el Art. 601 del Código Penal italiano establece que “*Es castigado con pena privativa de libertad de ocho a veinte años quien reclute, introduzca en el territorio del Estado, traslade incluso fuera de él, transporte, traspase autoridad sobre la persona, albergue a una o más personas que se encuentren en las condiciones a que se refiere el artículo 600, es decir, realice la misma conducta sobre una o más personas, mediante engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o aprovechando una situación de vulnerabilidad, inferioridad física, mental o de necesidad, o mediante promesa o entrega de dinero u otras ventajas a la persona que tienen la autoridad sobre él, con el fin de inducirlos u obligarlos a prestar servicios laborales, sexuales o mendigar o, en todo caso, a realizar actividades ilícitas que impliquen su explotación o para someterse a la extracción de órganos. A igual sanción está sujeto todo aquel que, aun fuera de las modalidades a que se refiere el párrafo primero, lleve a cabo la conducta prevista en el mismo hacia un menor*”²²¹.

Con el Decreto Legislativo n. 24 de 2014, se agregó la *coacción para realizar actividades ilícitas de explotación* o para someterse a la *extracción de órganos*, para luego definir de manera más estricta el caso incriminatorio, se especifica que la reducción o mantenimiento en el estado de sujeción puede producirse en presencia de una conducta particularmente característica. En particular, se requiere que la conducta se implemente a través de: Violencia, amenazas, engaños; Abuso de autoridad o aprovechamiento de una situación de inferioridad física o mental o una situación de necesidad – la reforma de 2014 agregó “*aprovechar una situación de vulnerabilidad*”–; Prometiendo o dando sumas de dinero u otras ventajas a quienes tienen autoridad sobre la persona.

vantaggi a chi ha autorità sulla persona. La pena è aumentata da un terzo alla metà se i fatti di cui al primo comma sono commessi in danno di minore degli anni diciotto o sono diretti allo sfruttamento della prostituzione o al fine di sottoporre la persona offesa al prelievo di organi.

²²¹ Art. 601. Tratta di persone. Chiunque commette tratta di persona che si trova nelle condizioni di cui all'articolo 600 ovvero, al fine di commettere i delitti di cui al primo comma del medesimo articolo, la induce mediante inganno o la costringe mediante violenza, minaccia, abuso di autorità o approfittamento di una situazione di inferiorità fisica o psichica o di una situazione di necessità, o mediante promessa o dazione di somme di denaro o di altri vantaggi alla persona che su di essa ha autorità, a fare ingresso o a soggiornare o a uscire dal territorio dello Stato o a trasferirsi al suo interno, è punito con la reclusione da otto a venti anni. La pena è aumentata da un terzo alla metà se i delitti di cui al presente articolo sono commessi in danno di minore degli anni diciotto o sono diretti allo sfruttamento della prostituzione o al fine di sottoporre la persona offesa al prelievo di organi.

La circunstancia agravante prevista originalmente por el art. 600 del CP fue abolida en la última legislatura con la ratificación del Convenio de Varsovia.

El artículo 601 del Código Penal define, castigándolo con pena privativa de libertad de ocho a veinte años, el *delito de trata de personas*, considerándolo aplicable tanto cuando se traduzca en sujetos ya reducidos a esclavitud o servidumbre, como cuando se trate de sujetos objeto de trata.

La conducta que califica la nueva figura delictiva fue modificada por Decreto Legislativo n. 24 de 2014²²² y se refiere a las siguientes acciones:

- *Reclutar, introducir en el Estado, trasladar fuera del Estado, ceder autoridad, acoger a personas que se encuentran en las condiciones de esclavitud definidas por el artículo 600 del Código Penal.*

- *O realizar la misma conducta sobre una o más personas, mediante engaños, violencia, amenazas, abuso de autoridad o aprovechando una situación de vulnerabilidad, inferioridad física, psíquica o necesitada, o prometiendo o dando dinero u otras ventajas a la persona que tenga autoridad sobre el mismo, con el fin de inducirlo u obligarlo al trabajo, sexual o mendicidad o en todo caso a realizar actividades ilícitas que impliquen su explotación o para someterse a la extracción de órganos.*

Igual sanción está sujeta a todo aquel que, aun fuera de las modalidades a que se refiere el párrafo primero, lleve a cabo la conducta prevista en el mismo hacia un menor.

También en este caso la ley de 2003 preveía una circunstancia agravante que ahora se ha eliminado del artículo.

El artículo 602 del Código Penal italiano prevé y regula el caso de *compra y venta de esclavos*²²³. La norma tiene un carácter residual ya que rige en hipótesis que aún no se encuadran en el caso de la trata de personas (art. 601).

El elemento objetivo del delito en tales casos consiste en la compra, venta o traslado de una persona que se encuentra en condición de esclavitud o servidumbre de

²²² Decreto Legislativo 4 marzo 2014, n. 24, Attuazione della direttiva 2011/36/UE, relativa alla prevenzione e alla repressione della tratta di esseri umani e alla protezione delle vittime, che sostituisce la decisione quadro 2002/629/GAI

²²³ Art. 602: *Chiunque, fuori dei casi indicati nell'articolo 601, acquista o aliena o cede una persona che si trova in una delle condizioni di cui all'articolo 600 è punito con la reclusione da otto a venti anni.*

conformidad con el artículo 600 del Código Penal. La pena establecida es la de prisión de ocho a veinte años.

La ley de trata también modificó el delito de asociación delictiva (artículo 416 del Código Penal) estableciendo que cuando la asociación tenga por objeto la comisión de uno de los delitos a que se refieren los artículos 600, 601 y 602, se aplicará la pena privativa de libertad de cinco a quince años en los casos contemplados en el apartado 1 - promotores, fundadores u organizadores de la asociación - y de cuatro a nueve años en los casos contemplados en el apartado 2 - participación en la asociación.

Además de las sanciones penales, la Ley 228/2003²²⁴ también prevé sanciones administrativas contra las personas jurídicas, cuando los sujetos que las representen o que ocupen los cargos particulares previstos por la ley en ellas, cometan alguno de los delitos contra la personalidad individual previstos en los artículos 600-604 del código penal. Estas son las sanciones pecuniarias "por cuotas" previstas por el Decreto Legislativo 8 de junio de 2001, n. 231 (Disciplina de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, empresas y asociaciones incluso sin personalidad jurídica) dictada por el art. 25 quinquies. La ley prevé, en los casos más graves, la prohibición temporal por un año (si no definitivo) de la actividad institucional de la entidad.

Desde el punto de vista de la prevención de delitos y asistencia a las víctimas de los mismos, la ley de 2003 dispuso el establecimiento, en la Presidencia del Consejo de ministros, del Fondo para medidas contra la trata de personas, así como el establecimiento de un programa especial de asistencia a las víctimas de los delitos de reducción o mantenimiento a la esclavitud o servidumbre (art. 600 del código penal) y de trata de personas (art. 601) y la provisión de políticas especiales de cooperación hacia los países afectados por los delitos.

La Ley 108 de 2010²²⁵ que ratifica la Convención de Varsovia y la adecuación de las disposiciones del derecho interno. Esta ley introduce los delitos penales ya previstos

²²⁴ Legge 11 agosto 2003, n. 228 *Misure contro la tratta di persone*.

Disponibile en: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2003/08/23/003G0248/sg>

²²⁵ Legge 2 luglio 2010, n. 108 *Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani, fatta a Varsavia il 16 maggio 2005, nonche' norme di adeguamento dell'ordinamento interno*. (10G0131) Disponibile en: <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2010-07-02:108>

en el código para sancionar la trata de seres humanos. De hecho, debido a la intervención legislativa de 2003, el sistema legal italiano no necesitó fuertes medidas de adaptación al Convenio de Varsovia y un cambio de las circunstancias agravantes de los delitos de trata ya previstos resultó suficiente.

De hecho, para los delitos a que se refieren los artículos 600, 601 y 602 del Código Penal italiano, todos sancionados con penas de prisión de ocho a veinte años, el código de 2003 preveía las mismas circunstancias agravantes. La Ley 108/2010 derogó las circunstancias agravantes únicas previstas en los artículos 600, 601 y 602, introduciendo un nuevo artículo en el código penal (art. 602 ter), titulado Circunstancias agravantes.

La disposición, en relación con los delitos señalados, confirma el aumento de un tercio a la mitad de la pena en las hipótesis ya previstas por la normativa anterior (víctima menor de 18 años y actos destinados a la explotación de la prostitución o cometidos con el fin de someter a la víctima a la extracción de órganos), agregando una agravante adicional para la hipótesis en que el hecho derive un grave peligro para la vida o la integridad física o psíquica del lesionado.

El legislador también ha dado seguimiento al artículo 20 del Convenio de Varsovia, que obliga a las partes a atribuir relevancia penal a los siguientes actos, cometidos intencionalmente para permitir la trata de seres humanos: *fabricar un documento de viaje o un documento de identidad falso; adquirir o proporcionar dicho documento; retener, robar, alterar, dañar o destruir el documento de viaje o de identidad de otra persona.*

En consecuencia, el segundo párrafo del artículo 602 ter, introducido por el artículo 3 de la ley, introduce una nueva circunstancia agravante aplicable a los delitos de falsificación en los hechos a que se refiere el Título VII, Capítulo III, del Libro II.

Finalmente, en la XVII legislatura, el Gobierno emitió el decreto legislativo n. 24 de 2014²²⁶, con la que implementó en el ordenamiento jurídico italiano la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y represión de la trata de seres humanos y la

²²⁶ Decreto Legislativo 4 marzo 2014, n. 24, *Attuazione della direttiva 2011/36/UE, relativa alla prevenzione e alla repressione della tratta di esseri umani e alla protezione delle vittime, che sostituisce la decisione quadro 2002/629/GAI.* Disponible en: <https://www.cepc.gob.es/biblioteca-y-documentacion/documentacion/base-de-datos-docex/disposiciones/decreto-legislativo-4-marzo-2014-n-24-attuazione-della-direttiva-201136ue-relativa-alla-prevenzione>

protección de las víctimas. El decreto legislativo integra la formulación que da el código penal a los delitos a que se refieren los artículos 600 y 601:

Por un lado, en el art. 600 del Código Penal, (Reducción o mantenimiento de la esclavitud o servidumbre) se sustituye el término "*servicios*" (de distinta naturaleza que en todo caso supongan la explotación de la víctima) por la referencia a la "*realización de actividades, incluso ilegales*" y el caso ilegal se integra con referencia a la compulsión a someterse a la sustracción de órganos. También se especifica la ilegalidad de la conducta, también en relación con el aprovechamiento de la vulnerabilidad de la víctima.

Por otro, en lo que respecta al art. 601 del Código Penal (Trata de personas), se especifica la conducta adicional a través de la cual se comete el delito. En particular, el nuevo delito al que se refiere el art. 601, sancionado también con pena privativa de libertad de 8 a 20 años – sin perjuicio de los métodos de comisión del delito (engaño, amenaza de violencia, etc.) – ahora se refiere a: *el reclutamiento y transporte de esclavos, el traslado (a terceros) de autoridad sobre ellos, a la hospitalidad que se les brinda; aprovechando una situación vulnerable de la víctima*. La nueva regla, basada en el art. 2, apartado 3, de la directiva, califica más específicamente la explotación de víctimas, que se denuncia: la compulsión al trabajo, incluso de carácter sexual, a la mendicidad u otras actividades ilegales que impliquen la explotación o sometimiento a la extracción de órganos. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 2, par. 5 de la Directiva, se establece que la conducta ilícita descrita anteriormente en la que participan menores es sancionada mediante la trata de seres humanos incluso en ausencia de los procedimientos previstos en el apartado 1 (uso de la fuerza, fraude, engaño, abuso de autoridad, etc.)²²⁷, al igual que el CP español.

Ha quedado claro que, tras las modificaciones introducidas en el ordenamiento jurídico-penal italiano, que quedan diferenciadas tres conductas típicas como son, el sometimiento o reducción a la esclavitud (art. 600), el delito de trata de seres humanos (art. 601) y, finalmente, la compraventa de esclavos (art. 602), en el que se castigan aquellos supuestos de adquisición, venta o cesión de una persona que se halle en una de las situaciones que contempla el art. 600 del CP italiano y que no puedan ser tipificados

²²⁷https://temi.camera.it/leg17/post/la_tratta_di_esseri_umani__quadro_normativo_e_statistiche.html?tema=temi/tutela_delle_vittime_dei_reati

conforme al delito de trata de personas del art. 601, por lo que podría considerarse un tipo residual²²⁸.

B) El delito de trata de seres humanos del art. 601 del Código Penal italiano

a) Bien jurídico protegido

La doctrina italiana, al igual que la española, ha indicado que es importante subrayar cómo el bien jurídico incluye, por un lado, bienes evidentemente individuales atribuibles a los derechos de las personas (vida, libertad, patrimonio...), pero, por otro lado, abre el camino a una dimensión decididamente ultraindividual que los bienes jurídicos pueden adquirir por su naturaleza de bienes sociales o bienes institucionales²²⁹.

El delito de trata se ubica dentro del Título XII del Libro II del código penal entre los delitos contra la persona, y específicamente dentro de la Sección I (delitos contra la persona) del Capítulo III (delitos contra la libertad individual). En este contexto, la doctrina mayoritaria, como sucede en España, ha defendido que el delito de trata surge en el contexto de la absoluta centralidad que tiene la persona en el sistema constitucional italiano, y que por tanto tiene un propósito de protección puramente individualista: proteger a la persona frente a injerencias ilegítimas de terceros destinadas a distorsionar su propia esencia a través de conductas deshumanizadoras (como la esclavitud o la explotación), conductas que reducen al sujeto a un mero objeto, perjudicando su dignidad como ser humano. El bien jurídico tutelado se identificaba inicialmente con el *status libertatis* del individuo, pero siguiendo los cambios legislativos, las conductas castigadas llevan a identificarlo más correctamente con la dignidad de la persona.²³⁰

b) Elementos del delito

— Elemento objetivo (*l'elemento oggettivo*). La acción (*la condotta*)

²²⁸ Art. 602. Acquisto e alienazione di schiavi. Chiunque, fuori dei casi indicati nell'articolo 601, acquista o aliena o cede una persona che si trova in una delle condizioni di cui all'articolo 600 è punito con la reclusione da otto a venti anni. La pena è aumentata da un terzo alla metà se la persona offesa è minore degli anni diciotto ovvero se i fatti di cui al primo comma sono diretti allo sfruttamento della prostituzione o al fine di sottoporre la persona offesa al prelievo di organi.

²²⁹ Francesco Palazzo, Corso di diritto penale parte generale, 8ª ed., G. Giappichelli Editore – Torino, p. 58.

²³⁰ G.FIANDACA – E.MUSCO, Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona, Bologna, 2013, p. 135 y ss.

El art. 601 CP italiano contiene diferentes casos abstractos (*Le fattispecie astratte*), todos orientados a sancionar el fenómeno criminal de la trata de personas y con una descripción detallada, a diferencia de la formulación anterior a 2014, que se limitaba a "hacer referencia" a las fuentes supranacionales.

El Decreto cambió por completo la estructura del caso e introdujo en el nuevo artículo 601 la indicación expresa de la conducta con la que se puede cometer.

La trata de personas ahora se puede lograr: a) reclutando, introduciendo en el territorio del Estado, transfiriendo también fuera de él, transportando, transfiriendo autoridad sobre la persona, acogiendo a una o más personas que se encuentren en las condiciones a que se refiere el art. 600 (La conducta será criminalmente relevante siempre que se dirija contra un sujeto en condiciones de esclavitud o servidumbre) y b) realizar la conducta indicada en a) sobre una o más personas mediante engaños, violencia, amenazas, abuso de autoridad o aprovechando una situación de vulnerabilidad, inferioridad o necesidad física o mental, o mediante pago o entrega de dinero u otras ventajas para la persona que tiene autoridad sobre él²³¹.

Este es el apartado que más semejanza tiene con la regulación del delito de trata de seres humanos en el art. 177 bis 1 de nuestro CP, pues existirá el delito de trata, si se dirige contra sujetos en un estado de libertad, si la misma conducta se lleva a cabo con medios como violencia, amenaza, engaño, abuso de autoridad o aprovechando una situación de vulnerabilidad, de inferioridad física, psíquica o de necesidad, o incluso mediante otorgamiento o promesa de dinero u otros beneficios a la persona que tiene autoridad sobre la víctima.

La jurisprudencia italiana ha intentado proporcionar una descripción precisa de los elementos del delito en cuestión. Por ejemplo, el engaño puede ser identificado en la falsa promesa de matrimonio o trabajo a personas extranjeras que, tras ser inducidas a trasladarse a otro país, se les obliga a ejercer la prostitución (Cass. 15/30988). Para el abuso de autoridad, por otro lado, requiere que el autor del acto criminal ejerza una

²³¹ GAROFOLI, R., I delitti contro la personalità individuale, "Manuale di diritto penale. Parte Speciale", Tomo II, IV edizione, 2017, edit. Nel diritto editore, p. 616-620.

posición autoridad formal o publicitaria, como la autoridad de los padres (Cass. 16/15632)²³².

Al igual que en el art. 177 bis 1 CP español, el art. 601 CP italiano hace mención expresa a la finalidad de explotación, concretada en varios fines: el fin de inducirlos u obligarlos a prestar servicios laborales, sexuales o mendigar o, en todo caso, a realizar actividades ilícitas que impliquen su explotación o para someterse a la extracción de órganos.

En cuando a los Sujetos (*il soggetto attivo e passivo*). Respecto del sujeto activo, todas las infracciones penales a que se refiere el art. 601 CP italiano puede cometerlas cualquiera. Es, por tanto, un delito común. Esto es diferente para los nuevos párrafos 3 y 4, agregados por el reciente decreto legislativo n. 21 de 2018, que reproducen el texto de los artículos derogados 1152 y 1153 del código de la Navegación italiano. Los mismos constituyen, respectivamente, una circunstancia agravante vinculada a las calificaciones subjetivas del sujeto activo del delito (ser comandado u oficial de buque), y un delito autónomo relativo a todos miembros de la tripulación, estructurado, por tanto, como un crimen en sí mismo²³³.

Por lo que respecta al sujeto pasivo, son necesarias algunas precisiones. El primer párrafo del art. 601 prevé dos casos abstractos diferentes que difieren en la nota de las cualidades de la víctima. El caso en cuestión mencionado en el primer párrafo tiene como objetivo proteger a los sujetos que se encuentran en las condiciones a las que se refiere el art. 600 del texto legal (esclavitud o servidumbre), mientras que el segundo extiende el área criminalmente relevante a cualquier sujeto.

Además, el segundo párrafo del artículo en cuestión prevé un delito diferente que se caracteriza por las peculiaridades del sujeto pasivo. En este caso, la víctima de la infracción es menor, calificación que justifica diferente conformación del delito.

²³² Hace referencia a esta jurisprudencia MILITELLO, V., *Traffico di migranti e tratta di esseri umani: studio comparato sull'implementazione degli strumenti dell'Unione Europea*, p. 27. Disponible en: https://caterinachinnici.it/wp-content/uploads/2019/01/Traffico-e-Tratta_Rapporto-finale_Unipa.pdf

²³³ FIANDACA, G. / MUSCO, E., *Diritto penale. Parte speciale*, Volume II, tomo primo, I diritti contro la persona, Quinta edizione, Zanichelli editore, 2020. pp. 178-182.

Con referencia a las conductas dirigidas a la esclavitud del menor, se especifica que los métodos de implementación utilizados son irrelevantes, por lo que la conducta tendrá relevancia penal independientemente del cumplimiento de las tipificadas en la segunda parte del párrafo 1.

La elección de construir el referido en el párrafo 2 como un caso de forma libre, reconociendo la relevancia de cada modalidad de agresión del bien jurídico protegido y, por tanto, ampliando el área de lo penalmente relevante, responde a la necesidad de preparar una protección más intensa donde sujetos particularmente vulnerables, como los menores, sean víctimas de esta²³⁴.

Otra cuestión debatida entre la doctrina italiana gira entorno a la existencia de un solo sujeto pasivo o la pluralidad de sujetos pasivos. La presencia de una sola víctima planteó el problema de la eventual concurrencia de delitos en presencia de pluralidad de sujetos pasivos. Un primer acercamiento teórico, cree en esta hipótesis de una pluralidad de delitos en concurrencia formal o un delito continuado²³⁵. Por el contrario, hay quienes reclaman la configurabilidad de un solo delito, si solo hay una conducta fáctica²³⁶.

— Elemento subjetivo (*l'elemento soggettivo*)

El delito de trata de seres humanos requiere de una mala conducta intencional (dolo). No obstante, el elemento subjetivo se comporta de manera diferente, según el caso que se tome en consideración; mientras que para las hipótesis previstas en el párrafo 1, primera parte, párrafo 2 y párrafo 4 el dolo es genérico, en la trata sobre sujeto en condiciones de esclavitud a que se refiere el párrafo 1, segunda parte, estamos, en cambio, en presencia de dolo específico, ya que la acción del agente debe tener como finalidad la comisión del delito a que se refiere el art. 600. El momento de la consumación coincide con la ejecución de las conductas de circulación, transporte o el alojamiento obligatorio de la víctima. La ofensa es instantánea²³⁷.

²³⁴ Idem.

²³⁵ PECCIOLI, A., “Giro di vite” contro i trafficanti di esseri umani: le novità della legge sulla tratta di persone, in dir. Pen. Proc., 2004, p.103 y ss.

²³⁶ MANTOVANI, F., *Diritto penale, parte speciale, Vol. I, i delitti contro la persona*, 2019, p. 288 y ss.

²³⁷ FIANDACA, G. / MUSCO, E., *Diritto penale. Parte speciale*, Volume II, tomo primo, I diritti contro la persona, Quinta edizione, Zanichelli editore, 2020, p. 182.

La similitud con nuestro orden penal solo se da respecto a la segunda parte de la disposición legislativa, en cuando la víctima aún no ha sido reducida a una condición de esclavitud o servidumbre, por lo que la conducta se produce contra un sujeto libre con un ánimo-fin concreto, en el caso del CP italiano: servicios laborales, sexuales o mendigar o, en todo caso, a realizar actividades ilícitas que impliquen su explotación o para someterse a la extracción de órganos.

c) Punibilidad

La compleja legislación italiana en este tipo de delitos se caracteriza por un alto régimen Sancionador. Los tipos a los que se refieren los artículos 601. 1 y 2, 602 y 600 son sancionados con pena privativa de libertad de 8 a 20 años, por lo que no se encuentra progresión entre los casos, lo que ha suscitado dudas en la doctrina sobre la legitimidad constitucional en términos de proporcionalidad de las penas.

La circunstancias agravantes se prevén en el art. 602 ter, se aumenta la pena por las infracciones previstas en los artículos 600, 601 primer y segundo párrafo y 602 de un tercio a la mitad:

- a) si la persona lesionada es menor de dieciocho años;
- b) si los hechos tienen por objeto la explotación de la prostitución o para someter al lesionado a la sustracción de órganos;
- c) si el hecho supone un grave peligro para la vida o la integridad física o psíquica de la persona lesionada.

La diferencia más relevante respecto a las agravantes previstas en el CP español, es la agravante referida a que los hechos tengan por objeto la explotación de la prostitución o la sustracción de órganos, configuradas en nuestro orden penal como elementos subjetivos del tipo.

Finalmente, el CP italiano incluye una cláusula referida a la ignorancia de la edad del ofendido (artículo 602 quater): *Cuando los delitos previstos en este apartado se cometan en perjuicio de un menor de dieciocho años, el culpable no podrá invocar como excusa el desconocimiento de la edad del ofendido, salvo en el caso de desconocimiento inevitable.*

2. La regulación del delito de trata de seres humanos en otros Códigos Penales europeos

A) El delito de trata de seres humanos en Alemania

Alemania regula el delito de trata de personas en su código penal *Strafgesetzbuch*, sección XVIII, artículos 232, 233 y 236 (trata con fines de explotación sexual, trabajo forzado, explotación laboral y tráfico de niños, respectivamente)²³⁸. Se complementa con la regulación del tráfico de órganos en la Ley de Trasplantes de 2001²³⁹. El delito de trata de seres humanos se encuentra regulado en el Código Penal, no siendo así respecto a los delitos de inmigración ilegal, ya que la tipificación de este tipo de infracciones se halla en la Ley de Residencia, Empleo e Integración de Extranjeros en el Territorio Federal (Ley de Residencia) *Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (AufenthG)*.

El Capítulo XVIII regula los delitos contra la libertad personal, donde encontramos la primera diferencia con nuestra regulación, pues la ubicación del delito de trata se da entre las torturas y los delitos contra la integridad moral y los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales.

El artículo §232 regula el delito de trata de seres humanos *Menschenhandel* al disponer que:

1) *Se impondrá una pena privativa de libertad de seis meses a cinco años a quien reclute, transporte, traslade, reciba o acoja a otra persona aprovechando su situación personal o económica o su desamparo asociado a la residencia en un país extranjero, o a quien reclute, transporte, traslade, reciba o acoja a otra persona menor de veintiún años si: 1. esa persona debe ser explotada a) en el ejercicio de la prostitución o en la realización de actos sexuales sobre o ante el autor o un tercero, o en la aquiescencia por parte del autor o un tercero de actos sexuales sobre sí mismo, b) a través del empleo, c) en el curso de la mendicidad; o d) en la comisión por parte de esa persona de actos sancionados por la ley; 2. que esa persona vaya a ser mantenida en esclavitud,*

²³⁸ *Strafgesetzbuch*. Código Penal (Alemania: República Federal de Alemania, 1998). Disponible en: <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/>

²³⁹ Ley de Trasplante (Alemania: República Federal de Alemania, 2007).

servidumbre, servidumbre por deudas o en condiciones equivalentes o similares a las mismas; o 3. La extracción ilegal de un órgano de esa persona.

Este primer apartado regula el delito de trata de seres humanos de forma similar al artículo 177 bis 1 por lo que se refiere a las conductas típicas – con la diferencia del término “reclutar” en lugar de “captar – y al fin. Este no se refiere a unos medios comisivos, el sujeto pasivo tiene que ser una persona en desamparo (por razón personal, económica, de residencia) o menor de 21 años de edad.

A diferencia del CP español, en el Código alemán se separa entre explotación en el apartado 1º (mediante prostitución, empleo, mendicidad y comisión de hechos delictivos); figuras como la esclavitud, la servidumbre y similares en el apartado 2º; y la conducta de trasplante de órganos en el 3º. En nuestro código se regulan todas estas figuras como finalidades de explotación.

A continuación, el CP alemán define lo que debe entenderse por explotación en el empleo, como aquel *“que se lleva a cabo con un despiadado afán de lucro y en condiciones de trabajo manifiestamente desproporcionadas con respecto a las condiciones de trabajo de dichos empleados que desempeñan el mismo empleo o un empleo comparable (empleo explotador)”*.

Y es, en el segundo apartado del artículo §232 cuando se refiere a un sujeto pasivo común (cualquier persona sin necesidad de estar desamparado ni ser menor) y exige, como segundo elemento un medio comisivo (siendo el primero la acción) y, el tercero, el fin. De este modo, dispone que 2) *Se impondrá una pena privativa de libertad de seis meses a diez años a quien explote a otra persona de la manera descrita en la subsección (1), primera frase, números 1 a 3, 1. Recluta, transporta, transmite, alberga o acoge a otra persona por la fuerza, por la amenaza de un mal grave o por engaño, o 2. Los secuestra o se apodera de ellos o ayuda a su apoderamiento por parte de un tercero.*

Finalmente, el apartado 3) prevé las agravantes cuando dice que *“en los casos mencionados en el apartado 1, se impondrá una pena privativa de libertad de seis meses a diez años si 1. La víctima es menor de dieciocho años en el momento del delito, 2. El delincuente abusa gravemente de la víctima durante el acto o, al menos, pone a la víctima en peligro de muerte o de daños graves a la salud por el acto o por un acto cometido durante el acto, o 3. El autor actúa con fines comerciales o como miembro de una banda que ha unido fuerzas para la comisión continuada de dichos actos.*

En los casos del apartado 2, se impondrá una pena privativa de libertad de un año a diez años si se da una de las circunstancias especificadas en el número 1 a 3”.

Es llamativo, por lo diferente a nuestro Código, cómo el apartado 4) establece expresamente que la tentativa es punible *en los casos de los apartados 1, 2 y 3 frase 1.*

A continuación, el artículo 232 se bifurca en dos conductas típicas, por un lado, la letra a) referida a la prostitución forzada y, por otro, la letra b) que regula el trabajo forzoso.

El artículo §232a regula la Prostitución forzada *Zwangsprostitution* al disponer que “(1) *Se impondrá una pena privativa de libertad de seis meses a diez años a quien, aprovechándose de la situación personal o económica de otra persona o del desamparo asociado a la residencia en un país extranjero, o induzca a otra persona menor de veintiún años a, 1. Ejercer o continuar la prostitución; o 2. Realizar actos sexuales, mediante los cuales es explotado, sobre o delante del autor o de un tercero, o hacer que el autor o un tercero realice dichos actos sobre él [...]*”.

Y, el Artículo § 232b regula el Trabajo forzoso cuando dice que “(1) *Se impondrá una pena privativa de libertad de seis meses a diez años al que, aprovechándose de la situación personal o económica de otra persona o del desamparo asociado a la residencia en un país extranjero, o induzca a otra persona menor de veintiún años a, 1. Aceptar o continuar un empleo explotador (artículo 232, párrafo 1, frase 2), 2. Entrar en esclavitud, servidumbre, servidumbre por deudas o condiciones que correspondan o se asemejen a ellas, o 3. Retomar o continuar la mendicidad en la que son explotados [...]*”.

Se ha criticado la regulación alemana por no corresponderse la regulación con sus rúbricas en las que se habla de “trata de personas”, pues el elemento esencial del injusto no es el comercio, intercambio o traspaso de control sobre una persona, aspectos que se incluyen de manera marginal y que se reservan más bien al delito de favorecimiento de la trata de personas del artículo 233^a, por el contrario la conducta que se sanciona en los preceptos 232 y 233 StGB es la del comprador o beneficiario que adquiere finalmente el control sobre esa persona para explotarla sexual o laboralmente (resultado)²⁴⁰.

²⁴⁰ ESQUINAS VALVERDE, P., “El delito de trata de personas y sometimiento a esclavitud en el Código penal alemán (§ 233 del Strafgesetzbuch)”, en (Coord.) Pérez Esteban, A., *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Edit. Tirant lo Blanch, 2017, p. 406.

Así el Artículo §233 sanciona “a quien, aprovechándose de la situación personal o económica de otra persona o del desamparo asociado a la residencia en un país extranjero, o a quien explote a otra persona menor de veintiún años, que 1. Mediante el empleo de acuerdo con la sección 232, párrafo 1, frase 2, 2. En el ejercicio de la mendicidad, o 3. En la comisión por parte de esa persona de actos sancionados por la ley”. Mientras que el Artículo §233a castiga “a quien encarcele a otra persona o la prive de su libertad de cualquier otro modo y la explote en esta situación 1. En el ejercicio de la prostitución, 2. Mediante el empleo de acuerdo con el artículo 232, párrafo 1, frase 2, 3. En el ejercicio de la mendicidad, o 4. En la comisión por parte de esa persona de actos sancionados por la ley”.

El precedente del § 233 StGB es el § 234 StGB en su redacción anterior a 2005, la cual ya incluía desde tiempo atrás, como modalidad delictiva, la acción de «conducir a una persona a la esclavitud o a la servidumbre». En particular, esos dos párrafos 233 y 234 StGB deben su redacción actual a la 37ª Ley de Reforma del StGB, de 11/02/2005 y que protege como bien jurídico para algunos la libertad personal de autodeterminación, disposición o aprovechamiento de la propia capacidad de trabajo, mientras que otros consideran también afectados por tal conducta delictiva los intereses de «el patrimonio y la salud»²⁴¹.

Este ordenamiento diferencia la tipificación de la trata de personas con fines de explotación sexual y la trata de personas con fines de explotación laboral. El StGB tipifica en el §232 el delito de comercio de personas con finalidad de explotación sexual (*Menschenhandel zum Zweck der sexuellen Ausbeutung*), que con carácter anterior a su inclusión en este capítulo se hallaba regulado entre los delitos contra la libertad sexual, si bien, con algunas características que lo distinguen de su actual regulación. El mismo StGB, por otro lado, incluye en el §233 el comercio de personas con finalidad de explotación laboral (*Menschenhandel zum Zweck der Ausbeutung der Arbeitskraft*), si

²⁴¹ *Ibidem.*, pp. 400-401.

La autora detalla cómo fundamentos político-criminales que llevaron a tal redacción: La necesidad de adaptar el ordenamiento a la Decisión Marco de 2002, la regulación anticuada del delito de trata de seres humanos, el objetivo de proteger a los trabajadores y la finalidad de preservar la competitividad de los trabajadores.

bien en el §233a el favorecimiento del comercio humano (*Förderung des Menschenhandels*) se regula conjuntamente.

En último lugar, remarcar que Alemania ha buscado establecer, a través de diversas investigaciones, una perspectiva más amplia del fenómeno delictivo a través del estudio de las víctimas (principalmente mujeres), integrando al mismo tiempo la perspectiva de los tratantes, las personas que contratan los servicios en la explotación, personajes políticos y elementos policíacos²⁴².

B) El delito de trata de seres humanos en Francia

Con la firma por parte del Estado francés del Protocolo de Palermo se publicó la Ley núm. 2003-239 de 18 de marzo de 2003 la cual introdujo en el cap. V del Título II Libro II del Código Penal Francés entre los delitos contra la dignidad de las personas, la sección 1 bis, relativa a la incriminación del delito de trata de seres humanos. La Ley núm. 2007-1631 (*Loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*) establece definitivamente el tipo básico del delito en un único art. 225-4-1 al disponer que *“La trata de seres humanos es el hecho, a cambio de una remuneración o de cualquier otra ventaja o de una promesa de remuneración o de ventaja, de reclutar a una persona, transportarla, transferirla, albergarla o acogerla, para ponerla a disposición de un tercero, incluso no identificado, con el fin bien de permitir la comisión contra esta persona de infracciones de proxenetismo, agresión o atentados sexuales, explotación de la mendicidad, de condiciones de trabajo o de alojamiento contrarias a su dignidad, bien de obligar a esta persona a cometer cualquier crimen o delito. La trata de seres humanos será castigada con pena de siete años de prisión y multa de 15.000 euros”*²⁴³.

²⁴² ALVARADO ALANIS, K. A., “Trata de personas, un fenómeno delictivo transnacional: Alemania e Israel”, *Revista Espiga*, Vol. 17, N° 35, 2018, p. 50.

²⁴³ Código Penal Francés. Mise a jour legifrance a jour au 15 septembre 2003 dernier texte modificateur: loi 2003-495 du 12/06/03 (jo 13/06/03). con el concurso del prof. dr. José Luis de la Cuesta Arzamendi. disponible en: https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/1_20080616_45.pdf

Por su ubicación sistemática, entre los delitos contra la dignidad de las personas, permite identificar el bien jurídico protegido con la dignidad de la persona. Esto se puede afirmar, entendemos, más fácilmente que en el artículo 177 bis 1 del CP español.

Por el contrario, el Código Penal Francés no se refiere a cometer el delito con la finalidad de explotación genérica sino con la finalidad de obtener un beneficio económico y los medios comisivos no se integran como elementos del tipo básico, tal y como se refleja en las definiciones internacionales, sino que constituyen circunstancias agravantes.

Existen varios tipos de agravantes, en primer lugar, aquellas relativas a las características de la víctima incluyéndose dentro de estas aquellos cometidos contra un menor, una persona particularmente vulnerable, un conjunto de personas, una persona que se halla fuera del territorio francés o tras su llegada; en segundo lugar, según el empleo de ciertos medios comisivos como la amenaza, coacción, violencia o maniobras dolosas que conciernan a la víctima, a su familia o a una persona con la que tenga relación habitual; en tercer lugar, aquellos agravantes relativos a las características del autor del delito, es decir, aquellas ocasiones en las que el delito es cometido por un ascendiente legítimo, natural o adoptivo de la víctima de la infracción o una persona que tiene autoridad sobre la misma o que abusa de la autoridad que le confieren sus funciones, o porque es una persona llamada a combatir la trata de seres humanos o a mantener el orden público.

Junto a los anteriores se prevé un tipo cualificado de segundo grado según el cual la pena puede alcanzar los 20 años de prisión y los 3.000.000 euros de multa cuando se comete el delito descrito por un grupo organizado.

Por último, el tipo cualificado de tercer grado, conforme al cual las penas pueden alcanzar la reclusión a perpetuidad o la multa de 4.500.000 euros en aquellos casos en que el delito se cometa aplicando torturas u otros actos de barbarie.

C) El delito de trata de seres humanos en Portugal

Portugal incrimina el tráfico de personas (*Tráfico de pessoas*) en el art. 160 de su Código Penal²⁴⁴, su inciso 1º castiga con pena de prisión de 3 a 10 años a “*quien ofrezca, entregue, reclute, atraiga, acepte, transporte, acoja o reciba a una persona con fines de explotación, incluida la explotación sexual, la explotación laboral, la mendicidad, la esclavitud, la extracción de órganos o la explotación de otras actividades delictivas: a) mediante violencia, secuestro o amenaza grave; b) Mediante artimaña o maniobra fraudulenta; c) Con abuso de autoridad derivado de una relación de dependencia jerárquica, económica, laboral o familiar; d) Aprovecharse de la incapacidad psicológica o de una situación de especial vulnerabilidad de la víctima o (e) obteniendo el consentimiento de la persona que controla a la víctima*”.

El inciso 2º se refiere a los menores, de modo que “*La misma pena se aplicará a quien, por cualquier medio, reclute, atraiga, transporte, acoja o reciba a un menor, o lo entregue, ofrezca o acepte, con fines de explotación, incluida la explotación sexual, la explotación laboral, la mendicidad, la esclavitud, la extracción de órganos, la adopción o la explotación de otras actividades delictivas*” y, prevé una pena más grave, en este caso (menor de edad), cuando se utilicen los medios comisivos a los que se refiere el apartado 1 (inciso 3º) o actúa con carácter profesional o ánimo de lucro.

Continúa, el apartado 4º con las agravantes: *a) Poner en peligro la vida de la víctima; b) especial violencia o daño particularmente grave a la víctima; c) comisión por un funcionario en el ejercicio de sus funciones; d) comisión en el marco de una asociación delictiva; o (e) provocar el suicidio de la víctima*. Esta última, una agravante que no se prevé en el resto de los códigos analizados.

Algunas especialidades, respecto al CP español la encontramos en apartado 5º, según el cual, “*el que, mediante pago u otra contraprestación, ofrezca, entregue, solicite o acepte a un menor, u obtenga o consienta su adopción, será castigado con pena de prisión de uno a cinco años*”, y el 6º que castiga “*al que, teniendo conocimiento de la comisión de un delito previsto en los apartados 1 y 2, utilice los servicios u órganos de*

²⁴⁴ Artigo 160 Código Penal Português. Decreto-Lei n.º 48/95. Diário da República n.º 63/1995, Série I-A de 1995-03-15. Disponible en: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1995-34437675>

una víctima con una pena de uno a cinco años de prisión, si no es aplicable una pena más grave en virtud de otra disposición legal”.

Se incluye dentro de los delitos contra la libertad personal (Libro II, Título I, Capítulo IV)²⁴⁵. Todos los supuestos de trata con independencia de la finalidad de explotación que los guíe se regulan conjuntamente y la legislación portuguesa es muy fiel al concepto de trata de seres humanos dado en Derecho internacional, prácticamente incorpora literalmente a su Derecho interno la definición del Protocolo de Palermo²⁴⁶.

La acción típica se describe en término muy similares al código español *“ofrecer, entregar, reclutar, levantar, aceptar, transportar, alojar o acoger persona para fines de explotación, incluyendo la explotación sexual, la explotación del trabajo, la mendicidad, la esclavitud, la extracción de órganos o la explotación de otras actividades delictivas”*.

Por tanto, la figura delictiva se refiere exclusivamente al “tráfico de adultos”, mientras que el “tráfico de menores” está descrito en el n. 2 del art. 160, del CP, en los siguientes términos: *“La misma pena es aplicada a quien, por cualquier medio, reclutar, levantar, transportar, proceder al alojamiento o acogida de menor, o entregarle, ofrecerle o aceptarle, para fines de explotación, incluyendo la explotación sexual, la explotación del trabajo, la mendicidad, la esclavitud, la extracción de órganos, la adopción o la explotación de otras actividades criminosas”*. El tráfico de personas con el propósito de *“utilizar los servicios o órganos de la víctima es castigado con pena de prisión de uno a cinco años”* (art. 160, n. 6, del CP).

En los supuestos de tráfico de menores de edad la violencia o el fraude se presumen por el tipo penal como en Código Penal español, mientras que en el caso del tráfico de adultos su existencia ha de ser acreditada judicialmente en el proceso criminal.

Otra similitud con el Código Penal español es que en el tipo penal de tráfico no se ha hecho la distinción entre tráfico internacional y tráfico nacional de personas, siendo indiferente para la tipificación de la conducta el hecho de que se trate o no de un supuesto de criminalidad transnacional.

²⁴⁵ Código Penal Portugués Ley n.º 48/95, de 15 de Março

²⁴⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, C. “El delito de trata de personas: análisis del nuevo artículo 177 bis CP desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación”, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, Nº 14, 2010, p. 834.

Como peculiaridad, debemos señalar que el apartado 7 del artículo 160 del CP portugués sanciona con pena de prisión de hasta 3 años conductas como “*retener, ocultar, dañar o destruir documentos de identificación o de viaje*” de persona víctima de tráfico.

Para concluir, es relevante que en el art. 159 del mismo cuerpo legal se incrimina la propia conducta de esclavitud, se condena con prisión de 10 a 15 años el reducir a otra persona a condición o estado de esclavo, por un lado, y a alienar, ceder o adquirir a una persona o poseerla con la intención de mantenerla en estado de condición de esclavo.

D) El delito de trata de seres humanos en Reino Unido

No podemos concluir este epígrafe sin analizar una regulación del sistema de *Common Law*, que si bien, es lejano a nuestro Ordenamiento jurídico, con cimientos en el Derecho Romano, nos permite abrir la mente a diferentes realidades jurídicas quizás, incluso, extrapolables a nuestra regulación.

En el Reino Unido se estableció inicialmente una regulación separada de la trata con finalidad de explotación sexual, que fue la que primero se incorporó al ordenamiento británico, y la trata con finalidad de explotación laboral. La primera se regula en los arts. 57 (*trafficking into the UK for sexual exploitation*), 58 (*trafficking within the UK for sexual exploitation*) y 59 (*trafficking out of the UK for sexual exploitation*) de la Ley de delitos sexuales *Sexual Offences Act* de 2003. La trata con cualquier otra finalidad de explotación, incluida la laboral, se incrimina en el art. 4 de la Ley de asilo e inmigración *Asylum and Immigration Act* 2004.

Por tanto, la Trata de personas para la explotación sexual se regulaba mediante la *Sexual Offences Act* de 2003 en los art. 57 a 60 en los cuales diferencia la trata en función de que la misma implique un movimiento geográfico hacia el interior del territorio británico (*Trafficking Into the UK for sexual Exploitation*, art. 57), en territorio británico (*Trafficking within the UK for Sexual Exploitation*, art. 58), o hacia el exterior de dicho territorio (*Trafficking Out of the UK for Sexual Exploitation*, art. 59)²⁴⁷.

²⁴⁷ Sexual Offences Act de 2003. Disponible en <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/contents> Art. 57. Trafficking into the UK for sexual exploitation. 1. A person commits an offence if he intentionally arranges or facilitates the arrival in, or the entry into, the United Kingdom of another person (B) and either, a) he intends to do anything to or in respect

Resultado de esta regulación es que el Reino Unido únicamente incriminaba en realidad el transporte, manteniendo impunes otras formas comisivas como la recluta, la transferencia, el alojamiento o acogimiento, o la recepción de la persona, creando asimismo una confusión entre la trata de personas y la migración ilegal, tanto por exigir el tránsito transfronterizo como por no demandar ninguno de los medios comisivos contemplados en el concepto normativo internacional de trata que incorpora la Decisión Marco.

Por otro lado, en lo relativo al delito de trata para la explotación laboral, se haya contemplado en el art. 4 de la *Asylum and Immigration Act* (Ley de Asilo e Inmigración) de 2004²⁴⁸ modificado por la *UK Borders Act* (Ley de Fronteras) de 2007²⁴⁹ y tras esta por la vigente *Borders, Citizenship and Immigration Act* (Ley de Fronteras, Ciudadanía e Inmigración) de 2009²⁵⁰. Al igual que en lo relativo a la trata para la explotación, la conducta se estructura en función de que la trata sea con destino a territorio británico (art. 4.1), sea en el ámbito del mismo (art. 4.2) o con destino al exterior (art. 4.3).

of B, after B's arrival but in any part of the world, which if done will involve the commission of a relevant offence, or b) he believes that another person is likely to do something to or in respect of B, after B's arrival but in any part of the world, which if done will involve the commission of a relevant offence. 2. A person guilty of an offence under this section is liable a) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding 6 months or a fine not exceeding the statutory maximum or both; b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 14 years. Art. 58. Trafficking within the UK for sexual exploitation. 1. A person commits an offence if he intentionally arranges or facilitates travel within the United Kingdom by another person (B) and either a) he intends to do anything to or in respect of B, during or after the journey and in any part of the world, which if done will involve the commission of a relevant offence, or b) he believes that another person is likely to do something to or in respect of B, during or after the journey and in any part of the world, which if done will involve the commission of a relevant offence. 2. A person guilty of an offence under this section is liable a) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding 6 months or a fine not exceeding the statutory maximum or both; b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 14 years. Art. 59. Trafficking out of the UK for sexual exploitation. 1. A person commits an offence if he intentionally arranges or facilitates the departure from the United Kingdom of another person (B) and either a) he intends to do anything to or in respect of B, after B's departure but in any part of the world, which if done will involve the commission of a relevant offence, or b) he believes that another person is likely to do something to or in respect of B, after B's departure but in any part of the world, which if done will involve the commission of a relevant offence. 2. A person guilty of an offence under this section is liable a) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding 6 months or a fine not exceeding the statutory maximum or both; b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 14 years.

²⁴⁸ *Asylum and Immigration (Treatment of Claimants, etc.) Act 2004*. Disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/19/contents>

²⁴⁹ *UK Borders Act 2007*. Disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2007/30/contents>

²⁵⁰ *Borders, Citizenship and Immigration Act 2009*. Disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2009/11/contents>

Comete el delito quien dispone o facilita la llegada o la entrada al Reino Unido, el tránsito por el mismo o la salida, bien con la intención de explotarlo en el Reino Unido o en cualquier parte, bien en la creencia de que otra persona puede explotarlo en el Reino Unido o en cualquier parte. Entendiéndose que la persona resulta explotada si resulta ser víctima de una conducta que contraviene las disposiciones del art. 4 CEDH (esclavitud o trabajo forzado), si es alentado, se le requiere o se espera de él que realice una conducta como resultado de la cual él u otra persona pueda cometer un delito de acuerdo con la *Human Organ Transplants Act* (Ley de trasplantes de órganos humanos) de 1989, o es sometido a violencia, amenaza o engaño para inducirlo a prestar servicios de cualquier tipo, a facilitar a otra persona beneficios o a permitirle obtenerlos o, finalmente, si cualquier persona intenta emplearlo para que preste servicios o provea beneficios habiendo escogido a esa víctima en razón de su discapacidad física o mental, su juventud o su relación familiar con él, de manera que cualquier persona que no se hallara en una de esas situaciones podría rechazar la oferta.

Las sanciones imponibles por este delito consisten en la pena de hasta 14 años de prisión o multa en caso de condena por *Indicment* y la pena de hasta 12 meses de prisión o multa que no exceda del máximo estatutariamente establecido o ambos en caso de procedimiento sumario.

Este panorama cambia a partir del Proyecto de ley de esclavitud moderna de 2015 (*Modern Slavery Act*). El proyecto de ley consolida los delitos actuales relacionados con la trata y la esclavitud siguiendo el "enfoque de las 4P" de la Estrategia contra la Delincuencia Organizada y Grave del Gobierno, consistente en localizar a los responsables de la esclavitud moderna y llevarlos ante la justicia a través de una respuesta policial mejorada, con el apoyo de una mejor información e inteligencia (*Pursue*); impedir que las personas participen en la esclavitud moderna mediante medidas disuasorias eficaces (*Prevent*); reforzar la protección contra la esclavitud moderna mediante la sensibilización y aumentando la resistencia y eficacia contra este delito (*Protect*); y reducir el impacto de la esclavitud moderna mediante la mejora del apoyo a las víctimas (*Prepare*)²⁵¹.

²⁵¹ Modern Slavery Act 2015. Disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/contents/enacted/data.htm>

El Proyecto señala como finalidad: Consolidar y simplificar los delitos de esclavitud y trata existentes para proporcionar claridad y enfoque en la investigación y el enjuiciamiento de los traficantes; aumentar la pena máxima disponible de cadena perpetua para que los delincuentes reciban las penas que merecen; introducir órdenes civiles para restringir la actividad de quienes suponen un riesgo; crear una nueva función de Comisionado contra la Esclavitud; establecer la obligación legal de denunciar a las posibles víctimas de la trata a la Agencia Nacional del Crimen (NCA) para construir una imagen más clara de la naturaleza de este delito oculto²⁵².

Prevé la creación de órdenes de prevención de la esclavitud y la trata (STPO) y Órdenes de Riesgo de Esclavitud y Trata (STROs) o *Slavery and Trafficking Prevention Orders (STPOs) and Slavery and Trafficking Risk Orders (STROs)*.

Las órdenes de prevención (STPO) estarán disponibles para las personas que hayan sido condenadas por delitos de esclavitud moderna. Una orden de riesgo (STRO) puede imponerse a una persona que no haya sido condenada por un delito de esclavitud, pero sólo cuando el tribunal considere que la persona representa un riesgo lo suficientemente grave para los demás. El tribunal podrá adaptar las órdenes para abordar los riesgos que plantea el individuo para proteger a la comunidad. Esto puede incluir medidas como la prohibición de trabajar con niños, de trabajar como jefe de banda o de emplear personal, o de viajar a determinados países.

El Proyecto describe en la parte I, en primer lugar, la Esclavitud, servidumbre y trabajo forzado u obligatorio, seguidamente la Trata de seres humanos y en el apartado tercero el significado de la explotación.

Respecto a la esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso dispone que “1) *Una persona comete un delito si (a) mantiene a otra persona en esclavitud o servidumbre y las circunstancias son tales que sabe o debería saber que la persona está sometida a esclavitud o servidumbre, o (b) exige a otra persona que realice trabajos forzados u obligatorios y las circunstancias son tales que sabe o debería saber que la persona es obligada a realizar un trabajo forzoso u obligatorio. 2) En el apartado (1) las referencias*

²⁵² Así el Proyecto de ley del Parlamento Británico sobre la Ley de Esclavitud Moderna de 2015 originado en la Cámara de los Comunes, Sesión 2014-15. Disponible en: <https://bills.parliament.uk/bills/1389>

*a mantener a una persona en esclavitud o servidumbre o exigir a una persona que realice un trabajo forzoso u obligatorio deben interpretarse de conformidad con el artículo 4 del Convenio sobre los Derechos Humanos*²⁵³.

El delito de trata de seres humanos, así como la acción de organizar o facilitar el viaje de otra persona con miras a la explotación se castiga en el artículo 2²⁵⁴ del texto, que es concretada en los siguientes incisos:

1. Una persona comete un delito si organiza o facilita el viaje de otra persona con el fin de que sea explotado.

2. Es irrelevante si la víctima da su consentimiento para el viaje (si es un adulto o un niño).

3. En particular, una persona puede organizar o facilitar el viaje de reclutando a, transportando o transfiriendo, albergando o recibiendo, o transfiriendo o intercambiando el control sobre la víctima.

4. Una persona organiza o facilita el viaje de V con miras a que V sea explotado: a) solo si la persona tiene la intención de explotar V en cualquier parte del mundo durante o después del viaje; b) la persona sabe o debe saber que es probable que otra persona explote V en cualquier parte del mundo durante o después del viaje.

²⁵³ Modern Slavery Act 2015. Part I. 1 Slavery, servitude and forced or compulsory labor (1) A person (“P”) commits an offence if— (a) P holds another person in slavery or servitude and the circumstances are such that P knows or ought to know that the person is held in slavery or servitude, or (b) P requires another person to perform forced or compulsory labour and the circumstances are such that P knows or ought to know that the person is being required to perform forced or compulsory labour. (2) In subsection (1) the references to holding a person in slavery or servitude or requiring a person to perform forced or compulsory labour are to be construed in accordance with Article 4 of the Human Rights Convention.

²⁵⁴ Modern Slavery Act 2015. Part I. 2. Human trafficking: (1) A person (“P”) commits an offence if P intentionally arranges or facilitates— (a) the arrival in, or entry into, the United Kingdom or another country of another person (“V”), (b) the departure of V from the United Kingdom or another country, or (c) the travel of V within the United Kingdom or another country, with a view to V being exploited. (2) It is irrelevant whether V consents to the arrival or entry, the departure or the travel. (3) P’s arranging or facilitating is with a view to V being exploited only if— (a) P intends to exploit V (in any part of the world) after the arrival or entry, after the departure, or during or after the travel, or (b) P believes that another person is likely to exploit V as mentioned in paragraph (a). (4) A person who is a UK national commits an offence under this section regardless of— (a) where the arranging or facilitating takes place, or (b) which country is the country of arrival, entry, departure or travel. (5) A person who is not a UK national commits an offence under this section if— (a) any part of the arranging or facilitating takes place in the United Kingdom, or (b) the United Kingdom is the country of arrival, entry, departure or travel.

5. El viaje se define como: a) Al llegar o ingresar a cualquier país; b) Saliendo de cualquier país; o c) Viajar dentro de cualquier país.

6. Una persona que tiene la nacionalidad del Reino Unido comete un delito independientemente de dónde se lleve a cabo la organización o facilitación, o dónde se lleve a cabo el viaje.

7. Una persona que no es un ciudadano del Reino Unido comete un delito si cualquier parte de la organización o facilitación se lleva a cabo en el Reino Unido, o si el viaje consiste en la llegada, entrada, salida o viaje dentro del Reino Unido.

La sección 3 define el significado de explotación a los efectos de la sección 2:

A los efectos del artículo 2, una persona es explotada sólo si se aplican uno o más de las subsecciones siguientes en relación con la persona.: Esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso u obligatorio; Explotación sexual; Extracción de órganos, etc.

Se trata de un delito en ambas direcciones y, en caso de condena sumaria, está sujeto a doce meses de prisión y / o una multa ilimitada. En caso de condena en acusación, es cadena perpetua.

La Sección 4 de la Ley sobre la esclavitud moderna de 2015 tipifica como delito la comisión de cualquier delito con la intención de cometer un delito de trata de personas en virtud de la sección 2. Esto incluye un delito cometido mediante ayuda, complicidad, asesoramiento o procuración de un delito en virtud de la sección 2. El delito también incluirá actividades como suministro de documentos falsos que se utilizarán para facilitar la trata. El delito se describe lo suficientemente amplio como para abarcar cualquier delito cometido mediante la complicidad, el asesoramiento o la obtención de un delito de trata.

Se trata de un delito en ambas direcciones y, en caso de condena sumaria, está sujeto a doce meses de prisión y / o una multa ilimitada. Al ser declarado culpable de acusación formal, la pena máxima es de diez años de prisión. Sin embargo, cuando el delito implica un falso encarcelamiento o un secuestro, es cadena perpetua.

Para los delitos de trata con fines de explotación sexual que ocurrieron antes del 31 de julio de 2015, pero después del 13 de abril de 2013, se debe aplicar la siguiente legislación: Trata de personas con fines de explotación sexual: artículo 59A de la Ley de delitos sexuales de 2003, que veíamos al principio del epígrafe.

Para los delitos de trata con fines de explotación sexual que ocurrieron antes del 13 de abril de 2013, se debe aplicar la siguiente legislación: Trata al Reino Unido con fines de explotación sexual: artículos 57, 58 y 59 de la Ley de delitos sexuales de 2003.

Para los delitos de trata para todas las demás formas de explotación (explotación no sexual) que ocurrieron antes del 31 de julio de 2015, se debe utilizar la siguiente legislación: Trata de personas con fines de explotación laboral y de otro tipo: sección 4 de Asilo e inmigración de 2004.

En circunstancias en las que la víctima no haya sido objeto de trata, o no se pueda demostrar que el elemento de la trata cumple las normas penales, los fiscales deben considerar el delito de "mantener a otra persona en esclavitud o servidumbre" o "exigirle que realice trabajo forzoso u obligatorio" en virtud del artículo 1 Ley de esclavitud moderna de 2015 o, si es anterior al 31 de julio de 2015, el artículo 71 de la Ley de forenses y justicia de 2009²⁵⁵.

3. Valoraciones finales

Países como Francia o Gran Bretaña se alejan de las definiciones contempladas en el Protocolo de Palermo, por ejemplo, en el caso de Francia, el art. 225-4-1 no se refiere a los medios que contempla la definición internacional. Otros, como Portugal y España, contienen una traducción casi literal del mismo.

Los ordenamientos analizados pueden clasificarse conforme a dos tipos. De un lado, aquellos que incriminan junto a la trata, que representa el camino hacia la esclavización, la acción misma de esclavizar. De otro, aquellos otros que únicamente incriminan la trata, sin perjuicio de que la efectiva explotación de la persona pueda constituir un delito distinto de aquellos contemplados junto a la trata, pero en todo caso con diferente ubicación a la de la trata en el Código Penal. Al primero de los grupos pertenece Alemania, en que tanto el delito de comercio humano con fines de explotación sexual como el que lo es con fines de explotación laboral requieren la efectiva explotación, constituyen sendos delitos de resultado, mientras la conducta de trata

²⁵⁵ <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/human-trafficking-smuggling-and-slavery>
<https://www.gov.uk/government/collections/modern-slavery-bill>

propriadamente dicha se incrimina a través del delito de favorecimiento del comercio humano del §233a. También a este pertenece el Código penal italiano, que junto a la trata en el art. 601 CP, mantiene un delito histórico convenientemente adaptado para abarcar los supuestos de nueva esclavitud, cual es el delito previsto en el art. 600 CP.

Por su parte, el art. 159 del Código Penal portugués prevé el delito de esclavitud, si bien en términos mucho más restrictivos que el homólogo del Código penal italiano. Al segundo de los grupos pertenecen tanto Francia como España, pues ninguno de estos ordenamientos jurídicos prevé junto al delito de trata de personas la incriminación específica de la propia explotación, con lo que para incriminar estas conductas habrá que intentar encajarlas en los grupos de delitos protectores del interés jurídico ulteriormente lesionado o puesto en peligro cuando la explotación se verifica. Así, por ejemplo, delitos contra la libertad sexual, explotación de la prostitución ajena, y contra los derechos de los trabajadores, en el caso del ordenamiento penal español²⁵⁶.

Esta clasificación entre países nos ha abierto los ojos ante nuevas posibilidades de regulación, pues nos preguntamos cuál es la postura correcta al abordarla, si es conveniente o no que el ordenamiento jurídico incrimine de forma específica las conductas que constituyen la explotación, cuestión que abordamos más adelante por su relevancia.

²⁵⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, C. “El delito de trata de personas: análisis del nuevo artículo 177 bis CP desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, N° 14, 2010, p. 834 y 835.

CAPÍTULO III.-

ANÁLISIS SISTEMÁTICO DEL DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL (ART. 177 BIS)

I. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS EN ESPAÑA

La existencia en el ámbito internacional de un Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas especialmente mujeres y niños y, otro, contra el Tráfico de migrantes por Tierra, Mar y Aire, ya ponía de manifiesto la intención de regular estos fenómenos de manera autónoma, así como el consenso a nivel internacional de separar dos fenómenos, la trata de seres humanos (*trafficking in persons*) y el tráfico ilícito de personas o inmigración irregular (*smuggling of migrants*), que aunque estrechamente relacionados, deben ser conceptuados como dos fenómenos criminales distintos, pues, como veremos están destinados a proteger bienes jurídicos distintos.

Las primeras normas que abordaron la trata de seres humanos en el Derecho penal español contemporáneo fueron los arts. 452 bis y 499 bis del Código penal de 1973, que siguiendo los pasos marcados por la ONU diferenciaban entre “trata sexual” y “trata laboral”.

Respecto a la trata sexual, se encuadraba vagamente en el art. 452 bis a) 1º CP ‘73, que disponía penas de prisión menor en grado máximo y multa a quien “*cooperare o protegiera la prostitución de una o varias personas, dentro o fuera de España o su recluta de la misma*”²⁵⁷. El citado precepto mostraba un claro enfoque abolicionista de la prostitución, al pretender sancionar todo tipo de intervención de un tercero en el trabajo

²⁵⁷ 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 (Vigente hasta el 05 de Julio de 2010).

El Art. 452 bis a) disponía *que incurrirán en las penas de prisión menor en su grado máximo, multa de 100.000 a 500.000 pesetas e inhabilitación absoluta para el que fuere autoridad pública o agente de ésta y especial para el que no lo fuere:*

1. ° *El que cooperare o protegiera la prostitución de una o varias personas, dentro o fuera de España, o su recluta para la misma.*

2. ° *El que por medio de engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad u otro medio coactivo determine, a persona mayor de dieciocho años, a satisfacer deseos sexuales de otra.*

3. ° *El que retuviere a una persona, contra su voluntad, en prostitución o en cualquier clase de tráfico inmoral.* Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1973-1715>

[ÚLTIMA VISITA 27-02-2020]

sexual adulto, con independencia de que éste fuese voluntario o forzado. Además, incriminaba únicamente la recluta como acción de trata de seres humanos, equiparándola al proxenetismo²⁵⁸.

Por su parte, el art. 499 bis CP tipificaba ciertas conductas delictivas relacionadas con la inmigración. Su apartado 3º disponía que “*el que trafique de cualquier manera ilegal con la mano de obra e intervenga en migraciones laborales fraudulentas, aunque de ello no se derive perjuicio para el trabajador*”.

El art. 452 bis a) 1º del antiguo Código penal, donde se castigaba a quien “cooperaré o protegiera la prostitución...” desaparece en el Código penal de 1995, quedando solo como punibles entre las formas de favorecimiento de la prostitución entre adultos las que supusieran un actuar coactivo, fraudulento o abusivo, lo que generaba un vacío punitivo importante²⁵⁹.

Es importante analizar la trayectoria legislativa que ha tenido el fenómeno para entender las respuestas que el Estado ha ido dando a una conducta tan reprochable.

1. El delito de trata en la LO 10/1995, de 23 de noviembre.

El interés del legislador español por adaptar nuestras normas, en lo que se refiere a las figuras de la trata y el tráfico ilegal de personas, al Derecho Comunitario e Internacional se reflejó en las modificaciones que se llevaron a cabo partir del Código penal de 1995 y, especialmente, desde la aprobación de la LO 11/1999, de 30 de abril —

²⁵⁸ Sobre esta regulación abolicionista véase DAUNIS RODRÍGUEZ, A. “El delito de trata de seres (...)”, Op. cit. p. 56.

²⁵⁹ Así, el artículo 188 antes de la reforma de 1999 establecía:

“1. *El que determine, coactivamente, mediante engaño o abusando de una situación de necesidad o superioridad, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, será castigado con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses. 2. Incurrirán, además, en la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años, los que realicen las conductas descritas en el apartado anterior prevaliéndose de su condición de autoridad pública, agente de esta o funcionario público. 3. Si aquellas conductas se ejercieren sobre persona menor de edad o incapaz, se impondrá la pena superior en grado.*” Por lo tanto, ninguna referencia se contenía a las conductas de prostitución forzada derivada del tráfico de personas. Esta ausencia se justifica por MAQUEDA ABREU en la idea del legislador de no castigar conductas de prostitución libremente aceptadas. Vid., MAQUEDA ABREU, M.L., MAQUEDA ABREU, M. L., *El Tráfico sexual de personas*, 1ª Edición, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 28 y 29.

que introduce el tráfico de personas para su explotación sexual — se inicia el camino de reformas en la materia.

A partir del Protocolo de Palermo de 2000, el legislador intenta justificar las reformas de nuestro texto penal en las supuestas exigencias de una u otra Acción Común, Directiva o Decisión Marco de la Unión Europea (cuya culminación recae en la Directiva 2011/36/UE).

La LO 11/1999 (por la que se introduce el apdo. 2º del art. 188 y se reforman los arts. 312, 132 CP y 23 LOPJ), dice basarse en la Acción Común relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños de 29 de noviembre de 1996, aunque lo hace con cierta confusión, pues refiriéndose a la Acción Común 96/700/JAI de 29 de noviembre de 1996²⁶⁰, se basa realmente en la Acción Común 97/154/JAI de 24 de febrero de 1997²⁶¹, adoptada por el Consejo de la Unión Europea por virtud de Resolución 1099 (1996) aprobada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

A la vista de lo que según la Acción Común debía regularse, con la introducción del art.188.2 se satisfacían buena parte de sus requerimientos, puesto que la explotación sexual ya podía considerarse suficientemente incriminada a través de los delitos sexuales del Título VIII. Lo único que parecía faltar, era castigar el tráfico para la explotación sexual. Eso es lo que hizo la LO 11/1999 por la que se introdujo el tráfico para la explotación sexual en el Título VIII, con el matiz de ubicarlo entre los delitos relativos a prostitución y corrupción de menores, lo que hasta el traslado al Título XV bis, ha condicionado su interpretación²⁶².

Con esta reforma, el art. 188.2 CP pasa a castigar con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses al que “*directa o indirectamente*

²⁶⁰ Acción Común 96/700/JAI, de 29 de noviembre de 1996 adoptada por el Consejo, por la que se establece un programa de estímulo e intercambios destinado a los responsables de la acción contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños (DOUE L 322 de 12/12/1996).

²⁶¹ Acción Común 97/154/JAI, de 24 de febrero de 1997 adoptada —igualmente—por el Consejo, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños (DOUE L 063 de 04/03/1997).

²⁶² CUGAT MAURI, M., “La trata de seres humanos: la universalización del tráfico de personas y su disociación de las conductas infractoras de la política migratoria (arts. 177 bis, 313, 318 bis)”, en Quintero Olivares, G. (Dir.), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Edit. Aranzadi, 2010, p. 80.

favorezca la entrada, estancia o salida del territorio nacional de personas, con el propósito de su explotación sexual, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima". Esta conducta era castigada con la pena superior en grado, según el art. 188.4 CP, si se realizaba *"sobre persona menor de edad o incapaz, para iniciarla o mantenerla en una situación de prostitución"*.

Hasta el año 2000, la criminalización de la trata, tanto laboral como sexual, no presentaba autonomía e independencia propias, sino que se encontraba difuminada en varios preceptos del Código penal, donde se mezclaban y confundían distintos intereses de protección, lo que, a lo sumo, significaba una protección adelantada de los bienes jurídicos libertad sexual y derechos de los trabajadores, pero no de la dignidad humana²⁶³. A través de la LO 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, se incorporó al Código penal el Título XV bis, denominado como Delitos contra los Derechos de los Ciudadanos Extranjeros, compuesto por un único precepto, el art. 318 bis CP, que viene a sancionar el tráfico de personas. Un importante sector de la doctrina y algunos pronunciamientos jurisprudenciales realizaron profundos esfuerzos para dotar de un adecuado contenido material a la prohibición recogida en el art. 318 bis CP, identificando en la misma un ataque a los derechos de los ciudadanos extranjeros y/o su dignidad²⁶⁴.

No obstante, la modificación del Código Penal se produce con ocasión de la modificación de la ley de extranjería por la LO 8/2000, de 22 de diciembre, y posteriormente por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, y por la LO 14/2003, de 20 de noviembre. Parece claro que estos nuevos delitos se dictan en clave de extranjería y de política migratoria, como instrumentos jurídico-penales al servicio del control fronterizo del tránsito de personas y de lucha contra la inmigración clandestina²⁶⁵. La respuesta

²⁶³ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., "El delito de trata (...)", Op. Cit., p. 59.

²⁶⁴ Apuntaban a los derechos de los ciudadanos extranjeros como objeto de protección de la norma, entre otros, SERRANO PIEDECASAS, J. R., "Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros", en AA.VV., *El extranjero en el Derecho penal sustantivo y procesal (adaptado a la nueva ley orgánica 4/2000)*, Manual de Formación Continua, Edit. CGPJ, 1999, p. 385. RODRÍGUEZ MESA, M. J., *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Edit. Tirant lo Blanch, 2001, pp. 45 y ss. SAÍNZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E., *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Edit. Atelier penal, 2002, p. 70. PÉREZ FERRER, F., *Análisis dogmático y político-criminal de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Dykinson, Madrid, 2006, [Recurso electrónico].

²⁶⁵ DE LEÓN VILLALBA, F. J., "Tráfico (...)", Op. Cit., p.214.

penal se concretaba, por tanto, en el art. 313 que sancionaba la inmigración clandestina o tráfico con fines de explotación laboral, el art. 188.2 que sancionaba la trata o tráfico con fines de explotación sexual en el ejercicio de la prostitución y el art. 318 bis.1 que sancionaba el tráfico en sentido propio. Sin embargo, los problemas que presentaba eran varios: excluía aparentemente a los españoles, con la referencia a tráfico ilegal parece tipificarse el *Trafficking* o *Smuggling*, es decir, el contrabando de inmigrantes que se refiere a la contribución al tráfico ilícito de fronteras y no al comercio y, se castigaban todas las formas de tráfico para la inmigración, emigración y tránsito.

La LO 11/ 2003 de 29 de septiembre introduce cambios importantes en el ámbito punitivo, como consecuencia de la presencia de las dos importantes Decisiones Marco: la de 19 de julio de 2002 (2002/629/JAI) y la 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 de irregulares (2002/946/JAI).

La primera, supone la derogación de la Acción común de 1997, en la parte relativa a la lucha contra la trata de seres humanos (art. 11), por lo que recoge y aumenta los fines previstos en aquella, atendiendo a la futura ampliación de la Unión²⁶⁶. Es por ello, que en este instrumento se renueva el compromiso de los Estados miembros para adoptar medidas comunes en la lucha contra la trata con fines de explotación laboral y sexual. En esta línea, se establecen las siguientes directrices generales: El artículo 2 define las conductas de trata a tipificar, incluyendo los supuestos de auténtica “compraventa” de seres humanos, el artículo 3 establece la necesidad de castigar las conductas de inducción y de participación, así como las formas de ejecución incompleta y el artículo 4 indica las pautas para el establecimiento de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, incluidas las penas privativas de libertad, la máxima de las cuales no podrá ser inferior a seis años” y para la previsión de tipos agravados, que no podrán tener penas máximas inferiores a diez años²⁶⁷.

²⁶⁶ Decisión marco del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos 2002/629/JAI.

²⁶⁷ LLORIA GARCÍA, P. “Apuntes sobre la evolución normativa internacional en materia de trata de personas con fines de explotación sexual” en Serra Cristóbal, R. (Coord.), *Prostitución y Trata: marco jurídico y régimen de derechos*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 316-317.

La Exposición de motivos dispone que el nuevo texto contiene un importante aumento de la penalidad al respecto, estableciendo que el tráfico ilegal de personas -con independencia de que sean o no trabajadores- será castigado con prisión de cuatro a ocho años. Con ello, 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. En aras a una efectiva protección de las personas mediante la prevención de este tipo de conductas, se agravan las penas cuando el tráfico ilegal, entre otros supuestos, ponga en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas, o la víctima sea menor de edad o incapaz²⁶⁸. Las modificaciones que produce son las siguientes:

1º Ampliación del tipo al castigar las conductas participativas de favorecimiento “directo o indirecto”. Incremento de la pena de prisión prevista para este delito, que pasa de seis meses a tres años a una pena de cuatro a ocho años de prisión.

2º Introducción de la “inmigración clandestina de personas” junto al tráfico ilegal de personas en el tipo básico, como los dos hechos que pueden resultar promovidos o favorecidos por la acción de ayuda.

3º El tráfico ilegal de personas con fines de explotación sexual pasa a convertirse en un tipo agravado (art. 318 bis.2 CP) con respecto al tráfico ilegal y a la inmigración clandestina de personas previstas en el tipo básico.

El resto de las modificaciones introducidas por la LO 11/2003 afectan a los tipos agravados que se pueden aplicar sobre el tipo básico de tráfico ilegal o de inmigración clandestina de personas (art. 318 bis.1 CP) o sobre el tipo agravado con fin de explotación sexual (art. 318 bis.2 CP).

El nuevo marco penal previsto para el delito de tráfico ilegal de personas pasó, en virtud de la Ley Orgánica 11/2003 de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, de 6

²⁶⁸ Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-18088> [ÚLTIMA VISITA: 27-02.2020]

meses a 3 años a verse aumentado de 4 a 8 años de prisión²⁶⁹. Dicho incremento punitivo por sí sólo criticable si atendemos al bien jurídico efectivamente protegido se ve agravado por el mantenimiento del art. 313.1 CP cuya pena prevista era de dos a cinco años cuando la promoción de la inmigración clandestina tuviese como objeto del delito a trabajadores. Si este concurso de normas se resolviese acudiendo al principio de especialidad (art. 8.1 CP) se produciría un injustificable privilegio punitivo cuando la persona objeto de la conducta típica pudiese ser identificada como trabajador. Ante esta situación la doctrina acudió al principio de alternatividad (8.4 CP) para solucionar el concurso de leyes, dando preferencia a la aplicación del art. 318 bis CP al ser éste el delito con las penas más elevadas²⁷⁰.

2. Introducción del tipo tras la LO 5/2010, de 22 de junio.

El Preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal establece que: *“el tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina que contenía el artículo 318 bis resultaba a todas luces inadecuado, en vista a las grandes diferencias que existen entre ambos fenómenos delictivos. la separación de estas dos realidades resulta imprescindible tanto para cumplir los mandatos de los compromisos internacionales como para poner fin a los constantes conflictos interpretativos”*²⁷¹.

²⁶⁹ Incremento punitivo que fue objeto de crítica así en CARMONA SALGADO, C., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I). Consideraciones generales sobre el Título VIII, Libro II del Código Penal. Agresiones y abusos sexuales”, en (Dir.) Zugaldía Espinar, J. M., *La nueva regulación del tráfico ilegal de personas con fines de explotación sexual según la LO 11/2003*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007. pp. 222 y ss.

²⁷⁰ Tanto la jurisprudencia como la doctrina optaron inicialmente por acudir al principio de especialidad, pues en un primer momento las penas previstas en el art. 313.1 CP eran más elevadas. Vid. FGE, Instrucción 1/2002, de 19 de febrero, sobre aspectos civiles, penales y contencioso- administrativos de la intervención del Fiscal en materia de extranjería. Esta situación se mantuvo hasta la reforma realizada en 2003. Vid. SERRANO-PIEDRACASAS, “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos (...)”, Op. cit., p.393.; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, “La protección contra la discriminación del extranjero en el Código penal”, p.356; SÁINZ CANTERO CAPARRÓS, J. E., “Sobre la actual configuración de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en Carbonell Mateu, J. C., Del Rosal Blasco, B., Morillas Lueva, L., Orts Berenguer, E. y Quintanar Díez, M. (Coord.) *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Edit. Dykinson, Madrid, 2005. p. 127.

²⁷¹ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-9953>

El nuevo Código crea el Título VII bis bajo la rúbrica “la trata de seres humano”, el nuevo Art. 177 bis 1 dispone que:

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

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

b) La explotación sexual, incluida la pornografía.

c) La extracción de sus órganos corporales.

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 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.

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”.

La ubicación del precepto es a nuestro juicio es correcta, entre las torturas y los delitos contra la integridad moral y los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Ello indica la intención de aclarar definitivamente que el nuevo precepto protege bienes jurídicos de carácter personal, esencialmente la dignidad de la persona humana y un avance de las barreras de protección respecto de otros delitos de explotación (laboral o sexual).

El Proyecto de Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio justifica la introducción del precepto que se analiza atendiendo esencialmente a dos motivaciones: el cumplimiento de los mandatos derivados de los compromisos internacionales y la voluntad de poner fin a los constantes conflictos interpretativos²⁷².

Los cambios que se aprecian son los siguientes: Modificación penológica necesaria por incumplimiento del mandato europeo; la sustitución del término “traficare con personas” por “tratare con personas”; la adición de medios comisivos que anulen o limiten la voluntad decisoria del menor; la supresión de la agravante que prevé que la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad o situación y, respecto a las organizaciones criminales, la Exposición de Motivos del Proyecto, al justificar la inclusión del nuevo art. 177 bis, explica que se pretende criminalizar autónomamente el delito de trata de personas, relacionado o no con la delincuencia organizada. Procede, pues, entender que el tipo básico es, a estos efectos, el no relacionado con la criminalidad organizada y que esta, en sentido estricto, es la que puede justificar la agravación.

²⁷² TERRADILLOS BASOCO, J.M./ PORTILLA CONTRERAS, G./ POMARES CINTAS, E./ GUARDIOLA LAGO, M.J., “Trata de seres humanos: Art. 177 bis CP” en Manjón-Cabeza Olmeda, A., Ventura Püschel, A. (Coord.); Álvarez García, F. J. (Dir.), González Cussac, J. L. (Dir.), *Consideraciones a propósito del proyecto de ley de 2009 de modificación del Código Penal: (conclusiones del Seminario interuniversitario sobre la reforma del Código Penal celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid)*, Edit. Tirant lo Blanch, 2010, pp. 196-197.

En cuanto a la comisión del delito de trata de seres humanos por personas jurídicas, el Proyecto únicamente prevé la aplicación de dos sanciones: la clausura temporal de los locales y establecimientos y la multa igual a las personas físicas. Ello incumple la decisión Marco 2002/629/JAI, puesto que en esta se prevé que puedan acordarse otras sanciones²⁷³.

3. Modificación del delito de trata por la LO 1/2015, de 30 de marzo

Como mejoras técnicas incluidas en el tipo básico del delito de trata de seres humanos, cabe diferenciar, en primer lugar, aquellas que afectan a la acción en que el delito consiste. En segundo término, las afectantes a los medios comisivos que cabe emplear para la realización de la conducta delictiva. Finalmente, las referidas a las finalidades de explotación que puede tener el tratante

Con la aprobación más reciente de la LO 1/2015, de 30 de marzo, –motivada por la necesidad de introducir mejoras técnicas por imprecisiones que se habían detectado–, se introduce una modificación parcial de los apartados primero y cuarto (letras a y b) del artículo 177 bis CP. Como indica el Preámbulo de la Ley, la reforma lleva a cabo *“una completa transposición de la normativa europea. En concreto, dentro de las formas de comisión del delito se incluye la entrega o recepción de pagos para obtener el consentimiento de la persona que controla a las víctimas, o la trata con la finalidad de concertar matrimonios forzados. También se tipifica la explotación con la finalidad de que las víctimas cometan actos delictivos para los explotadores, se delimita el concepto de vulnerabilidad, conforme al texto de la directiva europea y se agrava la pena para los supuestos de creación de peligro de causación de lesiones graves”*.

Nuestro legislador al redactar el art. 177 bis, en los términos que ya recogía el Proyecto de Reforma del Código Penal de 2009, acepta la recomendación que el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) hace en su Informe sobre el Anteproyecto de Reforma del CP, cuando señala que es *“necesario que el tipo penal refuerce la vinculación dolosa de todas las conductas con el tráfico de personas, de tal forma que el peso central de la conducta típica no recaiga en las acciones de captar, alojar, recibir, o acoger, sino,*

²⁷³ Ídem.

precisamente en la de traficar con personas. La captación, transporte, traslado, acogida, recepción o alojamiento, a los que se refiere el Anteproyecto de 2008 deben ser descritas, por tanto, como formas concretas de traficar [tratar] con personas»²⁷⁴.

II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL ART. 177 BIS 1 CP

Conforme al principio del *Bien Jurídico* solo deben protegerse penalmente los bienes jurídicos. El derecho penal ha de justificarse, como señala Mir Puig, en tanto sistema de protección de la sociedad, concluyendo que, un Estado social y democrático, solo deberá amparar como bienes jurídicos condiciones fundamentales de la vida social, en la medida en que afectan a las posibilidades de participación de los individuos en el sistema social²⁷⁵. Y es que los «*bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema*»²⁷⁶. El concepto de bien jurídico se utiliza por la doctrina penal en dos sentidos distintos: a) en el sentido político-criminal (*de lege ferenda*) de lo único que merece ser protegido por el Derecho penal (en contraposición, sobre todo, a los valores solamente morales) y b) en el sentido dogmático (*de lege lata*) de objeto efectivamente protegido por la norma penal vulnerada de que se trate²⁷⁷. Se ha llegado a hablar del dogma del bien jurídico protegido, de modo que sería rechazable todo precepto del que no pudiera decirse que pena conductas que lesionan o pongan en peligro un bien jurídico²⁷⁸.

Se nos presenta como necesario la determinación del bien jurídico penal del art. 177 bis CP como elemento indispensable para garantizar una política criminal racional y

²⁷⁴ Consejo General del Poder Judicial (2008), *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal*, de 2008, pp. 92-93.

²⁷⁵ Sobre el bien jurídico como límite del *Ius puniendi* MIR PUIG, S., “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *Ius puniendi*”, *Estudios penales y criminológicos*, n.º 14, 1989-1990.

²⁷⁶ ROXIN, C., “Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito”. Traducción de la 2da. Edición alemana y notas de Luzón-Peña, Díaz y García Conlledo y De Vicente Remesal. Edit. Civitas, Madrid, 1997. Pág. 56.

²⁷⁷ Los dos sentidos que la doctrina da al bien jurídico en MIR PUIG, S., *Derecho penal parte general*, 8ª Edición, Edit. Reppertor, Barcelona, 2006, p.160.

²⁷⁸ Sobre el dogma del bien jurídico protegido véase DÍEZ RIPOLLES, J.L., “El bien jurídico protegido en el derecho penal garantista”, *Jueces para la Democracia*, n.º 30, 1997, p. 18.

un Derecho penal garantista. Son esenciales, en este punto, las opiniones doctrinales que surgieron sobre el bien jurídico protegido en el anterior artículo 318 bis antes de la reforma de 2010, ya que algunas de estas opiniones pueden ayudarnos a entender cuál es el bien jurídico protegido en el nuevo delito de trata de seres humanos previsto en el art. 177 bis CP.

La determinación del bien o bienes jurídicos a proteger con los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros tipificados en el art. 318 bis CP presentaba y presenta múltiples dificultades, ya que la opinión de la doctrina no es, en absoluto, unánime. Encontramos diferentes posturas, los que ven como bien jurídico protegido intereses supraindividuales—como el interés del Estado en controlar los flujos migratorios—, los que vinculan el bien jurídico con intereses individuales— dignidad, integridad moral, seguridad de las personas— y, los que entienden que son varios los intereses jurídicos en juego y, por tanto, estamos ante un delito de carácter pluriofensivo.

No obstante, debemos tener en cuenta que, aunque el Derecho penal distingue entre delitos contra las personas —que atacan directamente a los bienes jurídicos individuales— y delitos contra la sociedad—que atacan a los bienes jurídicos comunitarios, al orden social o estatal establecido—, esta distinción no debe entenderse, sin embargo, como una concepción dualista del bien jurídico, por la que se contraponen los bienes jurídicos individuales a los «supraindividuales». La convivencia pacífica, asegurada por un orden social o estatal adecuado, es también un bien jurídico del individuo, en tanto es la única forma de que éste pueda autorrealizarse.

El penalista tiene que elaborar un concepto material, no simplemente formal, de bien jurídico que, comparado con las concepciones extrajurídicas, le permita una función crítica de los bienes jurídicos protegidos por el legislador. Pero esta función crítica no se debe limitar solo a los bienes jurídicos protegidos, sino también al modo de protegerlos, para desembocar finalmente en una función político-criminal que determine qué bienes jurídicos deben protegerse y cómo deben protegerse por la norma penal²⁷⁹. Se hace necesario un análisis pormenorizado de los bienes de carácter social y personal que han

²⁷⁹ Sobre la función crítica MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. “Derecho penal: Parte General”. 10ª Edición, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p.47.

sido contemplados por los distintos autores como bienes jurídicos protegidos en la evolución normativa del delito de trata de seres humanos.

Indagando en la doctrina, vemos que son dos las opciones que generalmente sostiene y que a continuación analizamos, pero además si tenemos en cuenta la exigencia de un elemento subjetivo, como es la finalidad de explotación, ya sea sexual, laboral o extracción de órganos, pueden ser otros los bienes jurídicos afectados como la libertad sexual, los derechos laborales o la integridad física. Así, por ejemplo, respecto al primero, la libertad sexual, debemos tener en cuenta que ante los diversos cambios legislativos la cuestión del bien jurídico protegido se ve enormemente oscurecida y cambiante. La discusión en torno al tratamiento jurídico de los delitos de prostitución y tráfico de personas excede del ámbito estrictamente penal y se halla en estrecha relación con la concepción o modelo del que se parta y que puede ir desde la tesis liberal pura para la cual la prostitución es un asunto individual y, por tanto, el Estado no debe intervenir en absoluto (modelo de liberalización máxima), hasta la tesis prohibicionista extrema según la cual se debe incriminar incluso la prostitución en cuanto tal (modelo prohibicionista), pasando por modelos intermedios como el abolicionista según el cual la prostitución no es delito (la prostitución es oficialmente “ignorada”) pero se incriminan las conductas de terceros relacionadas con la prostitución ajena, o el modelo reglamentista que parte de que a la prostitución se unen problemas sanitarios, de orden público, laborales, etc. y, por tanto, si se ejerce libremente, debe estar regulada, reglamentada, incriminándose determinadas conductas de terceros atentatorias contra la libertad²⁸⁰. Todos los “efectos colaterales” de la explotación que implica el delito de trata de seres humanos van a incidir en la determinación de los bienes jurídicos que se pretenden y los que se deberían tutelar.

Si bien entendemos que los bienes jurídicos son todos supraindividuales, en la medida que la lesión de bien individual va a tener repercusión indirecta en el ámbito supraindividual o colectivo, utilizaremos esta clasificación para una mejor comprensión como la más habitualmente utilizada desde el punto de vista de *lege lata*.

²⁸⁰ ALONSO ÁLAMO, M. ‘¿Protección penal de la dignidad? a propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual’, *Revista Penal*, 2007, pp. 8 y ss.

1. Bienes jurídicos individuales

1.1. La dignidad como bien jurídico penal

El art. 177 bis se incardina dentro del Título VII bis, bajo la rúbrica «De la trata de seres humanos». Por su ubicación sistemática supone para la mayor parte de la doctrina un delito en el que prevalece la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren²⁸¹. Pero el Legislador no siempre realiza una correcta identificación del bien jurídico penal tutelado.

Ya en relación con el art. 318 bis CP, antes de la reforma operada por la Ley 11/2003, había autores que defendían que el bien jurídico protegido en el delito era la dignidad humana. GARCÍA ARÁN decía que el extranjero en situación de clandestinidad puede verse afectado en su salud, su libertad, integridad física, etc., derechos que

²⁸¹ Esta postura la encontramos en abundante doctrina, véase en este sentido BAUCELLS LLADÓS, J. “El tráfico ilegal de personas para su explotación sexual” en RODRIGUEZ MESA, M.L y RUIZ RODRÍGUEZ, L.R. *Inmigración y sistema penal: Retos y Desafíos para el s. XXI*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p.181., CUGAT MAURI, M. “La trata de seres humanos: la universalización del tráfico de personas y su disociación de las conductas infractoras de la política migratoria (arts. 177 bis, 313, 318 bis)”, en Quintero Olivares, G. (Dir.), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Edit. Aranzadi, 2010. p. 160., DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “Título VII bis. De la trata de seres humanos” en Gómez Tomillo, M. (Dir.) *Comentarios al Código Penal*, Edit. Lex Nova, Valladolid, 2011. p. 707., IGLESIAS SKULJ, A. “De la trata de seres humanos: artículo 177 bis Código Penal.” en González Cussac, J.L. (Dir.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 599., LLORIA GARCÍA, P. “Trata de seres humanos” en Boix Reig, J. (Dir.), *Derecho penal. Parte especial*. Volumen I. La protección penal de los intereses jurídicos personales (adaptado a las reformas de 2010 del Código penal), Ed. Iustel, Madrid, 2010, p. 297., MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La inmigración como delito (...)*, Op. Cit., p. 59. /MARTOS NUÑEZ, J.A., “El delito de Trata de Seres Humanos: Análisis del artículo 177 bis del Código Penal”, Op. cit., p.100., MUÑOZ CUESTA, F. J., “Trata de seres humanos: aspectos más relevantes que configuran esta nueva figura criminal”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. ° 4, 2011, p. 2., QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español Parte especial*, Valencia, Edit. Tirant lo Blanch, 2015. p. 183, QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Edit. Aranzadi. Cizur Menor 2005. p. 283., TERRADILLOS BASOCO, J. “Trata de seres humanos” en Álvarez García, F., J., González Cussac, J. L. (Dirs.) *Comentarios a la reforma de 2010*, Edit. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010. p. 208., RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I. “Trata de personas”, en Ortiz de Urbina Gimeno, Í. (Coord.) *Memento experto. Reforma penal, Ediciones Francis Lefebvre*, Madrid. 2010, p. 73., SÁNCHEZ COVISA, J. “El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis”, Cuadernos de la Guardia Civil: Revista de seguridad pública, Nº 52, 2016, p.38., VILLACAMPA ESTIARTE, C. “Título VII bis de la Trata de seres Humanos” en QUINTERO OLIVARES, G (Dir.) *Comentarios al Código Penal Español, Tomo I*, Edit. Aranzadi, Cizur Menor, 2010.p. 1108. y POMARES CINTAS, E., “El delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 13-15,2011, p. 6. Véase también FGE, Circular 5/2011, sobre Criterios para la Unidad de Actuación Especializada del Ministerio Fiscal en Materia de Extranjería e Inmigración, p.16. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=fiscalia&id=FIS-C-2011-00005>

configuran los atributos de la personalidad y, en suma, el derecho a ser tratado como persona como contenido básico de la dignidad humana²⁸².

La LO 5/2010, en su Exposición de motivos y, atendiendo a los compromisos internacionales, fijaba como objetivo de protección en el delito de trata la dignidad y la libertad de la persona. Bien jurídico que encaja perfectamente con la ubicación sistemática del art.177 bis, en el título VII bis, esto es, inmediatamente después de los delitos de tortura y contra la integridad moral y permite terminar con la polémica sobre cuál es el objeto de tutela en el delito del artículo 318 bis²⁸³.

Por su parte, tanto la Decisión Marco 2002/629 como el Convenio de Varsovia identifican la trata como una violación de los derechos humanos y un atentado contra la dignidad y la integridad de las personas. De forma expresa la Decisión Marco considera que la trata de seres humanos constituye una grave violación de los derechos fundamentales de la persona y de la dignidad humana e implica prácticas crueles, como el abuso y el engaño de personas vulnerables, así como el uso de violencia, amenazas, servidumbre por deudas y coacción²⁸⁴. Mientras que el Protocolo de Palermo y la Directiva de 2011 optan por prescindir de cualquier referencia a la dignidad y califican de manera genérica el delito de trata como una grave violación de los derechos humanos.

²⁸² La dignidad como bien jurídico protegido puede verse en PÉREZ CEPEDA, A.I.; QUINTERO OLIVARES, G. “Las normas penales españolas: Cuestiones generales” en García Arán, M. (Coord.) *Trata de personas y explotación sexual*, Comares, Granada, 2006, p. 176. / VILLACAMPA ESTIARTE, C. “El delito de trata de seres humanos (...)”, Op. Cit., p. 385. / GARCÍA ARÁN, M., “Trata de personas y explotación (...)”, Op. cit., p.208. / VILLACAMPA ESTIARTE, “Título XV bis. Delitos contra los Derechos de los Ciudadanos Extranjeros”, en QUINTERO OLIVARES, (Dir.), *Comentarios al nuevo Código penal*, 2ª ed., 2001, p. 1517. Dice esta autora que “*el bien jurídico protegido no debe buscarse en un indicador macroeconómico, sino en los intereses personales e individuales de quienes se ven sometidos a un traslado ilegal. Siendo así, el mismo podría concretarse en la dignidad humana como base para el ejercicio del resto de derechos, en el impedimento a la consideración de las personas como mercancía, en la interdicción al trato vejatorio que representa convertir en cosas a los seres humanos*”.

En la misma línea ya la Sentencia del Tribunal Supremo 143/1998 de 5 de febrero de 1998 habla del derecho de los inmigrantes clandestinos a que se respete su libertad y seguridad y en última instancia su dignidad como persona.

²⁸³ Exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal dispone “*El tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina que contenía el artículo 318 bis resultaba a todas luces inadecuado, en vista de las grandes diferencias que existen entre ambos fenómenos delictivos. La separación de la regulación de estas dos realidades resulta imprescindible tanto para cumplir con los mandatos de los compromisos internacionales como para poner fin a los constantes conflictos interpretativos*” Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2010/06/23/pdfs/BOE-A-2010-9953.pdf>

²⁸⁴ DECISIÓN MARCO DEL CONSEJO (2002/629/JAI) de 19 de julio de 2002 relativa a la lucha contra la trata de seres humanos. Disponible en: <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32002F0629&from=ES>

Como hemos visto la doctrina había discutido si en dicho precepto se protegían los intereses del Estado por controlar los flujos migratorios, la correcta política migratoria y los derechos individuales de los inmigrantes, las condiciones necesarias para que los extranjeros puedan ejercer plenamente sus derechos o el derecho a la plena integración social del extranjero. Ahora parece que las conductas atentatorias contra la dignidad son las ubicadas en el precepto que nos ocupa dejando el art. 318 para atender al interés estatal de controlar los flujos migratorios²⁸⁵.

Lo primero que cabe preguntarse es si la dignidad posee las características necesarias para constituir un objeto de tutela penal. La teoría del bien jurídico requiere de la ulterior concreción de lo que merece considerarse bien jurídico-penal. Si se considera que deben ser amparados los intereses reconocidos como derechos en otras ramas del derecho, antes que, en el derecho penal, nos preguntamos ¿no es el derecho penal derecho? Para que un bien jurídico (en sentido político-criminal) pueda considerarse, además un bien jurídico-penal (también en sentido político-criminal), cabe exigir en él dos condiciones: Suficiente importancia social (en consonancia con la gravedad de las consecuencias penales) y necesidad de protección por el derecho penal²⁸⁶.

Para saber si nos hallamos ante un interés social fundamental, deben tenerse en cuenta varias consideraciones: En primer lugar, el reconocimiento constitucional del bien. No obstante, ello no se sostiene por sí solo, sino que debe acompañarse de otras consideraciones orientadas a la finalidad político-criminal, comparar con otros bienes jurídicos que componen el núcleo del derecho penal y, determinar el concreto grado de afectación del bien. En segundo lugar, debe tenerse en cuenta la necesidad de protección por el derecho penal, ello supone, que no sean suficientes para su defensa otros medios no penales menos lesivos, como la intervención administrativa o civil²⁸⁷.

Por lo que se refiere al reconocimiento constitucional, la Constitución Española en su art.10.1 identifica la dignidad como un fundamento del orden político y la paz social. No opera como derecho fundamental. Se halla al margen de la garantía reconocida en el artículo 53. 1 de la Constitución, está excluida del ámbito del recurso de amparo

²⁸⁵ LLORIA GARCÍA, P. “Trata de (...)”, Op. cit. p. 329 y ss.

²⁸⁶ MIR PUIG, S., “Bien jurídico y (...)”, Op. cit., p. 209.

²⁸⁷ *Ibidem.*, p. 209-215.

(artículo 53. 2), y es ajena a la protección reforzada que ofrece el artículo. Pero los derechos reconocidos constitucionalmente constituyen tan sólo un marco dentro del cual el legislador opera discrecionalmente en el establecimiento y delimitación de los bienes jurídico-penales, sin más limitaciones -como tiene declarado el Tribunal Constitucional- que las de que no se hallen constitucionalmente proscritos y que no sean socialmente irrelevantes²⁸⁸. Además, la dignidad ha sido reconocida como derecho humano históricamente²⁸⁹. Si bien, se ha afirmado que el interés «dignidad» constituye un objeto jurídico difícilmente aprehensible, al que resulta complejo dotar de un contenido positivo. Lo que llevó a algunos autores a decantarse por la integridad moral como veremos en el siguiente apartado. Para gran parte de la doctrina la integridad moral vendría con ello a ser, conforme al ordenamiento constitucional interno español, el más fiel reflejo de la dignidad en el catálogo de derechos fundamentales, dotándola de contenido positivo, aunque no necesariamente coincidieran el contenido de una y otra²⁹⁰.

Son muchos los autores que han intentado dogmáticamente dotar de contenido a la dignidad. Algunos, entienden que todos los derechos fundamentales se articulan de forma instrumental como una estructura jerarquizada en cuya cúspide se encuentra la dignidad de la persona. El Tribunal Constitucional en Sentencia n.º 113/1995 de 6 de julio señala que los derechos y libertades que constituyen el ordenamiento jurídico español “son traducción normativa de la dignidad humana”²⁹¹.

²⁸⁸ ALONSO ÁLAMO, M., “Bien jurídico penal: más allá del constitucionalismo de los derechos”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XIX, 2009, pp. 71 y ss., 85 y ss. y especialmente 90 y ss.

²⁸⁹ Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966.

²⁹⁰ esta idea late en las opiniones de Muñoz Sánchez, Rodríguez Mesa y Pérez Machío según VILLACAMPA ESTIARTE, C., “El delito de trata de personas: análisis (...)”, Op. Cit., p. 836. Para más detalle véase PÉREZ MACHÍO, A. I., *El delito contra la integridad moral del art. 173.1 del vigente Código Penal. Aproximación a los elementos que lo definen*, Universidad del País Vasco. Servicio Editorial=Euskal Herriko Unibertsitatea. Argitarapen Zerbitzua, 2005, pp. 144 y ss.

²⁹¹ PASCUAL LAGUNAS, E., *Configuración jurídica de la dignidad humana en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Edit. J.M. Bosch Editor, 2009, p. 18. En este sentido Sentencia del Tribunal Constitucional 113/1995 de 6 de julio. La Sentencia del Tribunal Constitucional 120/1990 de 27 junio en su FJ 4 declara que “la dignidad de la persona nos dice nuestro Alto Tribunal es un mínimo invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar”.

El Tribunal Constitucional se ha referido a la dignidad como un valor²⁹², un principio²⁹³, un bien²⁹⁴ y un derecho. Son varias las conclusiones que se extraen de su jurisprudencia: la obligación de reconocimiento de un *mínimum* invulnerable que se impone a todos los poderes públicos a la hora de configurar el estatuto jurídico de las personas, según GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ se extiende a ciertos contenidos esenciales de otros derechos constitucionales que, sin embargo, no se les atribuyen específicamente, la dignidad quizás no sirva para identificar el contenido esencial de cada uno de los derechos fundamentales, pero sí al menos para determinar el alcance de la protección constitucional²⁹⁵. La obligación de garantizar cierta suficiencia económica en determinados ámbitos y la exigencia de respeto a las decisiones libremente adoptadas o autodeterminación y la prohibición de instrumentalización de la persona²⁹⁶.

Por su parte, el Tribunal Supremo en Sentencia n. ° 298/2015, de 13 de mayo, que se pronuncia sobre un caso en que un chófer de la embajada de Guinea Ecuatorial en

²⁹² Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985 de 11 de abril de 1985 sobre la ley de parcial despenalización del aborto, se considera la dignidad de la persona como valor moral y como valor jurídico, refiere el alto Tribunal “*Indisolublemente relacionado con el derecho a la vida en su dimensión humana se encuentra el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocido en el art. 10 como germen o núcleo de unos derechos «que le son inherentes». La relevancia y la significación superior de uno y otro valor y de los derechos que los encarnan se manifiesta en su colocación misma en el texto constitucional, ya que el art. 10 es situado a la cabeza del título destinado a tratar de los derechos y deberes fundamentales, y el art. 15 a la cabeza del capítulo donde se concretan estos derechos, lo que muestra que dentro del sistema constitucional son considerados como el punto de arranque, como el prius lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos*”.

²⁹³ Sentencia del Tribunal Constitucional 231/1988 de 2 de diciembre referente al derecho a la intimidad. Describe la dignidad humana como un principio.

²⁹⁴ A modo de ejemplo véase Sentencia del Tribunal Constitucional 2/1982 de 29 de enero “*ni la libertad de pensamiento ni el derecho de reunión y manifestación comprenden la posibilidad de ejercer sobre terceros una violencia moral de alcance intimidatorio, porque ello es contrario a bienes constitucionalmente protegidos, como la dignidad de la persona y su derecho a la integridad moral (artículos 10 y 15 de la Constitución), que han de respetar no sólo los poderes públicos, sino también los ciudadanos*”. En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional 115/2000 de 5 de mayo de 2000 que en su FJ 7º indica que “*si la libertad de información se ejerce sobre un ámbito que afecta a otros bienes constitucionales, en este caso los de la intimidad y la dignidad de la persona*”.

²⁹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 3: “*aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano, o, si se rehúye esta terminología, ciertamente equívoca, de aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, que, conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución, constituye fundamento del orden político español. Derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc., corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles*”.

GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Barcelona, 2005, p. 130.

²⁹⁶ La garantía de la no instrumentalización es mencionada por vez primera en la jurisprudencia constitucional en la STC 53/1985, que afirma que la dignidad de la mujer excluye que pueda considerarse como mero instrumento (FJ 11).

España, contactó en Facebook con la víctima residente en aquel país, a quien, por ese medio, ofreció la posibilidad de gestionarle un viaje a España, consiguiéndole de modo rápido un visado turístico, y ayudarla posteriormente a permanecer de modo permanente en nuestro país con la intención real de que la víctima viniese a España para tenerla a su disposición con miras a mantener relaciones sexuales con ella, declaró que el delito de trata de seres humanos es una agresión de especial severidad a la dignidad de la persona²⁹⁷.

Se puede apreciar que diversos delitos tipificados en el CP tienen como bien jurídico protegido la dignidad. Así, se acudió a la dignidad de la persona en el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis CP), se mantiene en los delitos contra la integridad moral (arts. 173 a 177 CP) y en los delitos relativos a la manipulación genética (arts. 159 a 162 CP), entre otros²⁹⁸. Aun siendo así, la doctrina se ha mantenido reacia a su configuración como bien jurídico digno de protección por la dificultad de concreción especialmente constitucional.

Ello, no obstante, los problemas para reconocer la dignidad como bien jurídico-penal no pueden proceder de su no reconocimiento como derecho fundamental en nuestra Constitución, pues el Derecho Penal no tiene la misión de proteger derechos fundamentales. Los problemas pueden venir dados por la dificultad para establecer positivamente su contenido, la indeterminación del concepto, su carácter abierto, que su contenido vaya precisándose dinámicamente por la vía de la fórmula del objeto o de no instrumentalización a medida que se delimitan y describen las conductas que la menoscaban. ALONSO ÁLAMO señala que, ante las dificultades para precisar su alcance, se acude en Alemania a la denominada fórmula del objeto o de la no-instrumentalización, desarrollada por Dürrig, seguida por el Tribunal Constitucional alemán y que hunde sus raíces en Kant, según la cual la dignidad es menoscabada cuando la persona es tratada como una cosa, como un simple objeto. Su protección se delimita a partir de las exigencias que dimanen de la fórmula del objeto, esto es, la no degradación, envilecimiento, reducción a cosa o instrumentalización de la persona, y que las conductas

²⁹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo 298/2015 de 13 de mayo: “*Los supuestos en que el menoscabo de esos bienes es severo, hasta llegar a los límites de la explotación del ser humano, integran ahora el nuevo delito del art. 177 bis, desgajándose así tales conductas del art. 318 bis*”.

²⁹⁸ LLORIA GARCÍA, P., “Trata de (...)”, Op. Cit., p. 186.

atentatorias contra la dignidad no constituyen un catálogo fijo, cerrado, sino que surgen y se perfilan en el devenir histórico, a veces vinculadas a la aparición de fuentes de peligro en conexión con los avances científicos y tecnológicos. Por ello hemos de sostener que los delitos contra la dignidad no constituyen un coto cerrado sino una realidad abierta, formada en la historia, de la que el legislador se va haciendo eco²⁹⁹.

Sin embargo, ha habido quien ha defendido en relación con aquel delito que el bien jurídico protegido debía ser la integridad moral. A este entendimiento ha conducido tanto la constatación de que la dificultad de aprehensión del concepto de dignidad lo convierte en una institución inhábil para dotarla de la condición de bien jurídico, así como la afirmación de la estrecha relación de la trata con el concepto de trato inhumano, degradante y vejatorio, que supone un atentado contra la integridad moral³⁰⁰. Si bien, para autores como BENÍTEZ ORTÚZAR³⁰¹ no está mal un tipo específico, dentro de los delitos contra la integridad moral, que sirva para alejar cualquier extraña interpretación lejana de la dignidad de la persona.

En definitiva, se considera la dignidad como base de todos los derechos fundamentales, pero no como un derecho en sí³⁰², de lo que algunos coligen que no puede erigirse en bien jurídico protegido en un concreto delito, puesto que, en definitiva, debe

²⁹⁹ Véase ALONSO ÁLAMO, M., “Derecho penal y dignidad humana. De la no intervención contraria a la dignidad a los delitos contra la dignidad”, *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 12, 2011, p. 19.

³⁰⁰ Autores como PÉREZ ALONSO, E., “Tratamiento penal (...)”, Op. Cit., p. 146; GARCÍA ARÁN, M., La protección penal de la integridad moral, en (Coord.) Díez Ripollés, J. L. La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo, 2002, pp. 1244 y ss; LAURENZO COPELLO, P., “La protección penal de los derechos (...)”, Op. cit., pp. 71 y ss.

³⁰¹ BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., “Criminalidad organizada y ‘trata de seres humanos’ con fines de explotación sexual en España” [en línea], en (Dir.) González Rus J.J., *La criminalidad organizada*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014, p. 48. Disponible en:

<https://biblioteca.tirant.com/cloudLibrary/ebook/show/9788490335789>

³⁰² ÁLVAREZ ALVAREZ, L., “Contenido y función de la dignidad del hombre en la Constitución Española de 1978”, *Teoría y realidad constitucional*, n.º 18, 2006, p. 571 en su reseña de Gutiérrez Gutiérrez, I., *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Edit. Marcial Pons, 2005, “aun no siendo en efecto la dignidad de la persona propiamente un derecho fundamental —lo que se argumenta por Ignacio Gutiérrez a partir de una concepción restrictiva de los mismos—, el autor ha reconocido, conforme a lo que se deduce del enunciado del art. 10,1 mismo, la existencia de una relación entre dignidad y derechos fundamentales (p. 81 y ss.). Como afirma el autor, «todos (los derechos) están en conexión con (la dignidad)» (p. 127)”.

considerarse que todos los delitos contra las personas afectan de un modo u otro a la dignidad³⁰³.

DAUNIS RODRÍGUEZ³⁰⁴ consideró que el bien jurídico dignidad representa la plasmación de un ideal, del deber ser, que del ser, de aquello que el precepto debería decir, constituyendo una interpretación de *lege ferenda* del precepto.

Siendo consciente de que la dignidad puede efectivamente hallarse en la base del reconocimiento de todos los derechos fundamentales, VILLACAMPA ESTIARTE³⁰⁵ no comparte la opinión de quienes identifican la integridad moral como bien jurídico protegido en el delito de trata. Según esta autora resultaría inadecuado considerar a la integridad moral como bien jurídico protegido en el delito de trata partiendo de un concepto estricto de la misma que la identifique con la integridad psíquica. Pero aun partiendo de un concepto amplio de integridad moral que la aproxime a la idea de dignidad, considerar que es este el interés afectado en el delito de trata de personas le parece reduccionista y demasiado apegado a nuestra domesticidad constitucional, en que la ausencia de previsión específica de la dignidad como derecho fundamental parece forzar a algunos a la afirmación de la integridad moral como bien jurídico.

La dignidad se identifica no solamente desde una perspectiva exclusivamente formal, consistente en la interdicción de instrumentalizar al hombre o de cosificarlo, sino que se completa refiriéndola tanto a la integridad (física y moral), y la libertad individual o la igualdad formal, como, finalmente, a la participación en la adopción de decisiones públicas e incluso al acceso a prestaciones sociales en el marco de un sistema económico justo³⁰⁶. Esto supone que el hecho de que la dignidad se refiera, al dotarla de contenido

³⁰³ En este sentido POZUELO PÉREZ, L., “Tráfico de personas y explotación sexual” en (Coord.) Alcácer Guirao, R.; (Dir.) Rafael Cuerda Riezu, A. *La respuesta del derecho penal ante los nuevos retos: IX jornadas de profesores y estudiantes de derecho penal de las universidades de Madrid, celebradas en la Universidad Rey Juan Carlos los días 8, 9 y 10 de marzo de 2005*, 2006, pp. 451-476.

³⁰⁴ DAUNIS RODRÍGUEZ, A. *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*, Edit. Comares, Granada, 2009, p. 62.

³⁰⁵ En palabras de VILLACAMPA ESTIARTE, C., “El delito de trata de personas: análisis (...)”, Op. Cit., p. 837 y ss. *Si la trata de personas debe ser considerada delito a nivel global, y esa parece ser la intención que guía a las instancias internacionales al normar en la materia, el interés a proteger mediante el delito que la incrimine debe ser un valor que goce también de reconocimiento al mismo nivel. Y es que no debe olvidarse que, aunque la dignidad sea difícil de aprehender, se halla reconocida como base de los derechos humanos en multiplicidad de tratados internacionales —Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos—, e incluso relacionada entre los elencos de Derechos fundamentales en algunas Constituciones europeas.*

³⁰⁶ GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., “Dignidad de la persona y derechos (...)”, Op. Cit., pp. 73 y ss.

positivo, a un conglomerado de derechos fundamentales, en nada empece a su consideración de bien jurídico protegido en el delito de trata, pues no debe olvidarse que el mismo no viene constituido por un acto singular, sino que describe un proceso en que a la persona le es negada sistemáticamente su condición de tal (vulneraciones de su libertad de obrar, de su libertad ambulatoria, de su integridad física, y también, evidentemente, de su integridad física y moral)³⁰⁷.

Lo que parece claro en la doctrina es que el delito de trata de seres humanos protege bienes jurídicos individuales, concretados en la dignidad y la libertad del sujeto pasivo. Se trata así de una modalidad específica de ataque contra la dignidad de las personas, en tanto que la utilización del ser humano para la obtención de fines mercantilistas supone su anulación como persona. Además, las distintas conductas contempladas en el art. 177 bis conllevará la puesta en peligro de otros bienes jurídicos protegidos por los delitos que persigue el objetivo explotador, como por ejemplo la libertad sexual, la salud física, o los derechos de los trabajadores³⁰⁸.

Por tanto, nos encontramos ante un bien jurídico de carácter individual, el delito no solamente no requiere que la víctima sea colectiva para poderse perfeccionar, sino que no puede ser un delito de esa naturaleza. Así, por cada víctima de trata que se identifique, se cometerá un distinto delito, tal como se deduce de la propia redacción típica del art. 177 bis.1 CP³⁰⁹.

Se generaliza la idea de que la dignidad humana constituye, antes que un bien jurídico penal, un presupuesto propio del ser humano, cualidad o esencia del que emanan otros derechos o intereses más concretos y específicos, como la vida, la integridad física, la salud personal, la libertad o el honor. Por tanto, cuando se lesionan tales intereses siempre se estaría afectando, al menos indirectamente, a la dignidad humana. Finalmente,

³⁰⁷ En este sentido VILLACAMPA ESTIARTE, C., “El delito de trata de personas: análisis (...)”, Op. Cit., p. 838.

³⁰⁸ CANO PAÑOS, M. A., “Los delitos de violencia doméstica y en el ámbito familiar o asimilado y los de trata de seres humanos” en Aguilar Cárceles, M. M. Barquín Sanz, J. y Morillas Cueva, L., *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Edit. Dykinson, Madrid, 2015, p. 423.

³⁰⁹ Más detalladamente en VILLACAMPA ESTIARTE, C., “El delito de trata de personas: análisis (...)”, Op. Cit., p. 839.

También en VILLACAMPA ESTIARTE, C., “El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada (...)”, Op. Cit., p. 410.

hay ámbitos de la dignidad que no coinciden exactamente con las esferas de protección de los distintos derechos personalísimos, lo que conduce a que tengamos que admitir que la dignidad es una noción distinta de los derechos que de ella emanan. Esto ha sido reconocido por nuestro Tribunal Constitucional: “*no todos los derechos fundamentales son condiciones imprescindibles para la incolumidad de la dignidad, por lo que no cualquier restricción a su ejercicio se convertirá en un estado de indignidad y, a su vez, no todo derecho es inherente a la persona y por ello inviolable*”³¹⁰.

1.2. El bien jurídico “integridad moral”

Como adelantábamos, la dificultad de dotar al interés «dignidad» de contenido positivo, añadida al hecho de que en la Constitución española no se le reconoce la categoría de Derecho fundamental hizo que un sector de la doctrina rechazase la dignidad como un posible bien jurídico-penal y, se decantara por la integridad moral³¹¹. Pero la configuración del bien jurídico integridad moral tampoco ha estado exento de dificultad y son muchos los autores que lo han abordado.

Como indicamos *supra* la integridad moral vendría a ser, conforme al ordenamiento constitucional interno español, el más fiel reflejo de la dignidad en el catálogo de derechos fundamentales, dotándola de contenido positivo, aunque no necesariamente coincidieran el contenido de una y otra³¹². GARCÍA ARÁN³¹³ termina optando por esta vía de concreción, al señalar que “*se afecta a la integridad moral cuando a la persona se le trata como una cosa, cuando se le reduce a su realidad física, rompiendo la inescindibilidad de lo físico y lo moral que le es característica*”.

DE LEÓN VILLALBA toma como premisa interpretativa los convenios internacionales, así como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho

³¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 120/1990 de 27 de junio, FJ 4.

³¹¹ PÉREZ ALONSO, E., “Tratamiento penal (...)”, Op. Cit., p. 146. En el mismo sentido, se ha pronunciado posteriormente, aunque en relación con la normativa penal anterior a la reforma de 2003, LAURENZO COPELLO, P., “La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2.ª Época, n.º 12. 2003. pp. 71 y ss. Con posterioridad a dicha reforma, Vid. LAURENZO COPELLO, P., “Últimas reformas en el derecho penal de extranjeros: Un nuevo paso en la política de exclusión”, *Jueces para la democracia*, n.º 50, 2004. pp. 31 y ss.

³¹² VILLACAMPA ESTIARTE, C., “El delito de trata de personas: análisis (...)”, Op. Cit., p. 836.

³¹³ GARCÍA ARÁN, M., “La protección penal de la integridad (...)”, Op. Cit., pp. 1244 y ss. Explica que hay una concepción amplia de la integridad moral identificable con la inviolabilidad y el derecho o la expectativa a ser tratado como persona. Derecho a ser reconocido como persona y ser tratado como tal.

fundamental a la integridad moral, recogido en el art. 15 CE. En este contexto interpretativo señala que el tráfico de personas “*constituye el ejemplo paradigmático de un trato inhumano, degradante que afecta profundamente a la personalidad, vejatorio, pero sobre todo que convierte al ser humano en un objeto más de comercio, con una voluntad invalidada y a expensas de la disposición que el traficante quiera hacer del mismo*” y, en la misma línea, PÉREZ ALONSO indica que el tráfico de personas provoca un atentado contra la integridad moral, desde el momento en que dejan de ser tratados como personas y convertidos en cosas para satisfacer intereses ajenos³¹⁴. Para este el derecho a la integridad moral carece de un valor único y propio y de un contenido claro y precioso. Se trata, más bien, de un derecho vinculado a ciertos valores y derechos constitucionales que, a modo de mosaico, le dotan de un contenido amplio, configurándolo como un derecho complejo. El contenido positivo de este derecho entronca directamente con la dignidad humana como una expresión de los derechos y valores inherentes a la persona³¹⁵.

Por su parte, LAURENZO COPELLO señaló, respecto a la anterior regulación, que cuando el traslado clandestino se realiza en el contexto de un proceso de intermediación, el extranjero queda reducido a la condición de mercancía u objeto de intercambio, posición que resulta claramente incompatible con la idea de dignidad personal. Surge así una poderosa razón para justificar la penalización de los comportamientos asociados al tráfico ilegal de personas: ya no se trata sólo de proteger el interés genérico de la Administración por tener bajo control el desplazamiento de extranjeros sino, sobre todo, de asegurar la tutela adecuada a un bien jurídico consustancial al ser humano: la integridad moral³¹⁶.

³¹⁴ PÉREZ ALONSO, E.J., “Bienes jurídicos protegidos” en (Dir.) De León Villalba, F. J. *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia 2003, pp. 353 y ss.

³¹⁵ “*Se trata de un derecho que, junto a la integridad física, configura la integridad personal, estando estrechamente vinculado con la libertad de autodeterminación, es decir, con la posibilidad de configurar voluntariamente las propias ideas, pensamientos o sentimientos. También cabe destacar, como elementos para una configuración de carácter negativo, que la integridad moral puede ser concebida como el derecho a no ser sometido a métodos o procedimientos, normalmente violentos o intimidatorios, que provoquen malestar o sufrimientos físicos o psíquicos en la víctima, que puedan doblegar su voluntad de autodeterminación*” en PÉREZ ALONSO, E., “Los nuevos delitos contra la integridad moral en el Código Penal de 1995”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n. ° 2, 1999, pp. 153-154.

³¹⁶ LAURENZO COPELLO, P., “La protección penal de los derechos (...)”, Op. cit., pp. 71 y ss.

PÉREZ ALONSO, también refería al bien jurídico integridad moral antes de la regulación del delito de trata de seres humanos como tipo autónomo, mantenía una posición ecléctica, diferenciando dentro del mismo artículo (anterior art. 318 bis) dos situaciones distintas: la inmigración clandestina, o contrabando de inmigrantes, y el tráfico ilegal de personas. Establecía, de este modo, una dualidad de bienes jurídicos protegidos, según se refiera a una u otra situación dentro del mismo precepto, ya que los dota de una entidad y autonomía propia. Así, el autor afirma que *«el bien jurídico protegido en la inmigración clandestina es el interés estatal en controlar el flujo transfronterizo de personas, de acuerdo con la política migratoria fijada por el Estado en el ejercicio de su soberanía territorial para preservar sus propios intereses, fundamentalmente, de cohesión social y de tipo socioeconómico»*. En cuanto al bien jurídico protegido en el tráfico ilegal de personas, subrayaba que *«suponen la violación de los derechos más básicos de la persona, que se cifran fundamentalmente en un atentado contra el derecho a la libertad, seguridad y dignidad personal, concretada esta última en el derecho a la integridad moral»*³¹⁷.

Junto a estas posturas, hay otras que asimilan la integridad moral a la integridad psíquica. Así MUÑOZ SÁNCHEZ³¹⁸ identifica el bien jurídico integridad moral con el *“derecho de la persona a no sufrir sensaciones de dolor o sufrimientos físicos o psíquicos humillantes o vejatorios o envilecedores”*. En contra, otros lo identifican con un bien de carácter personalísimo, con una autonomía legal plena e independiente del derecho a la vida, la integridad física, la libertad y el honor, y que debe interpretarse con autonomía a la integridad física³¹⁹.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre los elementos que debe reunir una conducta para constituir una intromisión de la integridad moral, estos serían una causación deliberada, que la conducta enjuiciada esté conectada con el resultado y, finalmente, una humillación o envilecimiento de cierta gravedad³²⁰. Por su parte, el

³¹⁷ PÉREZ ALONSO, E., “Tráfico de personas e inmigración (...)”, Op. Cit., pp. 355 y ss.

³¹⁸ MUÑOZ SÁNCHEZ, J. *Delitos contra la integridad moral*, Edit. Tirant lo Blanch, 1999. p. 24.

³¹⁹ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “Delitos de tortura y otros tratos degradantes (delitos contra la integridad moral)”, *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte especial)*, Madrid, 1996, pp. 73 y ss.

³²⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 56/2019, de 6 de mayo de 2019. A la vista de esta doctrina, para valorar si la administración ha vulnerado el derecho fundamental a la integridad moral de un empleado público (art. 15 CE), hay que determinar, atendiendo a las circunstancias del caso, si la conducta enjuiciada es deliberada o, al menos, está adecuadamente conectada al resultado lesivo (elemento intención); si ha

Tribunal Supremo vincula este concepto a las nociones de dignidad e inviolabilidad de la persona. Señala como elementos que conforman el concepto de atentado contra la integridad moral los siguientes (STS 294/2003 de 16 de abril): Un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo, la concurrencia de un padecimiento físico o psíquico y que el comportamiento sea degradante o humillante con especial incidencia en el concepto de dignidad de la persona- víctima³²¹.

Muchos autores han preferido dicho concepto de integridad moral por presentarse como un objeto de protección con contornos y límites más ciertos y apreciables que la dignidad humana³²², resultando menos complejo dotar de contenido material a su lesión o puesta en peligro. Sin duda, una opción acertada a la hora de interpretar el citado Título VII, pero que no sirve en opinión de DAUNIS RODRÍGUEZ para el delito de trata de seres humanos contenido en el nuevo Título VII bis porque los ataques que se producen a través de los tratos degradantes y la trata de seres humanos son conductas que presentan un alcance claramente diverso: En los primeros se atenta contra la esfera corporal y/o psicológica del sujeto pasivo, llegando a afectar gravemente a la propia condición de ser humano del mismo, mientras que, en los segundos, se apunta a la voluntad, al negarse a la persona la posibilidad de decidir sobre sus bienes jurídicos más importantes.

causado a la víctima un padecimiento físico, psíquico o moral o, al menos, encerraba la potencialidad de hacerlo (elemento menoscabo) y si respondió al fin de vejar, humillar o envilecer o era objetivamente idónea para producir o produjo efectivamente ese resultado (elemento vejación). Faltando este último elemento, no habrá trato «degradante», pero solo podrá descartarse la vulneración del art. 15 CE si la conducta enjuiciada halla cobertura legal (legalidad), responde a un fin constitucionalmente legítimo (adecuación), constituye la alternativa menos restrictiva (necesidad) y produce más beneficios sobre otros bienes o valores que perjuicios en el derecho fundamental a la integridad moral (proporcionalidad en sentido estricto). En este sentido véase también SSTC 11/1998, de 13 de enero, FJ 6; 124/1998, de 15 de junio, FJ 2; 225/2001, de 26 de noviembre, FJ 4; 80/2005, de 4 de abril, FJ 5; 12/2019, de 28 de enero, FJ 5). En cuanto al menoscabo, no es preciso «*que la lesión de la integridad moral se haya consumado, sino que a efectos de que el derecho invocado se estime lesionado basta con que exista un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse*» (STC 221/2002, de 25 de noviembre, FJ 4. En cualquier caso, «*no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral, sino tan sólo aquél que genere un peligro grave y cierto para la misma*» (STC 220/2005 de 12 de septiembre, FJ 4).

³²¹ Sentencia del Tribunal Supremo 715/2016, 26 de septiembre de 2016. Concluye que “*De la STS, 159/2011 de 28 de febrero extraemos estas otras reflexiones: por la doctrina científica que se relaciona la integridad moral con esta idea de inviolabilidad de la persona, y con los conceptos de incolumidad e integridad personal*”.

³²² De esta opinión MOYA GUILLEM, C., “El bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos a la luz de la L.O. 1/2015” en (Dir.) Pérez Álvarez, F., *Propuestas penales: nuevos retos y modernas tecnologías*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2016, p. 290. que entiende que el concepto estricto de integridad moral que la define como la prohibición de humillación y de cosificación de la persona es la única que, ciertamente, justifica la existencia autónoma de estos delitos y los distingue de los delitos contra la libertad.

Ciertamente, en ambos supuestos se produce una despersonalización de la víctima, aunque con unos medios y finalidades claramente diversos. Así, puede suceder que la lesión de la integridad moral en el trato degradante se cometa sin necesidad de afectarse la voluntad o capacidad de determinación del sujeto pasivo al no derivarse, ni del concepto de integridad moral ni de la descripción típica del delito de trato degradante, la exigencia de afectar a su capacidad de decisión, pero también es altamente probable que la lesión producida mediante las conductas de trata no afecte a la dimensión corporal y/o psicológica de la víctima³²³.

La finalidad de explotación se configura, por tanto, como el elemento que acredita la cosificación o instrumentalización de la víctima, al ser tratada como una cosa con la que se pretende hacer negocio u obtener alguna utilidad. De esta forma, se refuerza el atentado que se produce a la dignidad humana, al verificarse que se doblega la voluntad de la persona con la intención de abusar de sus derechos, bienes o intereses más importantes³²⁴.

1.3. El bien jurídico “libertad”

Las posturas anteriores son las defendidas por la doctrina mayoritaria, pero hay quienes han visto en la libertad el bien jurídico protegido por el delito de trata de seres humanos, argumentando que la libertad es aludida en el Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010 y que se encuentra situada en un lugar prevalente en la Constitución Española. Entienden que en la captación, así como también en el transporte o el traslado, se disipa la libertad deambulatoria de la víctima, y más adelante, en sucesivas fases de acogimiento, recepción o alojamiento esta pierde su libertad de obrar, su libertad de decisión y su libertad de autodeterminación personal, se convierte en esclava de la persona que la ha sometido y pierde toda su capacidad de toma de decisiones³²⁵. Se ha defendido también que al prohibir el precepto en su última redacción la trata violenta de seres humanos se

³²³ Así lo explica DAUNIS RODRÍGUEZ, A. “El delito de trata de seres (...)”, Op. Cit., p. 75.

³²⁴ *Ibidem*, pág. 78.

³²⁵ En este sentido BEDMAR CARRILLO, E., "El bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos", La Ley Penal, 2012, 94-95, pp. 91-92.

protege, concretamente, la libertad de obrar, es decir, el mismo bien jurídico tutelado en los delitos de coacciones³²⁶.

En contra, se argumenta que con las conductas de trata de seres humanos se produce una instrumentalización de la víctima, cosificándola o reduciéndola a la condición de objeto, cosa o mercancía y que esta dimensión del bien jurídico “dignidad humana” no está necesariamente presente en los ataques a la libertad de la persona³²⁷.

Si bien podría pensarse que no se atenta contra la libertad, entendida como libertad de movimientos y libertad de actuación de la persona, en los supuestos en que el sujeto pasivo en un principio se traslada por su propia voluntad, entendemos que esta posteriormente queda viciada por el engaño y que, finalmente, la conducta se concretará también en un ataque al bien jurídico libertad.

2. Bienes jurídicos supraindividuales.

2.1. Control de los flujos migratorios

Este bien jurídico tiene antecedente en la anterior regulación del delito de trata de seres humanos como parte del antiguo artículo 318 bis del CP. Si bien, creemos que ya no se puede defender porque la nueva regulación del delito de trata de seres humanos en el art. 177 bis del CP no tiene por qué tener carácter transnacional, creemos que es importante analizar este bien jurídico por la proximidad de los preceptos y para entender sus diferencias y la tendencia político-criminal.

Un sector considerable de la doctrina mantuvo, desde un principio, que el bien jurídico protegido en los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros tenía carácter supraindividual vinculado a un interés del propio Estado. En particular, se considera que el bien jurídico protegido es el interés estatal en el control de los flujos transfronterizos de personas como medio para mantener la política migratoria establecida por el Estado español en el marco más amplio de la Unión Europea. Dicha idea se vio reforzada tras la inclusión de la inmigración clandestina en el tipo básico de estos delitos,

³²⁶ De esta opinión QUERALT JIMÉNEZ, J.J., “Derecho penal español (...)”, Op. Cit., p. 145 y MOYA GUILLEM, C., “El bien jurídico protegido en el delito de trata (...)”, Op. Cit., p. 294.

³²⁷ DAUNIS RODRÍGUEZ, A. “El delito de trata de seres humanos”, Op. cit., pp. 77 y 78.

junto al tráfico ilegal de personas, a través de la LO 11/2003, de 29 de septiembre³²⁸. Desde que se introdujo este delito en el Código Penal, a través de la LO 4/2000, se ha venido considerando que el objeto de protección jurídico penal del tráfico ilegal de personas es el control de las fronteras lo que llevó a la equiparación con el tráfico de personas³²⁹.

En opinión de ARROYO ZAPATERO³³⁰ “*la política criminal de los países miembros establece, según se ha comprobado, una protección penal exhaustiva de la política migratoria, castigando todo el haz de conductas que tiene que ver con la inmigración ilegal*”. La política migratoria constituye la actividad estatal que tiene como objetivo gestionar de modo adecuado los flujos migratorios. Con ello se persiguen objetivos de índole muy variada, que puede abarcar desde la prevención de problemas sociales (marginalidad, delincuencia, etc.), hasta preservar la identidad cultural de una sociedad. No obstante, afirma este autor que los fines prioritarios de toda política migratoria son la regulación del mercado de trabajo y la conservación del nivel de prestaciones sociales.

Algunas Audiencias provinciales optaron, en lo que respecta al delito de inmigración ilegal por esta concepción supraindividual del bien jurídico. Así, por ejemplo, la SAP Cádiz de 27 de octubre de 2003, que confirma la promoción y favorecimiento del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España mediante el transporte por los acusados en su vehículo de dos ciudadanos marroquíes sin documentación legalizadora de su estancia en España, señaló que “*el bien jurídico protegido es esencialmente, el interés general de controlar los flujos migratorios*”³³¹ y tras la reforma operada por la LO 11/2003, con la inclusión

³²⁸ DE LEÓN VILLALBA, F. J., “Tráfico (...)”, Op. Cit. p. 332.

³²⁹ PALOMO DEL ARCO, A., “Criminalidad organizada y la inmigración ilegal”, *Cuadernos de derecho judicial*, n.º 2, 2001, pp.175 y ss. (aunque señala que este bien jurídico es el protegido en el tipo básico, mientras que en los tipos agravados se pretende proteger la dignidad del ciudadano extranjero en su actividad de migración, p. 176).

³³⁰ ARROYO ZAPATERO, L. A., “Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos” en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, vol. II, Cuenca, 2001, p. 32-33 y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, G. “La protección contra la discriminación del extranjero en el código penal”, *Manuales de formación continuada*, n.º 5, 1999, p.355/ MAQUEDA ABREU, M. L. “¿Cuál es el bien jurídico protegido en el nuevo artículo 318 bis 2? Las sinrazones de una reforma”, *Revista de derecho y proceso penal*, n.º 11, 2004, p. 42. Esta autora considera ahora, que los intereses que protege el anterior artículo art. 318 bis. 2 CP “*son, exclusivamente, los del Estado por garantizar a toda costa su política de control de la inmigración ilegal*”.

³³¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz 120/2003 de 27 de octubre de 2003.

de la inmigración clandestina de personas junto al tráfico ilegal, se entiende que existen argumentos reforzados para sostener que se tutela la política migratoria del Estado.

GUARDIOLA GARCÍA consideró que la prohibición total de la promoción, favorecimiento o facilitación de la inmigración clandestina que se lleva a cabo con la anterior regulación del art. 318 bis CP no atendía a la tutela del inmigrante, sino a la garantía de las barreras de autoprotección frente a los flujos migratorios del Estado receptor y, argumenta que, de hecho, en buena medida se proclama la tipicidad de conductas que las ‘víctimas’ desean fervientemente que se lleven a cabo, más aún, que no tienen por qué suponer para ellas ‘mal’³³².

Esta postura, que defiende el bien jurídico control de los flujos migratorios, fue criticada por un amplio sector doctrinal bajo el paraguas de que un interés legítimo del Estado no puede ser elevado a la categoría de bien jurídico penal sin quebrantar los principios del derecho penal³³³. Y empieza a cambiar en la doctrina y la jurisprudencia con el cambio en la regulación del delito y su ubicación en el CP.

Tras la LO 5/2010, la propia ubicación sistemática del delito entre los delitos contra la integridad moral y los delitos contra la libertad sexual— delitos contra bienes jurídicos individuales— y la propia rúbrica del nuevo Título VII bis, “de la trata de seres humanos” más adecuada, hace que su tipificación nada tenga que ver con la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios³³⁴.

El Tribunal Supremo en Sentencia 910/2013, de 3 de diciembre de 2013 declaró que el delito de trata «*Protege la dignidad de la persona, puede cometerse sobre personas que no sean extranjeras y puede ser tanto nacional como transnacional, no precisándose el cruce de fronteras. Ello, a diferencia de la inmigración ilegal en que se protege el control de los flujos migratorios y es transnacional*»³³⁵. Y, en 2015, es especialmente

³³² GUARDIOLA GARCÍA, J. “Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas: comentario a la reciente reforma del art.318 del Código Penal”, *Revista de derecho y proceso penal*, Nº. 13, 2005, p. 17.

³³³ PÉREZ CEPEDA, A.I. “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (Art. 318 bis Reformado por LO 11/2004)” en Ruíz Rodríguez L.M y Rodríguez Mesa M.J (Coord.) *Inmigración y sistema penal : retos y desafíos para el siglo XXI*, Valencia, Edit. Tirant lo Blanch, 2006, pp. 117-118.

³³⁴ MARTOS NUÑEZ, J.A., “El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis del código penal”, *Estudios penales y Criminológicos*, vol. XXXII, 2012, p. 100 y BEDMAR CARRILLO, E., “El bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos”, *la ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 94-95, 2012, pp. 2 ss.

³³⁵ Véase Sentencia del Tribunal Supremo 910/2013, de 3 de diciembre de 2013.

claro al concluir que *«El deseo de los poderes públicos de no dejar espacios de impunidad cuando lo que está en juego es la dignidad de las personas, su capacidad de determinar su ubicación espacial, sus derechos laborales y, en fin, su libertad sexual, ha llevado a una producción normativa, no siempre debidamente meditada, en la que se superponen porciones de injusto y en la que los problemas concursales adquieren una gran complejidad. La dificultad para la formulación del juicio de tipicidad se hace evidente si se repara en que el art. 318 bis del CP contiene una mención expresa al " tráfico ilegal" de personas. Resulta indispensable definir el radio típico de cada uno de esos preceptos y hacerlo desde la perspectiva, tanto de los elementos del tipo objetivo y subjetivo que integran su estructura, como atendiendo al bien jurídico que cada uno de aquellos preceptos aspira a salvaguardar»*. Declara que no es necesaria una organización criminal como elemento diferenciador de ambos delitos ya que tanto la trata como la inmigración tienen un subtipo agravado de organización. Por tanto, se atiende a otros criterios doctrinales como que la inmigración requiere el cruce irregular de fronteras y la trata puede ser interna o transnacional o que la inmigración cuenta normalmente con la voluntad del inmigrante mientras que la trata acude a medios instrumentales que anulan dicho consentimiento. Concluye que *«lo que se protege en el art. 318 bis del CP es el control por el Estado de sus propias fronteras, mientras que en la trata de personas esa ilegalidad no es una nota definitoria, puede darse o no. De ahí que se haya señalado que el bien jurídico tutelado en el art. 177 bis del CP mira preferentemente a la dignidad de la persona»*³³⁶. En consonancia, debemos rechazar el bien jurídico “interés estatal en controlar los flujos migratorios” desde que el legislador separa la configuración legal del tipo inmigración ilegal (art. 318 bis CP) y el delito de trata de seres humanos (art. 177 bis CP) que no requiere del elemento transnacional.

2.2. Delito pluriofensivo

Como hemos visto en páginas anteriores, ya respecto al anterior artículo 318 bis parte de la doctrina consideraba que estábamos ante un delito pluriofensivo, que no protege sólo un bien jurídico, sino que está destinado a proteger fundamentalmente dos

³³⁶ Véase Sentencia del Tribunal Supremo 298/2015, de 13 de mayo de 2015.

intereses distintos. Respecto al tipo del artículo 318 bis CP BARBER BURUSCO³³⁷, señaló que se protege un interés general de que los movimientos migratorios no sean incentivados o aprovechados por personas o grupos interesados en obtener particulares beneficios, aunque ello no pueda considerarse posiblemente como un bien jurídico a proteger. Y, por otro lado, entendía que también se protege la libertad, la seguridad y la dignidad de los inmigrantes. De esta forma, se afirmaba que “*el bien jurídico protegido por esta figura penal está constituido por un doble objetivo: a) la defensa del interés general de controlar los flujos migratorios y b) la protección de la libertad, la seguridad, la dignidad y los derechos laborales de los inmigrantes*”³³⁸.

De igual manera, LAFONT NICUESA y VÁZQUEZ GONZÁLEZ han consideran que el bien jurídico protegido en este tipo de delitos es doble. Por un lado, afirma que estaríamos ante una “*salv guarda de la libertad, la seguridad, la dignidad y los derechos de los inmigrantes*” intentando proteger a los mismos del tráfico ilegal de

³³⁷ Se muestra crítico con la amplitud del tipo, BARBER BURUSCO, S., “Delitos contra los Derechos de los Ciudadanos extranjeros” (Dir.) Luzón Peña, D. M., *La Enciclopedia penal básica*, Granda, 2002, p. 450.

³³⁸ En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1092/2007 de 27 de diciembre de 2007 dispone que “*como consecuencia del abanico de actividades que el tipo penal admite, basta con que se promueva, favorezca o facilite por cualquier medio la inmigración clandestina para que se consume el delito; lo que comporta que es suficiente la participación del infractor en alguna de las múltiples tareas que convergen para llevar a cabo la acción para cumplir la previsión normativa, por lo que pueden incluirse conductas tales como la financiación de la operación, la actuación como intermediario, transportista, piloto de embarcación, o la facilitación de ésta, etc. Ello implica que sea irrelevante que los inmigrantes lleguen a acceder a la península o islas o no se concluya la operación por causa de intervención de la policía judicial o por razón de naufragio, por cuanto el delito se consuma por la realización de los actos de promoción, favorecimiento o facilitación, sin exigir que se consiga llegar clandestinamente a territorio español (v. SSTs de 5 de febrero de 1998, y de 16 de julio de 2002). Es importante destacar también que el bien jurídico protegido por el artículo 318 bis del Código Penal está integrado por dos tipos de intereses: el interés general de controlar los flujos migratorios, evitando que estos movimientos sean aprovechados por grupos mafiosos de criminalidad organizada, y el interés mediato de proteger la libertad, seguridad, dignidad y derechos de los emigrantes*”. También en Sentencia del Tribunal Supremo 526/2007, de 6 de junio de 2007, se afirma que “*El bien jurídico protegido por esta figura penal está constituido por un doble objetivo: a) la defensa del interés general de controlar los flujos migratorios; y b) la protección de la libertad, la seguridad, la dignidad y los derechos laborales de los inmigrantes. Y, según Sentencia del Tribunal Supremo 52/2006 de 19 de enero de 2006: se produce la inmigración clandestina y el tráfico ilegal en todos los supuestos en que se lleva a cabo el traslado de personas de forma ilícita, es decir, sin sujetarse a las previsiones establecidas en la Ley de Extranjería sobre la entrada, traslado o salida de las mismas, desde la perspectiva del territorio nacional*”. En igual sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo 1087/2006, de 10 de noviembre de 2006; la Sentencia del Tribunal Supremo 569/2006, de 19 de mayo de 2006; la Sentencia del Tribunal Supremo 153/2007, de 28 de febrero de 2007; la Sentencia del Tribunal Supremo 770/2007, de 19 de septiembre de 2007 y la Sentencia del Tribunal Supremo 823/2007, de 15 de octubre de 2007, entre otras: “*en este tipo hay dos clases de intereses complementarios: por un lado el interés del Estado de controlar los flujos migratorios evitando que éstos sean aprovechados por grupos de criminalidad organizada y por otro evitar situaciones de explotación que atentan a los derechos y seguridad de las personas*”.

mano de obra o de la inmigración clandestina de personas. Por el otro lado, se estaría protegiendo también “*el interés del Estado por el mantenimiento controlado del flujo migratorio*”³³⁹. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS parte de la consideración de que hay dos intereses a proteger: Por una parte, el interés general o colectivo por mantener controlado el flujo migratorio y hacer respetar las normas que lo regulan y por combatir a las mafias de la inmigración como forma de criminalidad organizada. Por otro lado, el interés en proteger algunos de los derechos básicos de los inmigrantes, concebidos como colectivo (su integridad, su libertad, su dignidad, sus derechos laborales)³⁴⁰. El Consejo General del Poder Judicial, en su Informe al Proyecto de reforma del Código Penal, que se materializó a través de la LO 11/2003, también se decanta por la existencia de distintos bienes jurídicos protegidos³⁴¹.

Una vez creado el tipo autónomo de trata de seres humanos en el art. 177 bis CP esta cuestión queda resuelta, pero sigue habiendo autores³⁴² que ven el carácter pluriofensivo de este delito en los daños que la propia explotación comporta. En contra, coincidimos con REQUEJO NAVEROS en que la determinación del bien jurídico protegido ha de ser independiente de los bienes jurídicos que puedan resultar afectados a través de las distintas finalidades de explotación, por cuanto ni es necesario que la explotación llegue a término para entender consumado el delito, el bien jurídico afectado por la explotación quedaría exento de protección al preverse el castigo de ambas conductas en régimen concursal³⁴³, con ello no queremos negar el carácter

³³⁹ LAFONT NICUESA, L., “Los delitos de trata de personas e inmigración clandestina ilegal tras la LO 5/2010, de 22 de junio por la que se reforma el Código Penal”, en A.A.V.V., *Estudios sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos*, Aranzadi, Pamplona, 2013, p. 206. Coincide con VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., en A.A.V.V., *Curso de Derecho Penal. Parte Especial*, 16ª ed., Dykinson, Madrid, 2011, pp. 109-130.

³⁴⁰ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., “Ley de Extranjería y Derecho Penal”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º 2, 2001, pp. 1737 y 1738.

³⁴¹ Informe al Proyecto de reforma del Código Penal, que se materializó a través de la LO 11/2003. pp. 38 y 39.

³⁴² Entre otros POMARES CINTA, E. “El delito de trata de seres humanos con finalidad (...)”, Op. Cit., pp. 13-15); y SANTANA VEGA, D. M., “El nuevo delito de trata de seres humanos”, *Cuadernos de Política Criminal*, 2011, (104), p. 84.

³⁴³ REQUEJO NAVEROS, M. T., “El delito de trata de seres humanos en el Código Penal español: Panorama general y compromisos internacionales de regulación” en (Coords.) Alcácer Guirao, R., Martín Lorenzo, M. y Valle Mariscal de Gante, M., *La trata de seres humanos: Persecución penal y protección de las víctimas*, Madrid, Edisofer, 2015, p. 30.

pluriofensivo, sino el hecho de que se fundamente en esas finalidades de explotación posteriores.

Diferente es la postura de PÉREZ ALONSO, que si bien defiende el carácter pluriofensivo de este delito, lo fundamenta en la violación del derecho a integridad moral y el derecho a la libertad, como el proceso de despersonalización de la víctima, junto a su privación de libertad, provocando un sentimiento de humillación y degradación personal lo que constituye la esencia del bien jurídico a proteger frente al proceso de trata y lo que sirve de fundamento a la autonomía de este delito frente a los delitos en los que se pueda concretar³⁴⁴.

Finalmente, entendemos más acertada la postura que ha apoyado el carácter pluriofensivo en el quebranto la dignidad y libertad, en tanto que la utilización del ser humano para fines mercantilistas supone su anulación como persona, en contra de su voluntad o sin consentimiento válido, sea cual sea la finalidad con la que la misma se realice³⁴⁵.

3. Toma de postura

Tras la creación del título VII bis entendemos que la intención del legislador no es otra que proteger como bien jurídico la dignidad humana con el art. 177 bis del CP, el propio legislador expresó en el preámbulo de la LO 5/2010 su voluntad en relación con este delito, afirmando que “*el artículo 177 bis tipifica un delito en el que prevalece la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren*”. Es un delito en el que prevalece la protección de la dignidad y la libertad y es que con el Convenio de Varsovia de 16 de mayo de 2005, que dispone que “*la trata de seres humanos constituye una violación de los derechos humanos y un atentado contra la dignidad y la integridad de las personas*” se sitúa a la víctima en el centro de la regulación penal, ofreciendo un amplio marco de tutela de los derechos de la víctima y se produce la independencia de la

³⁴⁴ PÉREZ ALONSO, E., “El bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos”, en (Dir.) Marín de Espinosa, E. B., *El derecho penal en el siglo XXI. Liber amicorum en honor al profesor José Miguel Zugaldía Espinar*, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 545-546.

³⁴⁵ Véase PÉREZ FERRER, F., “Sobre el delito de trata de seres humanos en el Código Penal español tras la reforma de la LO 1/2015, de 30 de marzo”, *Estudios jurídico penales y crimino-lógicos en homenaje al Prof. Lorenzo Morillas Cueva*, Suarez López, J.M. / Barquín Sanz, J. / Benítez Ortúzar, I. / Jiménez Díaz, M.J./Sáinz-Cantero Caparrós, J. E. (Coords.), Vol. 2, 2018, p. 1477.

trata de personas respecto de los problemas ligados a la emigración y delincuencia organizada, desembocando todo ello en la equiparación del concepto de trata con una violación de los derechos humanos así como un atentado contra la dignidad y la integridad de las personas. Afianzando como bien jurídico protegido la dignidad de la persona, siendo muchas las sentencias que confirman esta postura³⁴⁶. Entendemos que si se tratase de proteger la integridad moral lo más correcto hubiese sido que este delito se tipificase en el título específicamente dedicado a su protección (Título VII “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral). Sin embargo, no ha sido así, articulándose entre este título y el Título VI (“Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”), un nuevo título, el Título VII bis, rubricado precisamente “De la trata de seres humanos”. Entendemos que al fin y al cabo lo que se trata de proteger son los Derechos Humanos y limitar el bien jurídico a la protección de derechos como la libertad o la integridad moral nos parece insuficiente, una categoría como la dignidad humana nos permite aprehender el alcance de este fenómeno delictivo en el que se atenta contra la propia condición humana que es negada a la víctima. Creemos que va más allá de la integridad, es un atentado a la personalidad humana, es el derecho a ser tratado como persona y no como objeto³⁴⁷, el derecho a ser respetado como ser individual.

Finalmente, puede cuestionarse la postura de quienes lo aproximan al delito de coacciones³⁴⁸, en lo que respecta al bien jurídico protegido, pues como es sabido no es necesaria la violencia para que se dé el tipo. Y exagerada la postura que entiende que no puede ser un bien jurídico digno de protección. Y es que el genuino marco referencial de los bienes jurídico-penales viene dado, antes que, por los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente, por los derechos humanos antepuestos a las

³⁴⁶ Véase Sentencia del Tribunal Supremo 564/2019, de 19 de noviembre: *La trata vulnera la dignidad de la víctima. Es cosificada por el tratante y considerada como una mercancía*. En el mismo sentido Sentencia del Tribunal Supremo 146/2020, de 14 de mayo: *El delito de trata se realiza normalmente por organizaciones criminales. Se protege la dignidad, la libertad y la integridad moral de la persona*.

³⁴⁷ Coincidimos con VILLACAMPA ESTIARTE, C. "El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada (...)", Op. cit., p. 404.

³⁴⁸ Según MOYA GUILLEM, C., “El bien jurídico protegido en el delito de trata (...)”, Op. Cit., p. 294. “el núcleo central de ambas figuras consiste en imponer con violencia una conducta a otro a través de diversas modalidades de actuación”.

Constituciones y, a este respecto, cabe destacar que la dignidad es un derecho humano afirmado en la historia que goza hoy de reconocimiento internacional³⁴⁹.

III. EL DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS: TIPO BÁSICO (ART. 177 BIS 1)

1. Consideraciones previas: ubicación sistemática y naturaleza del delito

El siguiente paso en este trabajo de investigación es el análisis y valoración jurídica del art. 177 bis del CP, fundamentalmente el tipo básico (apartado 1) en sus elementos (tanto objetivos, como subjetivos), es decir, el análisis en sede de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

La LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal no recogía ningún tipo específico de trata de seres humanos. Como señalábamos, fue la LO 11/1999, de 30 de abril, la que incrimina la trata en su finalidad de explotación sexual, en el Título VIII del Libro Segundo del Código Penal “De los delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales”. Disponía el apartado segundo del artículo 188 CP que “*Será castigado con las mismas penas el que directa o indirectamente favorezca la entrada, estancia o salida del territorio nacional de personas, con el propósito de su explotación sexual empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima*”.

Ante los numerosos problemas de interpretación a la hora de determinar la conducta típica, la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de extranjeros lo deroga, incluyendo ahora dentro de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, un apartado segundo en el artículo 318 bis del Código Penal, con la siguiente redacción: “*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 UE, será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión.*”

³⁴⁹ ALONSO ÁLAMO, M., “Derecho penal y dignidad humana. de la no intervención contraria a la dignidad a los delitos contra la dignidad”, *Revista General de Derecho Constitucional* 12, 2011, p. 13

2. Si el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas, serán castigados con la pena de cinco a 10 años de prisión”³⁵⁰.

Es más tarde, con la modificación llevada a cabo por la LO 5/2010, de 22 de junio, del Código Penal dónde se aboga por una regulación autónoma de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina, por tratarse de fenómenos muy distintos³⁵¹.

Finalmente, con la aprobación de la LO 1/2015, de 30 de marzo, se introduce una modificación parcial de los apartados primero y cuarto (letras a y b) del artículo 177 bis CP³⁵². Según el Preámbulo de la Ley la reforma lleva a cabo “*Una completa transposición de la normativa europea. En concreto, dentro de las formas de comisión del delito se incluye la entrega o recepción de pagos para obtener el consentimiento de la persona que controla a las víctimas, o la trata con la finalidad de concertar matrimonios forzados. También se tipifica la explotación con la finalidad de que las víctimas cometan actos delictivos para los explotadores. Se delimita el concepto de vulnerabilidad, conforme al texto de la Directiva europea. Y se agrava la pena para los supuestos de creación de peligro de causación de lesiones graves*”.

Se define la trata de seres humanos en el art. 177 bis 1 CP como la *captación, transporte, traslado, acogimiento, recepción, de personas nacionales o extranjeros, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, 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, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, con cualquiera de estas finalidades:*

³⁵⁰ POMARES CINTAS, E., “El delito de trata (...)”, Op. cit., pp. 1 y ss.

³⁵¹ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. El punto XII de su preámbulo dispone que “*El tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina que contenía el artículo 318 bis resultaba a todas luces inadecuado, en vista a las grandes diferencias que existen entre ambos fenómenos delictivos*”. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-9953>

[ÚLTIMA VISITA: 12-03-2020]

³⁵² VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La trata de seres humanos tras la reforma del Código Penal de 2015”, *La Ley digital*, n.º 8554, 2015, p. 4.

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 explotación para realizar actividades delictivas.*

d) *La extracción de sus órganos corporales.*

e) *La celebración de matrimonios forzados.*

El Legislador, como viene siendo lo habitual, ha realizado una transposición literal de normativa internacional, una técnica caracterizada por implementar una regulación poco meditada. Lo configura como un delito común en el que los verbos nucleares en la descripción de la conducta son: *captar, transportar, trasladar, acoger, recibir.*

No se requiere llegar a la explotación efectiva, bastando con que el sujeto pasivo haya sido ya captado para ello o se encuentre ya en disposición de ser objeto de alguna de las finalidades que se mencionan en el precepto. Esto puede llevar a una extensión desmesurada del tipo, sobre todo si se tienen en cuenta que en el apartado 8 se castigan expresamente los actos de provocación, conspiración y proposición. Como analizaremos más adelante, la delimitación entre estos actos, la tentativa y la consumación resultará en muchos casos problemática³⁵³.

La conducta típica gira alrededor de tres elementos: la acción, los medios comisivos y la finalidad de explotación que deben concurrir cumulativamente para poder hablar de trata de personas, salvo los medios comisivos en caso de sujeto pasivo menor de edad. Nos hallamos así frente a un delito mutilado de dos actos en que la perfección

³⁵³ MUÑOZ CONDE, F., Derecho penal Parte especial, 20ª Edición, Tirant lo Blanch, 2015. Disponible en: <https://biblioteca--tirant--com.ual.debiblio.com/cloudLibrary/ebook/show/9788491190592?showPage=0>, p. 155.

Sentencia del Tribunal Supremo 146/2020, de 14 de mayo de 2020: “*No es necesario llegar a la explotación efectiva, de la víctima, al transporte o al traslado a otro lugar; basta con que el sujeto pasivo haya sido ya captado para ello o se encuentre ya en disposición de ser objeto de alguna de las finalidades típicas. Así, se añade por la doctrina que cualquiera de las finalidades del art. 177 bis.1 C.P que se citan de la letra a) a la e) es bastante para realizar el delito de trata de seres humanos, aunque no es necesario que se produzcan efectivamente, por tratarse de un "delito de consumación anticipada". Las tres se identifican con los "fines de explotación" de las víctimas del delito de trata de seres humanos y constituyen el "elemento subjetivo del injusto" del mismo. Como se ha expuesto, el delito de trata de seres humanos se consuma una vez realizada la acción típica independientemente de que se haya o no producido la situación concreta y efectiva de explotación laboral, sexual. Por ello, si concurre destino de prostitución sucede lo que aquí se ha tipificado de acudir al concurso medial*”.

del tipo se alcanzará cuando el tratante realice una de las conductas a que el tipo se refiere (captar, transportar, trasladar, acoger, recibir e intercambiar el control) concurriendo una de las finalidades de explotación igualmente enumeradas en el tipo, sin que requiera que objetivamente se produzca la referida explotación para que el delito se consuma³⁵⁴.

2. Elementos objetivos del tipo

2.1. Sujetos

A) Sujeto activo

En principio, el delito de trata de seres humanos se presenta como común desde el punto de vista de los sujetos, por lo que cualquiera puede cometerlo, excepto en el tipo agravado del número 5 que incrementa la pena por la condición de autoridad, agente de la misma o funcionario del sujeto activo, o cuando éste pertenezca a banda organizada o asociación criminal, aunque sea transitoria, según establece el número 6³⁵⁵.

En opinión de QUERALT JIMÉNEZ³⁵⁶ el sujeto activo puede ser *cualquiera*, un sujeto individual o los miembros de una organización en coautoría, en tal caso, se considera a todos los miembros de la red coautores y no cómplices y, además, todos ellos conjuntamente con la persona jurídica de la que eventualmente formen parte o a la que sirvan. Coincidimos en que los miembros de una red se considerarán autores y no cómplices, ya que no es necesario que todos los sujetos intervinientes estén coordinados en relación a la siguiente o previa etapa en la realización de la trata de personas, caracterizada por ser llevada a cabo, en la mayoría de las ocasiones, como una ejecución en cadena. La expresión «*tratante*» se refiere a quienes se dediquen a la captación y el transporte de personas, quienes ejerzan control sobre las víctimas de la trata, quienes las trasladen o mantengan en situaciones de explotación, quienes obtengan un lucro directo o indirecto de la trata, sus actos constitutivos y los delitos conexos³⁵⁷.

³⁵⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “El delito de trata de personas: análisis del nuevo artículo 177 bis CP desde la óptica (...), Op. Cit., p. 841.

³⁵⁵ LLORIA GARCÍA, P., “Trata de (...)”, Op. cit., pp. 329-350.

³⁵⁶ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., “Derecho penal español (...)”, Op. cit., p.197. En el mismo sentido, SANTA VEGA, D. M., ‘El nuevo delito de trata de seres humanos (LO 5/2010, 22-6)’, *Cuadernos de Política Criminal*, Dykinson, 2011, p. 85.

³⁵⁷ Véase en este sentido GARCÍA SEDANO, T., “El tipo de trata de seres humanos”, *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 2014, p. 2.

En nuestros tribunales se ha cuestionado si el sujeto activo debe ser una organización criminal. Sin embargo, esta tesis no parece asumible, en la medida en que el legislador español ha considerado oportuno construir, como veremos *infra*, un tipo agravado en el apartado 6 del art. 177 bis) para aquellos casos en los que "*... el culpable perteneciere a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades*". Resulta indudable, por tanto, que el tipo básico acoge en su tipicidad supuestos de ejecución no vinculados a la existencia de organizaciones criminales³⁵⁸.

Es cierto, que en la jurisprudencia más reciente observamos que en la mayoría de los casos la actuación está orquestada por una organización criminal, las sentencias se refieren continuamente a esta con expresiones como “fines de la organización”, “deuda contraída con la organización”, “existencia de una organización”³⁵⁹, “jefe de la organización”³⁶⁰ o “pertenencia a una organización”³⁶¹. Como decimos, en estos casos tendría que aplicarse la agravante del apartado 6. Por el contrario, existen casos en que no se aprecia la autoría por parte de un grupo organizado y contemplan como sujeto activo a un sujeto individual³⁶².

³⁵⁸ Sentencia del Tribunal Supremo 298/2015 de 13 mayo de 2015. FJ 5º B.2 al señalar que: “*La dificultad para la formulación del juicio de tipicidad se hace evidente si se repara en que el art. 318 bis del CP contiene una mención expresa al " tráfico ilegal" de personas. Resulta indispensable definir el radio típico de cada uno de esos preceptos y hacerlo desde la perspectiva, tanto de los elementos del tipo objetivo y subjetivo que integran su estructura, como atendiendo al bien jurídico que cada uno de aquellos preceptos aspira a salvaguardar. Se han sugerido, tomando como referencia los textos internacionales que inspiran la regulación del nuevo art. 177 bis, distintos criterios de delimitación. Es el caso, por ejemplo, de la exigencia de que el delito de trata de seres humanos se ejecute a través de organizaciones criminales. De hecho, la definición del Protocolo de Palermo (art. 3, a) aparece vinculada con la Convención de Naciones Unidas contra el crimen organizado transnacional (cfr. Resolución 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000)*”.

También en la Sentencia del Tribunal Supremo 910/2013, de 3 de diciembre de 2013 expone que “*el artículo 177 bis tipifica un delito en el que prevalece la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren. Por otro lado, resulta fundamental resaltar que no estamos ante un delito que pueda ser cometido exclusivamente contra personas extranjeras, sino que abarcará todas las formas de trata de seres humanos, nacionales o transnacionales, relacionadas o no con la delincuencia organizada*”.

³⁵⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 63/2020 de 20 de febrero de 2020.

³⁶⁰ Sentencia del Tribunal Supremo 396/2019 de 24 julio de 2019.

³⁶¹ Sentencia del Tribunal Supremo 827/2015 de 15 diciembre de 2015.

³⁶² Así por ejemplo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 392/2021 de 23 de julio de 2021 se refiere en los hechos probados a la “acusada” “*dedicada desde 2014 a traer a España a mujeres jóvenes, compatriotas suyas, que se encontraban en precaria situación económica en su país de origen, aprovechándose de ello para convencerles de que vinieran a España a trabajar, ofreciéndoles abiertamente a muchas ejercer la prostitución, pero con un falso ofrecimiento de importantes ganancias económicas, en ventajosas condiciones que incluían la libertad de decidir si continuar en el ejercicio de dicha actividad o*

Asimismo, también pueden ser sujeto activo las personas jurídicas, pues conforme al apartado 7 del precepto analizado “*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*”.

Esta cláusula específica se debe a la estrecha relación entre las personas jurídicas y el crimen organizado. Prevé la aplicación de dos sanciones: la clausura temporal de los locales y establecimientos y la multa igual a las personas físicas, ello dando cumplimiento a la normativa internacional, aunque esta incluye más sanciones, así la decisión Marco 2002/629/ JAI en su artículo 5 prevé que puedan acordarse otras sanciones como la exclusión del disfrute de ventajas o ayudas publicitarias, la prohibición temporal o permanente del desempeño de actividades comerciales, el sometimiento a vigilancia judicial y la medida judicial de liquidación o cierre temporal o definitivo de establecimientos utilizados en la comisión de la infracción³⁶³.

Puede resultar redundante por la propia remisión que el apartado hace al art. 31 bis del CP que recoge la responsabilidad penal de las personas jurídicas y a las penas previstas en las letras b) a g) del apartado 7 de art. 37 CP.

Conforme al art. 31 bis CP, la conducta debe haber sido cometida por persona física (representante legal o administrador): “*De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma*”.

no, la libertad de rechazar a determinados clientes o algunas prácticas sexuales. Tal ofrecimiento no era real, ya que desde el momento en que las mujeres se encontraban en España, en situación administrativa irregular, sin contactos ni vínculos de ningún tipo, y bajo el control y la autoridad de la acusada”. Sin referencia a organización criminal.

³⁶³ Vid. TERRADILLOS BASOCO, PORTILLO CONTRERAS, POMARES CINTRAS y GUARDIOLA LAGO, “Trata de seres humanos: art. 177 bis CP”, en Op. Cit. pp. 201-202.

B) Sujeto pasivo

Puede ser cualquier persona, nacional o extranjero. Por tanto, no va exclusivamente dirigido contra personas extranjeras, sino que abarca todas las formas de trata de seres humanos, nacionales o transnacionales, relacionadas o no con la delincuencia organizada. En cambio, el delito, de inmigración clandestina del art.318 bis CP siempre tendrá carácter transnacional³⁶⁴. Aunque lo habitual es que el traslado forzoso se produzca de un país a otro y el delito se configure como transfronterizo, nada obsta para que la víctima sea un nacional o siendo un extranjero, que la trata se produzca sin necesidad de cruzar fronteras. Además, esta interpretación viene reforzada por la referencia en la rúbrica a que la trata debe recaer sobre “seres humanos” y no sólo sobre “ciudadanos extranjeros” como ocurre en el art.318 bis, sin olvidar que la propia redacción típica alude a la víctima “nacional o extranjera”. No obstante, determinadas cualidades del sujeto pasivo (edad, especial vulnerabilidad, discapacidad o estado gestacional) hacen nacer otro tipo agravado (núm. 4)³⁶⁵.

Sorprende, por tanto, que el tipo del delito de trata continúe refiriéndose a la víctima nacional o extranjera. Desde el momento en que, desde el punto de vista de la nacionalidad, las víctimas sólo pueden ser nacionales o extranjeras. Y si todas ellas son protegidas, sean nacionales o extranjeras, entonces no es necesario efectuar referencia alguna a su condición nacional. En su momento, la referencia tanto a uno como a otro tipo de víctimas podía tener su explicación en la endémica confusión trata-migraciones ilegales y en la necesidad sentida por el legislador de clarificar que la trata protegía a todo tipo de víctimas, las nacionales o las extranjeras, tanto a las que lo fueran de trata interna como de trata internacional. Sin embargo, pasado tanto tiempo de la incorporación del delito de trata al Derecho interno español y habiendo declarado reiteradamente que tal confusión conceptual se halla ya claramente superada. Tan solo cabe ya a estas alturas, como indicara el dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de LO de modificación del CP de 2012, que se suprima cualquier adjetivo relativo a la nacionalidad que

³⁶⁴ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal Parte Especial*, 20ª Edición, 2015, p. 169-173.

³⁶⁵ LLORIA GARCÍA, P., “Trata de (...)”, Op. cit., pp. 329-350.

acompañe al sustantivo víctima³⁶⁶, este ya incluye a cualquiera, español o extranjero, en cualquier lugar del mundo, la persona sin que la nacionalidad sea relevante.

Ya hemos afirmado que sujeto pasivo de la trata puede ser cualquier persona, así lo confirma el artículo 177 bis cuando se refiere a la víctima, señalando que puede ser nacional o extranjera, pero, desde el punto de vista territorial, la conducta típica debe estar relacionada de algún modo con España, pudiendo incluso perpetrarse completamente en nuestro país, al utilizar el citado precepto la expresión «en territorio español, desde España, en tránsito o con destino a ella», por lo que el carácter transnacional es posible, pero no necesario, siendo atípica la trata cometida en el extranjero que no esté conectada con España.

Tradicionalmente, se había considerado que había un solo delito de trata, aunque recayese sobre varias personas, si la conducta afectaba de forma global a varias de ellas y se realizaba dentro de la misma operación y con el mismo propósito, sin embargo, la Ley orgánica 1/2015 se refiere al término «víctima» en singular –igual que la Directiva 2011/36/UE –, salvo en un caso relativo a los subtipos agravados, en donde la ley penal habla de «las personas», por lo que la cuestión fue llevada al Pleno no jurisdiccional para la unificación de criterios que, el 31 de mayo de 2016, adoptó el siguiente acuerdo: «*El delito de trata de seres humanos definido en el artículo 177 bis del Código penal, reformado por la Ley orgánica 1/2015, obliga a sancionar tantos delitos como víctimas, con arreglo a las normas que regulan el concurso real*». Por tanto, cuando haya varias víctimas, no será posible aplicar ni el concurso ideal pluriofensivo, ni la continuidad delictiva. El mismo criterio se aplica a algunos delitos con los que concluye la trata, así en el delito del artículo 187.1 CP hay tantos delitos como sujetos a los que se determina a la prostitución³⁶⁷. Más recientemente la jurisprudencia sigue confirmando que hay un delito de trata por cada víctima³⁶⁸.

Las mujeres y niños son las personas más expuestas y vulnerables y, por tanto, resultan más fácilmente susceptibles de ser sometidas y explotadas, *desposable people*

³⁶⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Título XV bis. Delitos contra los derechos (...)”, Op. cit., p.

³⁶⁷ DELGADO SANCHO, C. D., “La Trata de seres humanos y la inmigración clandestina tras la reforma de la LO 1/2015”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, num.8, Editorial Aranzadi, 2017, p. 5.

³⁶⁸ Sentencia del Tribunal Supremo nº 146/2020, de 14 de mayo.

«personas desposeídas»³⁶⁹, tal y como ha sido puesto de relieve mediante la noción de *position of vulnerability* «posición de vulnerabilidad» en el Protocolo adicional de Palermo y en el acuerdo marco de la Unión Europea del 19 de julio de 2002 sobre la lucha contra la trata de seres humanos.

Quizás por esa especial vulnerabilidad el apartado 2 del art. 177 bis 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*”. Y es que, el legislador se ha preocupado especialmente por el sujeto pasivo menor de edad, a través de una agravación en el apartado 4 y, reforzando su protección, al incorporar con la reforma introducida en el apartado 1 a través de la L.O. 8/2021, de 4 de junio³⁷⁰, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia “*la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidos, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad*”.

2.2. Conductas típicas

A) Acción

Al formular un concepto jurídico del delito, se comienza por la afirmación de que se trata de una acción que, a diferencia de los hechos, requiere un ser dotado de voluntad. Supone que, una vez superada la fase interna, de ideación, deliberación y resolución, indiferente para el derecho penal, se exterioriza la resolución delictiva, momento inicial relevante para aquél. A partir de ahí debemos examinar si la acción es típica, antijurídica, culpable y punible, en terminología de nuestro Código (art.10) “*dolosa o imprudente penada por la ley*”³⁷¹.

³⁶⁹ Como las llama Kevin Bales en su obra *Disposable People: New Slavery in the Global Economy*, 15 de abril de 1999.

³⁷⁰ Número 1 del artículo 177 bis redactado por el apartado diecisiete de la disposición final sexta de la L.O. 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia («B.O.E.» 5 junio). Vigencia: 25 junio 2021. Disponible en: https://noticias.juridicas.com/base_datos/Laboral/699574-lo-8-2021-de-4-jun-proteccion-integral-a-la-infancia-y-la-adolescencia-frente.html#I428

³⁷¹ Es decir, según Jescheck las funciones de definición y enlace de la acción LUZÓN CUESTA, J.M., *Compendio de Derecho Penal Parte general*, Edit. Dykinson, 2015, p. 49.

El art. 177 bis CP dispone que será castigado...*el que captare, 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.*

Los verbos típicos son captar, transportar, trasladar, acoger, recibir e intercambiar el control. Vemos como el Legislador hace punibles cada una de las fases en las que se produce la trata de personas, pues la trata de personas es un proceso. Nos encontramos ante un delito mixto alternativo, en el que la realización de una de las distintas conductas descritas es suficiente para la consumación del delito³⁷². El apartado primero que recoge los elementos nucleares del delito aparece redactado como un delito doloso de consumación anticipada, en tanto que exige que aparezca alguna de las modalidades comisivas expuestas con la finalidad de explotación sexual, laboral, realización de actividades delictivas, extracción de órganos, o matrimonios forzados, sin que sea necesario que estas finalidades lleguen a ejecutarse³⁷³.

Algunos autores han destacado su vaguedad e imprecisión. Entienden que lo que ha hecho el legislador es volver al texto del Anteproyecto de reforma del CP de 2008, sobre el que el preceptivo informe del CGPJ recomendaba que el tipo penal refuerce la vinculación dolosa de todas las conductas con el tráfico de personas, de tal forma que el peso central de la conducta típica no recaiga en las acciones de captar, alojar, recibir, o acoger, sino, precisamente en la de traficar con personas. La captación, transporte, traslado, acogida, recepción o alojamiento, a los que se refiere el Anteproyecto de 2008 deben ser descritas, por tanto, como formas concretas de traficar con personas. Hubiera sido más correcto utilizar, en lugar del verbo traficar, el de tratar, más utilizado en las

³⁷² MIR PUIG S., “Derecho Penal, Parte General”, Op. Cit., p. 34. Y Sentencia del Tribunal Supremo 146/2020, de 14 de mayo de 2020.

³⁷³ SANTANA VEGA, D.M, “El nuevo delito de trata de seres humanos”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 104, 2011, pp. 79 ss.

En la Sentencia del Tribunal Supremo 214/2017, de 29 de marzo de 2017, se subrayan como elementos típicos de la conducta criminal de la trata de seres humanos, que son destacados por la UNODC (Oficina de la Naciones Unidas contra la droga y el delito), y que se perciben en las sucesivas fases en las que se articula la trata: i) Fase de captación, ii) Fase de traslado y iii) Fase de explotación.

convenciones internacionales. Consideran que el Dictamen de la Comisión de Justicia del Congreso prefirió el retorno a la vaguedad de 2008, lo que abre hoy la puerta a interpretaciones demasiado laxas, como la que permitiría entender subsumible en el Art. 177 bis la conducta de dar alojamiento a persona que lo necesite, conociendo que no lo hubiera aceptado de no sufrir tal situación de necesidad, con el propósito de proponerle ulteriormente el ejercicio de la prostitución en condiciones de explotación, o con el propósito de intentar convencerle para que permita la extracción de órganos corporales³⁷⁴.

Tal como afirma la STS de 18 de mayo de 2016, en un supuesto de trata de seres humanos para explotación sexual en que se traslada a España a mujeres subsaharianas a las que se presiona para ejercer la prostitución obligación de abonar los importes pagados, se trata de un delito de intención o propósito de alguna de las finalidades mencionadas en este mismo apartado, lo cual significa que basta aquel para su consumación, sin necesidad de realizar las conductas de explotación descritas, y que podrían dar lugar, en su caso, a otros tipos delictivos, lo que expresamente prevé el legislador en el apartado 9 del artículo 177 bis CP³⁷⁵.

En el número 1 se describen las conductas delictivas. Con la reforma desaparece la referencia a alojar, que podía incluirse perfectamente en los verbos “acoger” o “recibir”, aunque VILLACAMPA ESTIARTE lo achaca a que dicha conducta no se recoge ni en la Directiva 2011/36/UE, ni en el Convenio de Varsovia, en su lugar, se incluye el intercambio o transferencia de control a cambio de precio o beneficio³⁷⁶.

Estas acciones deben llevarse a cabo sobre persona nacional o extranjera, empleando violencia intimidación o engaño o abusando de una situación bien de superioridad del sujeto pasivo o bien de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, tomando como referencia siempre que el sujeto pasivo debe tener algún contacto con el territorio español.

³⁷⁴ De esta opinión es TERRADILLOS BASOCO, J. M., “Trata de seres humanos”, Op. cit., p. 209.

³⁷⁵ Sentencia del Tribunal Supremo 420/2016 de 18 de mayo de 2016. FJ 3º: Se trata de un delito de intención o propósito de alguna de las finalidades expresadas en su apartado 1º, lo cual significa que basta aquél para su consumación sin que sea necesario realizar las conductas de explotación descritas que podrán dar lugar en su caso a otros tipos delictivos, lo que expresamente prevé el legislador en la regla concursal que incorpora en el apartado 9º del artículo 177 bis.

³⁷⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “El delito de trata (...)”, Op. cit., pp. 399 y ss.

La conducta sigue las previsiones de la Decisión Marco 2002/629 y las del Protocolo de la Convención de Naciones Unidas de 2000, tomando en cuenta tras la reforma los mandatos de la Directiva 2011/36, una copia de la normativa internacional. La fórmula legal se presenta como imprecisa y excesivamente amplia, puesto que se incorpora como conducta a castigar aquélla que se elabora desde la universalidad que ha de regir la orientación para la normación en varias realidades legislativas diferentes, afirmación que sigue siendo válida tras la entrada en vigor de la LO 1/2015³⁷⁷.

Sigue en buena medida el legislador de 2010 las pautas del Convenio de Varsovia de 2005³⁷⁸. Estas acciones pueden ser desarrolladas, o bien por una sola persona o una unión de personas con un fin, o bien varios sujetos descoordinados, las diversas fases, pero, como si de un mercado se tratara, suministrando víctimas o retirándolas. Así, unos pueden captar, secuestrando, por ejemplo, y otros facilitar a miles de kilómetros albergue para pasar clandestinamente la siguiente frontera.

Según la Circular 5/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre “Criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración”, 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)³⁷⁹.

La captación es hacerse con la víctima; transportar es, llevarla de un lugar a otro; trasladar, podría ser sinónimo, corresponde a mover el lugar de estancia a las víctimas; acoger supone la porción final del tráfico, quien acoge es el destinatario final; recibir es

³⁷⁷ TERRADILLOS BASOCO, J., “Trata de seres humanos”, Op. cit., pp. 209 a 211.

³⁷⁸ CONSEJO DE EUROPA (2005). Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005. Instrumento de ratificación BOE núm. 219, de 10 de septiembre de 2009 Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2009/09/10/pdfs/BOE-A-2009-14405.pdf>

³⁷⁹ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Circular 5/2011 sobre “Criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración”. p. 1562.

una acción análoga a la anterior, pudiendo distinguirse, sin que ello sea relevante, a efectos de permanencia: el beneficiario parece tener más voluntad de permanencia en su estado posesorio³⁸⁰.

La reforma de 2015, troca el anterior verbo típico alojar con la perífrasis incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas. Ello supone que alojar está ínsito en acoger o recibir (los verbos típicos previos al suprimido) y que tal intercambio de control se refiere, en la medida que sea posible, a todas las acciones típicas. Ahora, y esto es un acierto decisivo, no importa tanto el pase real de las personas objeto del tráfico de unas a otras manos, sino el poder real que se ejerce sobre las mismas, aun sin cambiar estas por un periodo más o menos largo de tiempo de lugar. Quien tenga ese poder real es autor, aunque físicamente carezca de contacto sobre las víctimas³⁸¹. Respecto a ese intercambio y transferencia de control sobre las personas. La doctrina ya trataba de cubrir ese vacío al interpretar que el verbo típico «traslado» incluía no sólo el traslado físico, sino fundamentalmente el traslado de dominio sobre una persona. La misma interpretación sostuvo la Circular de la Fiscalía General del Estado 5/2011. Esta cuestión queda resuelta con la nueva acción³⁸².

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 explotación³⁸³ y en el que se aprecian sucesivas fases o eslabones en los que se articula la trata³⁸⁴. La " trata " equivale a una forma de tráfico de seres humanos, inducidas a ser trasladadas con engaño, y en tal sentido utilizadas, ya en ese tramo de la actividad criminal contemplada, de un modo instrumental, del género del que se dispensa a los bienes materiales para su colocación en el mercado³⁸⁵.

³⁸⁰ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., "Derecho penal español (...)", Op. cit., p. 184.

³⁸¹ *Ibidem.*, p. 197.

³⁸² VILLACAMPA ESTIARTE, C., "El delito de trata (...)", Op. cit., pp. 399-419.

³⁸³ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Circular 5/2011 sobre "Criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración".

³⁸⁴ La Sentencia del Tribunal Supremo 214/17, de 29 de marzo de 2017, ha abordado el estudio de los elementos típicos de la conducta criminal de la trata de seres humanos, contemplada desde una perspectiva criminológica, que son destacados por la UNODC (Oficina de la Naciones Unidas contra la droga y el delito), aprecia sucesivas fases o eslabones en los que se articula la trata, distinguiendo entre captación, traslado y explotación.

³⁸⁵ Véase Sentencia del Tribunal Supremo 786/2016, de 20 de octubre de 2016.

Por último y, antes entrar a describir cada una de las conductas típicas, subrayar que no es necesario participar en el traslado para incurrir en el reproche penal que incorpora el artículo 177 bis del Código Penal³⁸⁶, en este delito se requiere que el autor conozca la situación precedente de la captación de la víctima, y englobe su conducta en alguno de los verbos típicos de la acción. Y, además, el delito no desaparece hasta que no concluya la vulnerabilidad, amenaza o intimidación a la víctima³⁸⁷. Las fases esenciales de este proceso son la captación (Atraer a la persona para controlar su voluntad, normalmente mediante el engaño y con frecuencia con la coacción) y el traslado (mover a una persona de un lugar a otro produciendo su desarraigo o separación del lugar donde habita o se ha criado)³⁸⁸, aunque como vemos no son las únicas.

a) Captación

La Real Academia de la Lengua Española define el verbo captar como “*Atraer a alguien o ganar su voluntad o afecto*”, así como “*Atraer, conseguir o lograr benevolencia, estimación, atención, antipatía, etc., de alguien*”³⁸⁹. En la doctrina se han dado dos posiciones: los que, al igual que la FGE entienden que la captación se refiere a la sustracción de la víctima de su contexto vital. Así dice la circular 5/2011 de la FGE que *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*³⁹⁰. Por otro lado, Naciones Unidas centra el contenido del verbo en la atracción de la víctima “*Presupone reclutamiento de la víctima, atraerla para controlar su voluntad para los fines de explotación*”³⁹¹.

La captación es el primer paso del delito de trata de seres humanos³⁹². Desde un punto de vista gramatical, supone que el sujeto se gana la voluntad del futuro traslado,

³⁸⁶ Como expresa la Sentencia del Tribunal Supremo 132/2018, de 20 de marzo de 2018.

³⁸⁷ Añade la Sentencia del Tribunal Supremo 538/2016 de 17 de junio de 2016.

³⁸⁸ Sentencia del Tribunal Supremo 564/2019 de 19 de noviembre de 2019. En el mismo sentido Sentencia del Tribunal Supremo 554/2019, de 13 de noviembre de 2019.

³⁸⁹ RAE, *Diccionario de la Lengua Española*. Disponible en: <https://dle.rae.es/captar>

³⁹⁰ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Circular 5/2011 sobre “Criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración”. p. 1562.

³⁹¹ UNDOC. Manual sobre investigación del Delito de Trata. Guía de auto aprendizaje. Nueva York, 2009. p. 9.

³⁹² Sentencia del Tribunal Supremo 214/2017 de 29 de marzo de 2017. Describe las distintas fases por las que atraviesa el delito de trata de seres humanos: A) Fase de captación. La primera fase del delito de trata de seres humanos consiste en una inicial conducta de captación, que consiste en la atracción de una persona para controlar su voluntad con fines de explotación, lo que equivale al reclutamiento de la víctima.

siendo un acto previo que debe ir revestido de las notas de violencia, intimidación, engaño o abuso. Hay que hacer una mención especial, por su relevancia actual, a las TIC, donde es fácil que se utilicen páginas de contactos para embaucar a las víctimas, con el método del *lover boy*, donde la confianza de la víctima se gana a través del enamoramiento y sin violencia, a través de la comisión fraudulenta o abusiva. En palabras de LLORIA GARCÍA³⁹³, *en caso, por ejemplo, de raptó con violencia o con intimidación, no es posible hablar de captación, y dicha conducta con la finalidad de explotación, debería quedar fuera del ámbito de aplicación de la trata castigándose en su caso por el correspondiente delito en concurso con el art. 177 bis según las previsiones de la cláusula concursal*. Pero si esto es así se desoye una de las recomendaciones de la Disposición Marco y también de la Directiva, que incluye, entre los medios comisivos, el propio raptó como forma de coacción, fuerza o amenaza, en una confusión entre verbos típicos y medios comisivos que el legislador nacional ha salvado, pero olvidando incluirlo como acción típica que se caracteriza, precisamente, por la privación de libertad con finalidad de traslado mediante violencia o intimidación, error que no se ha subsanado con la reforma³⁹⁴.

Como decimos la captación constituye el eje principal a partir del cual se desencadena el proceso de la trata, suponiendo la separación de la persona de su hábitat natural sin su anuencia, para incorporarla al ámbito de dominio del victimario (captador o traficante), con la consiguiente pérdida de autonomía y capacidad de voluntad³⁹⁵.

En esta fase de captación o reclutamiento, se utiliza habitualmente el engaño, mediante el cual el tratante, sus colaboradores o su organización articulan un mecanismo de acercamiento directo o indirecto a la víctima para lograr su "enganche" o aceptación de la propuesta. También se combina con frecuencia el engaño con la coacción. B) Fase de Traslado: el traslado ocupa el segundo eslabón de la actividad delictiva en la trata de seres humanos. El traslado consiste en mover a una persona de un lugar a otro utilizando cualquier medio disponible (incluso a pie). La utilización de la expresión traslado enfatiza el cambio que realiza una persona de comunidad o país y está relacionado con la técnica del "desarraigo", que es esencial para el éxito de la actividad delictiva de trata. El traslado puede realizarse dentro del país, aunque es más habitual con cruce de fronteras. Y C) Fase de explotación: la explotación consiste en la obtención de beneficios financieros, comerciales o de otro tipo a través de la participación forzada de otra persona en actos de prostitución, incluidos actos de pornografía o producción de materiales pornográficos.

³⁹³ LLORIA GARCÍA, P., "Trata de (...)", Op. cit., pp. 329-350.

³⁹⁴ LLORIA GARCÍA, P., "Trata de (...)", Op. cit., pp. 329-350.

³⁹⁵ Comparte esta opinión DAUNIS RODRÍGUEZ, A., "El delito de trata (...)", Op. Cit., p. 82 "cuando la persona es captada pierde la capacidad de controlar plenamente su proyecto vital presente o futuro, al adquirir el tratante una clara posición de dominio sobre ella, hasta el punto de poder determinar sus decisiones y actividades finales" citado por LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., "Conceptualización de la trata de seres humanos (...)", Op. Cit., pp. 32-33.

La captación se suele producir en el país de origen de las víctimas que puede que coincida con el país de nacionalidad de la víctima en los casos de trata interna, el transporte supone desplazamiento y, mayoritariamente, el cruce de fronteras a través del país de tránsito y finalmente la explotación en el país de destino³⁹⁶. Las conductas de captación pueden ser desde promesas de mejor vida y empleo, matrimonio o relación (método del *lover boy*), deudas, promesa de papeles y documentación, etc. Construyendo deudas para la víctima que pueden ser impagables y, son utilizadas para coaccionar e intimidar a la persona, pasando por flagrantes casos de “compraventa” de personas³⁹⁷.

Si atendemos a la realidad criminológica, la captación se produce fundamentalmente a través el engaño mediante por ejemplo una oferta falsa de trabajo. En estos supuestos, la captación se perfecciona como acción típica no solo cuando se ofrece un trabajo que realmente no existe (por ejemplo, se oferta un trabajo como modelo, pero posteriormente se obliga a la víctima a ejercer la prostitución), sino también cuando

³⁹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo 214/2017 de 29 de marzo de 2017, “El condenado, desde su residencia en Gandía, a través de la mediación de terceras personas residentes en Nigeria, se puso en contacto con la testigo protegida núm. NUM010, también nigeriana, nacida en 1994, y aprovechando su precaria situación económica le ofreció trabajo en España, para introducirla en nuestro país de forma irregular con el propósito de que ejerciera la prostitución. A través de terceras personas exigió a la testigo protegida núm. NUM010, que acudiese a un domicilio de Nigeria en el que le practicaron un ritual vudú, cortándole pelo de la cabeza, vello púbico y uñas, así como recogiendo su flujo menstrual, ritual mediante el cual, valiéndose de su creencia en el rito vudú arraigado en Nigeria y la consiguiente constricción de voluntad que ejercía sobre ella, fue conminada a reintegrar en España al procesado y a la hermana de éste el total importe de la deuda que iba a contraer para su traslado, que ascendía a 40.000 euros, bajo la advertencia de que, en otro caso, moriría o se volvería loca, y que sus familiares en Nigeria sufrirían graves consecuencias. En ejecución del plan, en junio de 2011, el condenado, actuando en connivencia con su hermana y a través de terceras personas residentes en Nigeria con las que ambos actuaban concertadamente, trasladó a la testigo protegida núm. NUM010 en una camioneta, junto a numerosas personas, desde Nigeria a Marruecos y desde allí a España a bordo de una patera que desembarcó en la localidad de Motril, donde la joven fue trasladada a un Centro de acogida de menores. Una vez en el Centro de menores, el condenado, a través de su hermana, la conminó a fugarse con la finalidad de que cumpliera el compromiso que había contraído, bajo la advertencia de que, en otro caso, ella y su familia en Nigeria sufrirían las graves consecuencias que le habían sido anunciadas. Lo que llevó a la joven a abandonar el Centro en el que estaba acogida, siendo recogida por la hermana del procesado, quien, en connivencia con éste, la trasladó hasta Gandía”.

Más recientemente la Sentencia del Tribunal Supremo 63/2020 de 20 febrero de 2020 cuando señala que: La captación se produce en Nigeria, la ruta continuó por Casablanca y la entrada a España de las mujeres se produjo por Málaga el 8/1/2012, vía aérea, en el vuelo NUM005 de la compañía Royal Air Maroc, por la T- 2 del aeropuerto malagueño.

³⁹⁷ Audiencia Provincial de Las Palmas Sentencia núm. 128/2019 de 4 abril de 2019: el perfil mayoritario de estas víctimas es el de una adolescente de Europa del este, de entre 14 y 17 años, que son captadas por chicos jóvenes que las enamoran (*lover boy*) y, aprovechando su vulnerabilidad, las trasladan a otro país para explotarlas. Audiencia Provincial de Guadalajara (Sección1ª) sentencia núm. 17/2020 de 13 octubre, se refiere al sistema del *lover boy* por el que una persona enamora a otra y la hace depender totalmente de él.

se obliga a desempeñarlo bajo unas condiciones claramente diversas a las inicialmente pactadas (como la prostitución de lujo para posteriormente obligar a la víctima a la prostitución acuartelada)³⁹⁸. Los tratantes, sus colaboradores o su organización articulan un mecanismo de acercamiento directo o indirecto a la víctima para lograr su "enganche" o aceptación de la propuesta. También se combina con frecuencia el engaño con la coacción. Normalmente el engaño es utilizado para mantener a la víctima bajo control durante la fase de traslado e inicialmente en los lugares de explotación, aunque pronto se sustituye o se combina con la coacción³⁹⁹, cuestiones sobre las que profundizaremos en el apartado relativo a los medios comisivos.

VILLACAMPA ESTIARTE⁴⁰⁰ entiende que la conducta de captación requiere que la víctima, "por iniciativa del autor", adopte algún tipo de compromiso en virtud del cual se sienta obligada a prestar un servicio. Dice esta autora que *la captación requiere algo más que la mera oferta de cualquier tipo de trabajo, servicio de traslado o actividad apetecible a las víctimas de la trata, exigiéndose algún tipo de resultado intermedio, esto es, el cierre de alguna suerte de acuerdo o contrato que al menos aparentemente obligue al tratado. De acuerdo con el informe explicativo del Convenio de Varsovia, en el término captación puede entenderse incluida la realizada mediante cualquier instrumento, incluido el uso de nuevas tecnologías, especialmente de internet, que está constituyendo un mecanismo muy utilizado con dicha finalidad*⁴⁰¹.

³⁹⁸ DAUNIS RODRÍGUEZ, "El delito de trata (...)", Op. cit., p.83. En el mismo sentido, UNODC, Manual para la Lucha contra la Trata de Personas, cit., pp. 15-17.

³⁹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 396/2019 de 24 julio de 2019: "*La primera fase del delito de trata de seres humanos consiste en una inicial conducta de captación, que consiste en la atracción de una persona para controlar su voluntad con fines de explotación, lo que equivale al reclutamiento de la víctima. En esta fase de captación o reclutamiento, se utiliza habitualmente el engaño, mediante el cual el tratante, sus colaboradores o su organización articulan un mecanismo de acercamiento directo o indirecto a la víctima para lograr su "enganche" o aceptación de la propuesta. También se combina con frecuencia el engaño con la coacción. El engaño consiste en utilizar datos total o parcialmente falsos para hacer creer a la víctima algo que no es cierto y que generalmente se traduce en ofertas de trabajo legítimo, bien en el servicio doméstico, bien en establecimientos fabriles o comerciales, o incluso como modelos, y en general en ofrecer a personas desvalidas unas mejores condiciones de vida. Normalmente el engaño es utilizado para mantener a la víctima bajo control durante la fase de traslado e inicialmente en los lugares de explotación, aunque pronto se sustituye o se combina con la coacción*".

En el mismo sentido véase Sentencia de la Audiencia Nacional Sentencia 1/2019 de 18 febrero de 2019 y Sentencia del Tribunal Supremo 144/2018 de 22 marzo de 2018.

⁴⁰⁰ VILLACAMPA ESTIARTE, C., "El delito de trata (...)", Op. cit., p. 417.

⁴⁰¹ VILLACAMPA ESTIARTE, C., "El delito de trata de personas: análisis (...)", Op. cit., p. 843.

Según la UNOCD la captación es un concepto que se traduce en atracción. Es decir, atraer a una persona, llamar su atención o incluso atraerla para un propósito definido. En lo que respecta a la trata de personas tiene un significado muy similar, presupone reclutamiento de la víctima, atraerla para controlar su voluntad para fines de explotación. Algunas legislaciones han cambiado este concepto por “reclutamiento” o “promoción” aunque no son sinónimos⁴⁰². Será captador aquel que, advirtiendo la situación de la víctima, crea en la misma la expectativa de mejora, dirigiéndola con un ardid a otra persona que tiene montado el escenario o la infraestructura para esclavizar a la víctima⁴⁰³.

b) Transporte

El “transporte” supone la acción y efecto de transportar o transportarse, esto es, llevar a alguien o a algo de un lugar a otro, o lo que es lo mismo trasladar. Desde un punto de vista gramatical pues, las dos referencias típicas estarían aludiendo al mismo supuesto, mover al tratado de un lugar a otro, con o sin cambio de país. En todo caso se ha de producir con violencia, intimidación o engaño o con abuso de posición⁴⁰⁴, salvo sujeto pasivo menor de edad. Esto ha supuesto problemas interpretativos en torno a los verbos típicos “transportar” y “trasladar”.

VILLACAMPA ESTIARTE propuso una interpretación amplia del verbo típico trasladar, otorgándole un significado y alcance diverso a la acción de transportar. De esta forma, identificaba transportar con el desplazamiento físico de personas, mientras que trasladar lo reservaba para las acciones en las que no se produce dicho movimiento de la persona sino, más bien, lo que se desplaza es el poder que existe sobre ella, es decir, existe

⁴⁰² UNOCD. Manual sobre la investigación del delito de trata de personas. Guía de autoaprendizaje. p. 9. Disponibles en:

file:///E:/PUBLICACIONES%20UNODC/MANUAL%20DE%20AUTO_APRENDIZAJE.pdf

⁴⁰³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón 19/2020 de 16 de enero de 2020. En este caso, nadie la captó. Todo surge de forma natural. Viene a España voluntariamente con visado a trabajar en Huelva en labores agrícolas en la fresa. Expone a un compañero su descontento por el trabajo quien le pone en contacto con la acusada. No hay un plan de búsqueda, ni de enganche. Son personas que se cuentan sus cosas. No hay engaño. A la víctima no se le ofrece un trabajo concreto con un sueldo, sino que se le informa sobre la posibilidad de conseguir un empleo con un sueldo variable. No concurre un elemento determinante de la trata como es la aportación de documentos, ya para facilitarlos a la víctima, ya para arrebatarle los legítimos a la víctima. Tampoco concurre otro elemento de la trata como el desarraigo ya que la denunciante no fue separada de su entorno, sino que ella decidió libremente abandonarlo.

⁴⁰⁴ LLORIA GARCÍA, P., “Trata de (...)”, Op. cit., pp. 329-350.

un intercambio o transferencia del control sobre la víctima⁴⁰⁵. Al traslado físico parecía referirse la FGE que en la Circular 5/2011 señaló que “*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*”⁴⁰⁶.

Todas estas interpretaciones forzadas quedaron resueltas con la posterior incorporación, a través de la reforma de 2015, de la acción típica de “intercambio o transferencia de control a cambio de pagos o beneficios” y algún autor⁴⁰⁷ ha señalado que traslado y transporte revisten significados semánticos sinónimos, por lo que hubiera sido aconsejable emplear uno solo de los sustantivos referidos. Es necesario que el autor intervenga en el cambio de ubicación de la víctima “como forma de mantener el control sobre ella”, o bien a través de un tercero⁴⁰⁸.

La STS 63/2020 de 20 de febrero de 2020 refleja como intervienen varias personas diferentes en la captación, transporte y recepción. Una proporciona la documentación necesaria para el viaje, otras las acompañan en el aeropuerto controlando la entrada y finalmente son recibidas por otras diferentes⁴⁰⁹.

⁴⁰⁵ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “El delito de trata de personas: análisis (...)”, Op. cit., p. 844. Y, en “El delito de trata de seres humanos...”, Op. cit., pp.418 y ss.

⁴⁰⁶ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Circular 5/2011 sobre “Criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración”. p. 1562.

⁴⁰⁷ En este sentido MONGE FERNÁNDEZ, A., ‘Reflexiones críticas sobre el delito de trata de seres humanos tras la reforma penal de 2015’, *Cuadernos de Política Criminal*, Número 121, I, Época II, 2017, p. 115.

⁴⁰⁸ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “El delito de trata de personas: análisis (...)”, Op. cit., p. 418. Según Auto del Tribunal Supremo nº 912/2019, de 10 de octubre: No consta que el acusado obligara a la víctima a prostituirse o golpear a la víctima, actuó de forma consensuada con la coacusada que sí lo hizo. El acusado controlaba que la víctima cumpliera el horario y las demás condiciones de ejercicio de la prostitución. También participó activamente en su traslado a España facilitándole una documentación falsa y la acompañó en el avión hasta llegar a su destino final con la finalidad de explotarla sexualmente bajo engaño.

⁴⁰⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 63/2020 de 20 de febrero de 2020. Hechos probados: 1. los procesados, Simón, Enma y Covadonga, junto con otras personas no identificadas, previamente concertados y puestos de común acuerdo, en unidad de propósito y designio criminal, en fecha indeterminada, pero en todo caso durante en el mes de enero del año 2012, se propusieron introducir en España, al margen de las leyes españolas de inmigración y estancia de extranjeros no comunitarios, a dos mujeres nigerianas. Una procedente de Benin y otra de Agbor. No está determinado si contactaron con ellas directamente o a través de terceras personas, pero sí está acreditado que las que convencieron para que vinieran a España con la promesa de facilitarles el viaje y buscarles un trabajo con el que mejorar su vida.

2. Calixto, en connivencia con Enma e Covadonga, tenía como misión acompañar a las mujeres durante todo el trayecto hasta su destino final, estando pendiente de ellas en todos los cruces de fronteras que tenían que atravesar, asegurándose de que no tienen problema alguno.

3. Las procesadas Enma e Covadonga, en efecto, ejercían la función de madames controladoras o mamys.

c) Traslado

Según la Circular FGE 5/2011 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 utiliza la versión del Convenio de Varsovia) 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 otra⁴¹⁰.

Como hemos señalado, las interpretaciones sobre el término traslado quedaron resueltas con la posterior incorporación, a través de la reforma de 2015, de la acción típica de “intercambio o transferencia de control a cambio de pagos o beneficios”, difícilmente ya se puede considerar una transferencia de control y, tanto si es sinónimo de esta conducta o de la acción transporte creemos podría haber prescindido de ella el legislador. Si bien, en la jurisprudencia la asemeja a un tercer concepto, el Tribunal Supremo ha precisado que la utilización de la expresión traslado enfatiza el cambio que realiza una persona de comunidad o país y está relacionado con la técnica del "desarraigo", que es esencial para el éxito de la actividad delictiva de trata. Consiste en que la víctima es separada del lugar o medio donde se ha criado o habita, cortando así los vínculos afectivos que tiene con ellos mediante el uso de fuerza, la coacción y el engaño. El objetivo del desarraigo es evitar el contacto de la víctima con sus redes sociales de apoyo: familia, amistades, vecinos, a fin de provocar unas condiciones de aislamiento que permiten al tratante mantener control y explotarla. El desarraigo se materializa en el traslado de la víctima al lugar de explotación. Cuando se llega al destino final la víctima es despojada, con mucha frecuencia, de sus documentos de identidad y viaje, así como de otras pertenencias que la relacionen con su identidad y con sus lazos familiares y afectivos⁴¹¹.

⁴¹⁰ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del ministerio fiscal en materia de extranjería e inmigración.

Disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/CIR/CIR_05_2011.html

⁴¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo 396/2019 de 24 julio de 2019; también en Sentencia del Tribunal Supremo 214/2017 de 29 de marzo de 2017 y en Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 1/2019 de 18 febrero de 2019.

d) Acogimiento

El “acogimiento” ha de ser identificado desde el punto de vista literal con el recibimiento, esto es, el hacerse cargo de la persona tratada. Es cierto que en la Disposición Marco se hablaba de acogida y subsiguiente recepción, con la idea, parece, de incluir tanto los actos de aquél que toma un primer contacto con la víctima después de su captación o de su traslado, y la presenta a otro que realmente se hace cargo de esta. Resulta redundante la inclusión de ambas previsiones. El “alojamiento”, por su parte, desaparece de la nueva redacción, incluyéndose este acto de colaboración entre los de acogida o recepción⁴¹².

Recibir, acoger o alojar son términos equivalentes, si bien acoger no sólo implica recibir a la víctima, o cobijarla, tiene una connotación de permanencia en el sentido de darle refugio o albergue⁴¹³. Según la STS nº. 53/2014, de 4 de febrero, buscar la pensión de la persona tratada y alojarla integra las acciones típicas de acoger, recibir y alojar⁴¹⁴. En el mismo sentido la STS nº. 191/2015, de 9 de abril, establece que la acción de alojar a la víctima, con conocimiento de su introducción en España, tras una captación con destino a la explotación sexual, convierte a quien lo lleva a cabo en autor de un delito de trata⁴¹⁵. En el caso resuelto por el ATS nº. 164/2014, de 13 de febrero las acciones fueron contactar con las víctimas en Rumania, financiarles el viaje para que vengan a España bajo engaño, recibirlos y trasladarlos dentro de puntos concretos de España para la explotación de la mendicidad⁴¹⁶. Más recientemente, según la STS nº 146/2020, de 14 de mayo, el acusado no es condenado sólo por alojar a las víctimas sino por integrarse en un grupo criminal para recogerlas y llevarlas a su inmueble hasta que la organización las lleva a otro punto para destinarlas a la prostitución. El acusado prohíbe a las víctimas salir y les encuentra un lugar en donde estar sin escaparse hasta que la organización decide trasladarlas. El recurrente no presta un “favor” sino que forma parte del entramado organizativo con un papel importante en la retención de las víctimas hasta que comienzan a ejercer la prostitución. No es un simple cómplice. La doctrina en materia de trata señala que los sujetos intervinientes deben ser considerados autores y no cómplices,

⁴¹² LLORIA GARCÍA, P., “Trata de (...)”, Op. cit., pp. 329-350.

⁴¹³ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “El delito de trata de personas: análisis (...)”, Op. cit., p. 421.

⁴¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo 53/2014, de 4 de febrero de 2014.

⁴¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo 191/2015, de 9 de abril de 2015.

⁴¹⁶ Auto del Tribunal Supremo 164/2014, de 13 de febrero de 2014.

caracterizada por ser llevada a cabo en la mayoría de las ocasiones como una ejecución en cadena. Según el Tribunal la expresión “tratante” incluye a quienes captan, transporten, controlen, trasladen o mantengan a la víctima en situaciones de explotación y a quienes obtengan un lucro en cualquier forma⁴¹⁷.

Según la Circular de la FGE 5/2011: *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*⁴¹⁸.

e) Intercambio o Transferencia de control

El “intercambio o transferencia de control a cambio de pagos o beneficios” que aparece como novedad, ya venía recogido en el art. 3 del Protocolo de Palermo y en el art. 2 de la Directiva de 2011. Se trata de dotar de cobertura a los casos de venta, permuta o alquiler entre sujetos que no han tenido que ver con captación, recepción o transporte⁴¹⁹.

El CGPJ en su informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de 2008 llamó la atención sobre la no inclusión en el tipo penal de este concreto medio comisivo⁴²⁰. El Convenio de Varsovia ya se refería expresamente a la transferencia como conducta típica e incluía entre los medios comisivos el ofrecimiento o aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra.

Esta omisión fue denunciada por diversos sectores de la doctrina, que criticaron con razón las consecuencias derivadas de la anterior redacción, cuyo verbo nuclear “traslado” había forzado a interpretar incluidas en el ámbito típico, no sólo el traslado físico, sino incluso, los casos de traslado de dominio sobre la persona tratada, en aras de evitar dejar en la impunidad los casos de venta, permuta o alquiler de las víctimas⁴²¹

⁴¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo 146/2020, de 14 de mayo de 2020.

⁴¹⁸ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del ministerio fiscal en materia de extranjería e inmigración. Disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/CIR/CIR_05_2011.html

⁴¹⁹ LLORIA GARCÍA, P., “Trata de seres (...)”, Op. cit., pp. 329-350.

⁴²⁰ Informe del CGPJ al anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del código penal. Dispone que “*Llama la atención que en el Anteproyecto no se incluya como medio comisivo determinado la «recepción o concesión de pagos para obtener el consentimiento de la víctima», pese a que lo recogen tanto el Protocolo de la ONU como la Decisión Marco de 2002*”.

⁴²¹ De esta opinión VILLACAMPA ESTIARTE, C., “El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada (...)”, Op. Cit., pp. 419 y ss.

La reforma de 2015 cambia el anterior verbo típico alojar por la acción de intercambio o transferencia de control sobre esas personas. No supone la transferencia física de las personas objeto del tráfico de unas a otras manos, sino el poder real de control que se ejerce sobre las mismas⁴²².

No obstante, la nueva inclusión ha merecido las críticas de la Fiscalía General del Estado, que la ha calificado de “inapropiada”⁴²³, al entender que “precisamente, las acciones de captar, transportar, trasladar, acoger y recibir se refieren a la víctima (en singular), mientras que la acción relativa al intercambio o transferencia de control alude a “esas personas” (en plural). Teniendo en cuenta que la trata constituye un delito que afecta a derechos personalísimos, la referencia en esta última acción a “esas personas” debería sustituirse por “ella” (esto es, la víctima)”⁴²⁴.

Es importante señalar que entre cada uno de los verbos nucleares de la conducta y los medios comisivos existe una conexión, por lo que el significado jurídico de ellos dependerá en buena medida del medio comisivo empleado⁴²⁵.

f) Recibir

Por “recibir” entendemos tomar o hacerse cargo de lo que le dan o envían, por lo que puede entenderse que el sujeto activo se hace cargo de la víctima, entendiéndose como una acción equivalente a las anteriores⁴²⁶.

⁴²² En este sentido QUERALT JIMÉNEZ, J.J., “Derecho penal español (...)”, Op. cit., p. 197.

⁴²³ De esta opinión, LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Conceptualización jurídica de la trata de seres humanos con fines de explotación laboral*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016, n.º 99, pp. 83-84.

⁴²⁴ MONGE FERNÁNDEZ, A., “Reflexiones críticas sobre el delito de trata de seres humanos tras la reforma penal de 2015”, *Cuadernos de Política Criminal*, Número 121, I, Época II, 2017, pp. 101-146

⁴²⁵ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Circular 5/2011 sobre “Criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración”. p. 17.

⁴²⁶ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., “Derecho penal español (...)”, Op. cit., p. 184.

Sentencia del Tribunal Supremo 554/2019 de 13 noviembre refleja cómo una vez llegaron al aeropuerto de Barajas, fue recogida por Pedro Jesús quien la trasladó a un piso de Oviedo donde vivían otras chicas junto con él, Adrian e Amadeo. En Oviedo fue enviada en contra de su voluntad por los hermanos Adrian Pedro Jesús junto con el resto de las mujeres a los clubs Delpho's y Victoria para ejercer la prostitución. El acusado estuvo encargado de vigilarla, y en alguna ocasión la trasladó al club ejerciendo funciones de chofer de los hermanos Adrian Pedro Jesús.

Algunos autores diferencian entre “recibir” y “alojar y acoger”, dicen que el traslado se identifica con la transferencia de la víctima, pues la recepción de la víctima es la conducta realizada por quien la toma o se hace cargo de ella⁴²⁷.

QUERALT JIMÉNEZ⁴²⁸ entiende que recibir es una acción análoga a acoger, pudiendo distinguirse, sin que ello sea relevante, a efectos de permanencia: el recipiario parece tener más voluntad de permanencia en su nuevo estado posesorio.

De este modo, la jurisprudencia se refiere a situaciones como "Su papel en la misma consistiera en recibir y alojar en su casa de Madrid a las chicas que llegaban a España acompañadas por Santa, casa de la que se les prohibía salir y donde permanecían con las persianas bajadas con la finalidad de evitar cualquier acción policial que pudiera llevar al traste la operación, todo ello hasta que eran trasladadas a la ciudad en la que debían ejercer la prostitución en beneficio del grupo. No se trata, pues, de un mero papel de "alojamiento", sino que las escondía en este lugar y suponía un acto de retención inicial en el proceso de destino posterior a la prostitución en la que intervenían otras personas del grupo⁴²⁹.

En definitiva, 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 planificada⁴³⁰.

B) Elemento geográfico: desde, en tránsito o con destino a España

El art. 177 bis 1 dispone que “*será castigado...como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella*”.

⁴²⁷ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “El delito de trata de seres humanos. Una incriminación (...)”, Op. cit., p. 421.

⁴²⁸ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., “Derecho penal español (...)”, Op. cit., p. 184.

⁴²⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 146/2020 de 14 de mayo de 2020. FJ 6°. Se incide por el Tribunal en cuanto a la pena impuesta que “*su participación en un plano más secundario y episódico que el de la primera acusada nombrada, pero no por ello irrelevante, en su eficaz labor de contribuir a la acogida y alojamiento de las víctimas de los delitos en el primer período de su estancia en España*”.

⁴³⁰ Así en Sentencia del Audiencia Provincial de Castellón 269/2014 de 7 de julio de 2014. FJ 2°.

El legislador ha limitado indebidamente el ámbito del delito de trata de seres humanos⁴³¹, pues se excluye la persecución de la trata cometida en el extranjero que no guarde un punto de conexión con España⁴³². Esto es así porque en el caso de que adquiera naturaleza transnacional, la conducta típica debe conectarse con España, es decir, debe cometerse “desde España” (España como punto de partida hacia otro país), “con destino” a España (la conducta tiene lugar en otro país siendo el destino España)⁴³³, o “en tránsito” por España como lugar de paso, siendo el punto de partida otro país y el destino uno distinto⁴³⁴. El delito de trata de seres humanos, a diferencia del delito de inmigración clandestina como veremos, no requiere un desplazamiento transfronterizo de la víctima, puede cometerse en territorio español.

Además de la competencia en territorio nacional, los Estados deberían ampliarla a los supuestos de trata en que el autor sea uno de sus nacionales (principio de personalidad activa) o un apátrida que tenga su residencia habitual en su territorio y a aquellos otros supuestos en que la víctima sea uno de sus nacionales (principio de personalidad pasiva), así como a los supuestos en que la infracción sea cometida en provecho de una persona jurídica establecida en su territorio.

La exigencia de un punto de conexión con el territorio español no encaja con las definiciones de trata en el ámbito internacional ni con las normas que tienden a ampliar la competencia de los tribunales nacionales a supuestos de trata cometidos fuera de España como la Decisión Marco 2002/629/JAI⁴³⁵ y el Convenio de Varsovia. Los

⁴³¹ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “El delito de trata de seres humanos. Una incriminación (...)”, Op. cit., p.

⁴³² CUGAT MAURI, M., “La trata de seres humanos: la universalización del tráfico de personas y su disociación de las conductas infractoras de la política migratoria (arts. 177 bis, 313, 318 bis)”, en Quintero Olivares, G. (Dir.), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Edit. Aranzadi, 2010, p. 161.

⁴³³ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 144/2018 de 22 marzo de 2018 en que se condena a una ciudadana nigeriana residente en Francia, realizó los actos necesarios para trasladar a España a la víctima con el fin de que fuera explotada en este país dedicándola a la prostitución.

⁴³⁴ PÉREZ ALONSO, E., “Tráfico de personas e inmigración (...)”, Op. cit., p. 325.

⁴³⁵ Decisión Marco 2002/629/JAI establece en su artículo 6: *1. Cada Estado miembro tomará las medidas necesarias para establecer su competencia respecto de las infracciones indicadas en los artículos 1 y 2 cuando: a) la infracción se haya cometido, total o parcialmente, en su territorio, o b) el autor de la infracción sea uno de sus nacionales, o c) la infracción haya sido cometida en provecho de una persona jurídica establecida en su territorio. 2. Cualquier Estado miembro podrá decidir no aplicar, o aplicar sólo en casos o circunstancias específicas, las normas de competencia definidas en las letras b) y c) del apartado 1, siempre que la infracción en cuestión se haya cometido fuera de su territorio. 3. Cualquier Estado miembro que, de conformidad con su ordenamiento jurídico, no extradite a sus nacionales adoptará las medidas necesarias para establecer su competencia respecto de las infracciones indicadas en los artículos*

instrumentos supranacionales recogen una serie de mandatos referentes a la competencia de los tribunales nacionales. La Directiva de 2011, que deroga la Decisión Marco de 2002⁴³⁶, obliga a los *Estados a adoptar las medidas necesarias para establecer su competencia respecto de las infracciones que se hayan cometido, total o parcialmente, en su territorio y, cuando el autor de la infracción sea uno de sus nacionales*. Además, los Estados deben garantizar que la competencia judicial no esté supeditada a la doble incriminación, por lo que no es necesario que los hechos constituyan una infracción penal en el lugar donde se llevaron a cabo. Asimismo, la acción penal no debe estar subordinada a la exigencia de presentación de una denuncia por parte de la víctima en el lugar donde se cometió el delito para el inicio de la acción penal. Probablemente el legislador había querido con tal referencia geográfica clarificar que en el tipo caben tanto los supuestos de trata interna como los de trata externa o internacional, es decir, los que implican o pueden implicar cruce de fronteras. Sin embargo, la referencia geográfica resulta distorsionadora⁴³⁷.

La Directiva faculta a los Estados para ampliar su competencia jurisdiccional cuando los hechos delictivos se realicen fuera del territorio español, pero contra uno de sus nacionales o contra una persona que tenga residencia habitual en el territorio, o cuando

1 y 2 y, en su caso, perseguirlas judicialmente, cuando se hayan cometido por uno de sus nacionales fuera de su territorio. 4. Los Estados miembros informarán a la Secretaría General del Consejo y a la Comisión de su decisión de aplicar el apartado 2, indicando, si procede, los casos o circunstancias específicos a los que se aplique su decisión.

⁴³⁶ 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. Establece en su artículo 10: *1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para establecer su competencia respecto de las infracciones contempladas en los artículos 2 y 3 cuando: a) la infracción se haya cometido, total o parcialmente, en su territorio, o b) el autor de la infracción sea uno de sus nacionales. 2. Un Estado miembro informará a la Comisión cuando decida ampliar la competencia respecto de las infracciones contempladas en los artículos 2 y 3 cometidas fuera de su territorio entre otras cosas cuando: a) la infracción se haya cometido contra uno de sus nacionales o una persona que tenga su residencia habitual en su territorio; b) la infracción se haya cometido en beneficio de una persona jurídica establecida en su territorio; c) el autor de la infracción tenga su residencia habitual en su territorio. 3. En cuanto al enjuiciamiento de las infracciones contempladas en los artículos 2 y 3 cometidas fuera del territorio del Estado miembro de que se trate, cada Estado miembro adoptará, para los casos a los que se refiere el apartado 1, letra b), y podrá adoptar, para los casos a que se refiere el apartado 2, las medidas necesarias para garantizar que su competencia no esté supeditada a las condiciones siguientes: a) los hechos constituyen una infracción penal en el lugar donde se llevaron a cabo, o b) la acción judicial solo puede iniciarse tras la presentación de una deposición por parte de la víctima en el lugar donde se cometió la infracción, o de una denuncia del Estado del lugar en cuyo territorio se cometió la infracción.*

⁴³⁷ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “El delito de trata de personas: análisis (...)”, Op. cit., p. 842. De la misma opinión TERRADILLOS BASOCO, J. M., “Capítulo 24. Trata de seres humanos”, Op. cit., p. 210. Según el cual la alusión al marco geográfico nada añade al precepto.

la conducta se realice en beneficio de una persona jurídica establecida en él o bien el autor tenga su residencia habitual en el territorio. En este sentido, a partir de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal⁴³⁸, el art. 23.4 LOPJ dispone que *será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como “Trata de seres humanos” (letra d), se refiere al principio de personalidad activa. A su vez, la letra m) reconoce la competencia de la jurisdicción española respecto al delito de Trata de seres humano, siempre que:*

1.º el procedimiento se dirija contra un español;

2.º el procedimiento se dirija contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España;

3.º el procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España; o,

4.º el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España, siempre que la persona a la que se impute la comisión del hecho delictivo se encuentre en España.

El criterio de la nacionalidad española de la víctima (principio de personalidad pasiva), que quedó excluido para los delitos más graves o de primer grado (genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra), sí se admite como vínculo para la aplicación de la jurisdicción española para algunos de los graves delitos del segundo nivel como es el delito de Trata de seres humanos.

A pesar de la previsión normativa nos cuestionamos si aún hay casos que pueden quedar impunes, piénsese por ejemplo en los supuestos en los que el tratante capta a una víctima extranjera desde fuera de España mediante engaño con la finalidad de explotarla en España y el delito es descubierto en aguas internacionales, en las que no rige la

⁴³⁸ Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2014-2709>

jurisdicción de ningún Estado. Vemos que el principio de territorialidad no puede aplicarse ya que el delito no puede entenderse cometido en territorio español y la explotación en España solo es una intención del sujeto activo y la nave no tiene pabellón.

El Tribunal Supremo lo ha contemplado en relación con el tráfico ilegal de personas en las pateras, sin bandera de ningún Estado, cuyo destino era el territorio español al ser interceptadas por las autoridades nacionales en aguas internacionales. Desde un punto de vista sustantivo la conducta podía ser constitutiva de delito pues su destino final era España, planteándose cuestiones conflictivas respecto a la competencia jurisdiccional del Estado cuando los autores no eran de nacionalidad española. En estos casos, la acción se había realizado fuera de territorio español y a pesar de ello los tribunales españoles se declararon competentes para enjuiciar los hechos como un delito de tráfico ilegal de personas, en busca de una justicia material que impidiese la impunidad de los traficantes. El Tribunal Supremo fundamentó su competencia en el principio de territorialidad, aunque a todas luces este principio parece inadecuado para activar la jurisdicción nacional en estos casos, pues ninguno de los elementos típicos se realiza en territorio español. No obstante, la STS núm. 1/2008, de 23 de enero⁴³⁹ concluye que el delito debe enjuiciarse en España conforme a la ley penal nacional al entenderse que este se ha realizado en territorio español. Para alcanzar esta conclusión realiza una

⁴³⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 1/2008 de 23 de enero de 2008. Sostiene el Ministerio Fiscal que lo que determina que el lugar de comisión sea el territorio nacional es la "estructura del tipo penal aplicado, a la vista del bien jurídico protegido por el delito". Entiende que se trata de un delito de simple actividad que sanciona cualquier conducta que directa o indirectamente promueva o favorezca la inmigración ilegal, por lo que se consuma "de forma anticipada con la mera actuación que allí se describe, aunque el desplazamiento efectivo no llegue a realizarse". Si se alcanzara el territorio nacional "estaríamos ante un agotamiento de la acción".

El Tribunal declara que *“La doctrina establecida por su jurisprudencia debe ser considerada a la luz de la establecida en la resolución del Pleno no Jurisdiccional de 3 de febrero de 2005, en la que se ha decidido, interpretando razonadamente el silencio legal respecto del lugar en el que se debe considerar cometido el delito, que dicho lugar de comisión debe ser establecido mediante el criterio de la llamada teoría de la ubicuidad. De acuerdo con la premisa básica de esta tesis, el delito se consuma en todos los lugares en los que se ha llevado a cabo la acción o en el lugar en el que se haya producido el resultado. De esta premisa básica se derivan asimismo otras que completan el alcance del criterio que la informa en ciertas formas particulares de delitos. En los delitos de omisión el lugar de comisión se considerará, en principio, aquél en el que el omitente debía ser realizada la acción, salvo casos excepcionales en los que la ley disponga otra cosa por consideraciones especiales. En los casos de tentativa o preparación el lugar de comisión será tanto el lugar donde se realice la preparación o donde se dé comienzo a la ejecución, como el lugar en el que, según la representación del hecho del autor, debía producirse el resultado (no acaecido)”*.

Sobre competencia, véase Sentencia del Tribunal Supremo 582/2007 de 21 de junio de 2007; Sentencia del Tribunal Supremo 618/2007 de 26 de junio; Sentencia del Tribunal Supremo 622/2007 de 31 de mayo y Sentencia del Tribunal Supremo 788/2007 de 8 de octubre.

interpretación del principio de territorialidad de acuerdo con la teoría de ubicuidad que completa con criterios jurisprudenciales y de derecho comparado, para confirmar que la comisión del delito no solo se produce en el lugar en el que se ejecuta la acción o se produce el resultado sino también “en el lugar en el que el autor piensa atacar el orden jurídico internacional”, es decir, en el lugar donde piensa delinquir, reclamando la competencia nacional cuando la finalidad del tráfico era la introducción de ciudadanos extranjeros en España contraviniendo la legislación de extranjería o bien con la intención de explotar sexualmente a la víctima en España. Así la mera intención de introducir ilegalmente a los ciudadanos extranjeros se convierte en elemento suficiente, de acuerdo con esta jurisprudencia, para entender cometido el delito en nuestro país y declarar la competencia de los tribunales españoles para enjuiciar los hechos, cometidos realmente en el extranjero⁴⁴⁰.

Esta postura jurisprudencial es extrapolada por algunos autores al delito de trata de seres humanos, considerando que la mera finalidad de explotación de la víctima en España es elemento suficiente para entender cometido el delito en nuestro país y aplicar así la ley nacional. Sin embargo, como acertadamente mantienen REBOLLO VARGAS y PÉREZ ALONSO⁴⁴¹, debe ser criticada por implicar un claro elemento de Derecho penal de autor, al fundamentarse la punibilidad no en la conducta realizada sino en la intención del autor. En cualquier caso, cabe subrayar que estas conductas solo adquieren significado como modalidades de trata si van dirigidas a la consecución de conductas posteriores de explotación de la víctima y se realizan empleando cualquiera de los procedimientos expresamente descritos que analizaremos a continuación. Frente al delito de inmigración clandestina o tráfico ilegal de personas del 318 bis CP, “*la trata tiene en*

⁴⁴⁰ Se refiere indirectamente a esta jurisprudencia, MAYORDOMO RODRIGO, V. “Nueva regulación de la trata (...)”, Op. Cit., p. 359, a esta interpretación del principio de territorialidad cuando reconoce una excepción a la exigencia de que alguna de las conductas típicas se realice en España para que se entienda cometido el delito en territorio español. Aceptando la punibilidad de los supuestos de trata de personas realizadas en el extranjero considerando suficiente la finalidad de explotación de la víctima en España para entender cometido el delito en nuestro país. De la misma opinión BENÍTEZ PÉREZ-FAJARDO F. G., “El delito de trata de personas”, pp.188-189. Disponible en www.mjjusticia.es.

⁴⁴¹ REBOLLO VARGAS, R., “El delito de tráfico ilegal de personas y la (in)competencia de la jurisdicción española en aguas internacionales”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm.11, 2009, p.20; PÉREZ ALONSO, E., “Las últimas reformas del Principio de Justicia Universal legalizadoras de la Jurisprudencia “creativa” del Tribunal Supremo Español”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 32, 2012, pp. 167-168.; GUARDIOLA GARCÍA, J., “Reforma de los delitos de tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas: ¿de la impunidad por falta de jurisdicción al exceso de atribución competencial?”, *Revista General de Derecho Penal*, n. ° 9, 2008, pp.1-13.

su base un elemento de sometimiento y control de la persona objeto y víctima de la misma” que se obtiene a través de medios engañosos, abusivos, coactivos o intimidatorios⁴⁴².

En este punto, es necesario señalar que para la jurisprudencia en el caso de que las víctimas son explotadas sexualmente en un territorio y trasladadas a otro, la competencia corresponde al juzgado donde inicialmente son explotadas⁴⁴³. La competencia corresponde al territorio donde la víctima fue obligada a prostituirse, no al del territorio en que ejerció la prostitución sin coacción, aunque comenzara a instruir antes⁴⁴⁴. Alguna sentencia ha señalado que el delito se comete donde consta el primer acto con transcendencia penal⁴⁴⁵. Cuando el delito se comete en varios territorios es competente el Juez de cualquiera de ellos por lo que se atribuye la competencia al que primero haya comenzado a investigar⁴⁴⁶. Finalmente, el delito donde se ha cometido el delito más grave (trata y explotación sexual) prevalece frente al del lugar donde se ha cometido el delito menos grave (ej. amenazas) aunque este último tenga la instrucción casi concluida⁴⁴⁷.

Concluimos con el supuesto en el que la conducta es perpetrada por un Español en el extranjero sin ninguno de los requisitos (desde, en tránsito o con destino a España), premisa básica para la atribución de jurisdicción nacional es que la conducta sea delictiva de acuerdo con la legislación española, y no lo será si ésta se encuentra totalmente desconectada del territorio nacional como consecuencia del elemento territorial exigido y los tribunales españoles carecerán de jurisdicción para la persecución y enjuiciamiento a pesar del reconocimiento que la legislación procesal realiza del principio de

⁴⁴² POMARES CINTAS, E., “El delito de trata de seres humanos (...)”, Op. cit., p. 9.

⁴⁴³ Auto del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2019 (Recurso 20782/2019): Las mujeres son explotadas sexualmente en un territorio y trasladadas a otro. “*Para determinar la competencia territorial en los casos en que una mujer es obligada a ejercer la prostitución en varios lugares del territorio nacional, es criterio consolidado de esta Sala acudir al lugar en el cual la víctima es iniciada en su explotación sexual*”.

⁴⁴⁴ Auto del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2020 (Cuestión nº 20289/2020).

⁴⁴⁵ Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 8/2020 de 13 de febrero de 2020. En este caso la testigo señala que viaja con el principal investigado desde Rumania a Lleida, pero no consta que en esta localidad se realizara algún acto delictivo. De Lleida es trasladada a Amposta donde surge el primer acto con relevancia penal ya que se le priva a la testigo de su documentación y se le compele a realizar la prestación laboral explotadora.

⁴⁴⁶ Auto del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla nº 35/2020, de 11 de junio. En este caso la competencia corresponde a Málaga que es donde se inicia y prepara el delito que se consuma en Rumania y continúa en la localidad sevillana de La Estepa.

⁴⁴⁷ Muy interesante es el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, 872//2020, de 30 de septiembre.

personalidad activa y del principio de jurisdicción universal en los arts. 23.2 y 23.4.m) LOPJ, respectivamente⁴⁴⁸.

C) Medios comisivos

El art.177 bis indica como medios comisivos la “*violencia, intimidación o engaño, o abuso de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima*”. Si bien, de acuerdo con el precepto, estos medios no son necesarios para que se produzca el injusto si la víctima es menor de edad. En el resto de casos, estamos ante un delito de medios determinados y, por tanto, el legislador es el que establece los modos de cometer el delito.

Tales métodos abusivos exigen el aprovechamiento de una posición de dominio del autor sobre el sujeto pasivo derivada de una situación de desigualdad, necesidad objetiva o fragilidad personal, que favorece la trata porque la víctima está más fácilmente expuesta a las conductas posteriores de explotación personal, o, conforme establece el art. 2.2 de la citada Directiva 2011, la persona en cuestión no tiene “*otra alternativa real o aceptable excepto someterse al abuso*”. En consecuencia, el recurso a cualquiera de los procedimientos típicos referidos, invalida el consentimiento de la víctima de la trata, conforme dispone el número 3 del art. 177 bis: “*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*”. Ciertamente, se trata de un consentimiento nulo porque estaría viciado⁴⁴⁹.

Se ha considerado que estas conductas deben ser objetivamente idóneas *ex ante* para poner a la víctima en peligro de explotación, con independencia de su efectiva realización o no, y, con ello, deben poner en peligro los bienes jurídicos de la víctima relacionados con esas otras conductas de explotación porque, de no interpretarse así, el alcance del tipo sería ilimitado y perdería su sentido en tanto delito de trata de seres

⁴⁴⁸ DÍAZ MORGADO, C.V., “El delito de trata de personas en España” en Militello, Vincenzo, and Alessandro Spena. *Mobilità, Sicurezza e Nuove Frontiere Tecnologiche*, Giappichelli, 2018, p. 177. ProQuest Ebook Central, <http://ebookcentral.proquest.com/lib/bual-ebooks/detail.action?docID=5662503>. Created from bual-ebooks on 2022-05-18 22:41:00.

⁴⁴⁹ Por todos, MARTOS NÚÑEZ, J. A., “El delito de trata de seres humanos: análisis (...)”, Op. cit., p. 105.

humanos. Además, así se explicaría (sin perjuicio de su carácter excesivo) la pena prevista para el tipo básico⁴⁵⁰. En contra, nos cuestionamos de *lege ferenda* si los medios comisivos deben ser un elemento esencial del tipo. Si no es requisito para la concurrencia del tipo respecto a los menores de edad, por qué no trasladar el mismo criterio cuando la víctima sea mayor de edad. Y es que en la mayoría de los casos el consentimiento está viciado y creemos que ante un atentado tan severo el consentimiento debería ser irrelevante con independencia de que se hayan empleado o no estos medios comisivos, además constituyen injusto suficiente digno de reproche penal las conductas típicas captación, transporte [...] siempre y cuando concurra ese *animus* de explotación, otra cosa es que la pena prevista resulte desproporcionada y que deban considerarse agravantes como ya ocurre respecto a la vulnerabilidad, con más razón aún pues genera problemas interpretativos.

En algunas sentencias, se utiliza la voluntad y consentimiento de la víctima como fundamento de la inexistencia de un delito de trata de seres humanos del artículo 177 bis CP, no obstante, este fundamento queda rebatido en cuanto se demuestra que tal consentimiento está viciado. Como ejemplo reciente, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura 52/2021⁴⁵¹, en un caso de trata de seres humanos para explotación de menor de edad en la que el Ministerio Fiscal pormenoriza secuencialmente un elevado número de pruebas de carácter indiciario que permitirían una declaración de hechos probados que se proyecta en orden a acreditar la "ausencia de consentimiento" de

⁴⁵⁰ Así en POMARES CINTAS, E., "Trata de personas", Op. cit., p.134.

⁴⁵¹ En este sentido puede verse la Sentencia del Tribunal de Justicia de Extremadura 52/2021 de 16 diciembre de 2021 dónde se alega que la víctima voluntariamente, ejercer la prostitución, en la modalidad conocida en Colombia como de "prepago", sabiendo en todo momento a lo que venía a España, sin que exista situación de vulnerabilidad ni necesidad económica. Llega a afirmar que: *Con esto parece que se anula la voluntad de la mujer "víctima", que no se le tiene en cuenta, se niega su capacidad individual para participar en su propia vida. Es irrelevante su consentimiento para que el Estado entienda que se ha vulnerado su libertad sexual. Pero si no es ella quien determina cómo quiere ejercer su libertad sexual ¿Quién puede hacerlo? ¿Es la sociedad la que dirá a la mujer cómo ha de comportarse sexualmente? ¿Se puede entender que la mujer siempre es víctima de la coacción patriarcal hasta tal punto que su consentimiento no sea tenido en cuenta? ¿La estamos protegiendo de su voluntad? Estimamos que nos encontramos ante una manifestación abolicionista que confunde la prostitución forzada con la que no lo es. Siguiendo este razonamiento de falta de reconocimiento de la voluntariedad en el ejercicio de la libertad sexual por parte Paloma, podríamos llegar a absurdos como el que plantean María Esther y África (2006) "¿por qué se tiene que negar la capacidad individual de consentimiento en las mujeres en estas situaciones y afirmarla en otras? Por ejemplo, la violación es también considerada un delito contra la libertad sexual y lo que es determinante, igual que en la prostitución, es la fuerza (la coacción) y la falta de consentimiento de la víctima. Si eliminamos la coacción y la falta de consentimiento como la clave para determinar estos delitos, cualquier relación heterosexual, o ninguna de ellas pasará a ser violación."*

la víctima, bien porque directamente se produjese la violencia, amenaza o coacción, bien porque el "consentimiento" se hallaría en todo caso viciado dada su situación personal, la que se describe con detallada crudeza en su escrito de impugnación en el que, además, hace referencia a un elevado número de datos indiciarios de carácter incriminatorio, como los que siguen:

— Las condiciones de vida y económicas de la víctima que "*es madre soltera con dos hijos pequeños de los que no se hace cargo el padre. Además, su ex pareja la había maltratado físicamente.*" Esas circunstancias eran plenamente conocidas por el sujeto activo cuando (para captarla) se ofrece a financiar el viaje a España de la víctima y a acompañarla (nueva acción típica: traslado) e incluso a alojarla aquí en España (acogimiento, también acción típica), pues se había entrevistado incluso con su madre en una fiesta, antes de que esta (y no la hija) pactara la deuda y la forma de pago. La acusada era conocedora de las circunstancias vitales de la perjudicada. Estamos ante una joven madre que, con menos de veinte años, tiene que buscar el sustento ya de dos hijos, para lo cual incluso ha tenido que ejercer la prostitución (en lo que eufemísticamente denomina la sentencia como modalidad de "prepago"). Es decir, se haya en tal carestía económica que tiene que optar por vender su cuerpo y su dignidad para poder sacar adelante a sus hijos, ante la falta de otros medios de vida.

— La situación de vulnerabilidad, en tanto que víctima de violencia de género. La declaración en el juicio oral al respecto fue estremecedora: literalmente dijo que no tenía otra opción que huir de su ex pareja y de Colombia. Incluso otros testigos manifiestan cómo su agresor había llegado a fracturarle varias costillas y la perseguía.

La violencia o intimidación son medios claros para doblegar y anular la voluntad de la víctima, mientras que el engaño y el abuso de una situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad implican una disminución de dicha voluntad, pero no su anulación total, son medios dirigidos a provocar un vicio del consentimiento. La diversa incidencia que estos medios tienen sobre la libertad decisoria de las personas ha implicado la crítica por parte de la doctrina al equipararse sus efectos punitivos. Las diferencias existentes entre la violencia y la intimidación, de una parte, y el abuso de superioridad o el engaño, de otra, se ponderan en otros delitos, mientras que en este delito no han sido

objeto de ninguna matización, siendo criticada esta equiparación legal entre conductas con desvalores distintos⁴⁵². Analizamos cada uno de ellos.

a) Violencia

CARRARA⁴⁵³ define la violencia como “*cualquier acto con el cual, empleando violencia sobre el cuerpo o la voluntad ajenos, se obliga a alguien, contra su propio deseo, a hacer, a omitir o a permitir que otros hagan una cosa cuya consecución no representa, respecto al autor del hecho, ninguna violación especial de la ley punitiva*”. La violencia equivale a la *vis phisica* 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 su libertad de acción y decisión⁴⁵⁴. Abarcaría cualquiera de las conductas subsumibles en el delito de coacciones del artículo 172 CP⁴⁵⁵, 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 ilegal⁴⁵⁶, supuestos estos que se penarían concursalmente⁴⁵⁷.

⁴⁵² MAQUEDA ABREU, M. L., “Tráfico sexual (...)”, Op. Cit., p.57.

⁴⁵³ CARRARA, F., Programa de Derecho Criminal, parte especial, volumen II, 4, Edit. Temis Bogotá, 1997, p. 333.

⁴⁵⁴ Mientras que la intimidación (*vis compulsiva*) se corresponde con la fuerza psíquica o moral, es decir, con amenazas en sentido estricto o el ejercicio de cierta clase de fuerza sobre las cosas, en tanto el engaño es sinónimo de fraude o maquinación fraudulenta, cuál sería el caso en el que se convence a alguien bajo oferta vinculada de trabajo para que venga a España a trabajar desde el extranjero, si bien, el engaño se suele en estos supuestos completar con la ulterior utilización de violencia o intimidación en la persona para someterla al ejercicio de la prostitución en nuestro país así Sentencia del Tribunal Supremo 1425/2005 de 5 diciembre de 2005, F.J. 4º; Sentencia del Tribunal Supremo 1367/2004 de 29 noviembre de 2004, F.J. 12º.

⁴⁵⁵ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “El delito de trata de seres humanos. Una incriminación (...)”, Op. Cit., pp. 423-424. Sentencia del Tribunal Supremo 1428/2000 de 23 de septiembre de 2000, Sentencia del Tribunal Supremo 823/2007 de 15 de octubre de 2007, Sentencia del Tribunal Supremo 15/2008 de 16 de enero de 2008.

La Sentencia del Tribunal Supremo 74/1998 de 26 de enero de 1998 ya precisó que las coacciones a las que se refiere el art. 188.1 del CP no necesitan traducirse en lesiones corporales de la víctima (...). En realidad, cualquier medio capaz de limitar seriamente la libertad de acción y decisión de la víctima permite la realización del tipo.

⁴⁵⁶ Entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo nº 896/2004 de 6 de julio de 2004. Mediante las coacciones “*se doblega simplemente la voluntad de la víctima para obligarla mediante una vía compulsiva a la realización de ciertos actos contra su libre albedrío, sin que ello suponga una privación total de movimientos, mientras que mediante la comisión de un delito de detención ilegal no se doblega, sino que se impone o se obliga imperativamente, sin posibilidad de defensa y privación de toda posibilidad de ambulatoria...*” y la Sentencia del Tribunal Supremo núm.192/2011, de 18 de marzo de 2012, F.J. 5: no exige que atente contra la integridad física de la persona.

⁴⁵⁷ Sentencia del Tribunal Supremo 981/2005, de 18 julio de 2005: *Ha de estimarse que la conducta delictiva enjuiciada, cuya gravedad no cabe desconocer, consiste en la coacción ejercida por los acusados que, respecto de la víctima, aprovechando su desvalimiento como extranjera, la determinaron a mantenerse en la prostitución. Incluso no es óbice para ello que no conste una situación adicional de privación de*

Así, la “violencia” comprende cualquier tipo de uso de la fuerza o coacción y, en su caso, el rapto; la “intimidación” abarca la amenaza. Tanto la “violencia” física como la “vis compulsiva” (“intimidación”), deben ser idóneas para vencer la resistencia del sujeto en orden a ser sometido a conductas posteriores de explotación⁴⁵⁸.

Mediante las coacciones se doblega simplemente la voluntad de la víctima para obligarla mediante una vía compulsiva a la realización de ciertos actos contra su libre albedrío, sin que ello suponga una privación total de movimientos, mientras que mediante la comisión de un delito de detención ilegal no se doblega, sino que se impone o se obliga imperativamente, sin posibilidad de defensa y privación de toda posibilidad deambulatoria⁴⁵⁹. La violencia, además, ha de ser entendida como violencia física sobre personas o cosas, no necesariamente ejercida sobre la víctima (por ejemplo, se secuestra a un familiar o se le queman pertenencias para que acceda a su captura.)⁴⁶⁰.

De acuerdo con la conceptualización jurisprudencial que se hace de la violencia, ésta debe entenderse como el acometimiento, coacción o imposición material que implica una agresión real más o menos violenta con fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad contraria de la víctima⁴⁶¹. Por tanto, en el delito de trata de personas, la violencia

libertad que, de darse —como ha ocurrido en nuestro caso—, podría calificarse con propiedad como detención ilegal o secuestro.

En este sentido, Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración, p. 11.

⁴⁵⁸ MARTOS NÚÑEZ, J. A., “El delito de trata de seres humanos: análisis (...)”, Op. cit., p. 115.

⁴⁵⁹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1588/2001 de 17 septiembre de 2001. Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo 981/2005, de 18 de julio de 2005 dispone que ha de estimarse que la conducta delictiva enjuiciada, cuya gravedad no cabe desconocer, consiste en la coacción ejercida por los acusados que, respecto de la víctima, aprovechando su desvalimiento como extranjera, la determinaron a mantenerse en la prostitución. Incluso no es óbice para ello que no conste una situación adicional de privación de libertad que, de darse, podría calificarse con propiedad como detención ilegal o secuestro.

⁴⁶⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1980. Más recientemente Sentencia del Tribunal Supremo 554/2019 de 13 de noviembre de 2019: Una vez en Oviedo, les retiraban la documentación así como sus teléfonos móviles y, tras advertirles que les debían el importe del precio del viaje, cuya cuantía exacta nunca les facilitaban, las obligaban con violencia física y psíquica a ejercer la prostitución, y para mantenerlas atemorizadas con el fin impedir que se marcharan, las amenazaban personalmente de muerte incluso con objetos cortantes como espadas o katanas, anunciándoles igualmente la causación de distintos males a su propia persona o a sus familiares en Rumania si no saldaban la deuda, estando obligadas a entregar los beneficios obtenidos por tales actividades a los acusados Pedro Jesús y Adrián.

⁴⁶¹ Entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo 33/2010, de 3 de febrero de 2010, F.J. 1º; Sentencia del Tribunal Supremo 477/2009 de 10 de noviembre de 2009, su FJ 5º dispone que “*en relación al delito de agresión sexual, pero que dio lugar a la estimación, además, del delito de violencia doméstica, hemos dicho en la Sentencia 914/2008 de 22 de diciembre, la doctrina de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo es diáfana, reiterada y pacífica, al declarar que por violencia se ha entendido el empleo de fuerza física, y así, como recuerda la STS núm. 1546/2002, de 23 de septiembre, se ha dicho que equivale a acometimiento,*

debe identificarse exclusivamente con el ejercicio de *vis phisica*, es decir, “la fuerza física directamente ejercida sobre la víctima”⁴⁶² para no dejar vacía de contenido a la “intimidación”. Más recientemente, el Tribunal Supremo en Sentencia 146/2020, de 14 de mayo de 2020, en un caso en que se aplicaba la técnica de vudú sobre las víctimas, ha concretado que por violencia debe entenderse un acometimiento material sobre la persona que va a ser objeto de trata y la fuerza física encaminada a producir miedo a la víctima⁴⁶³.

La Sentencia del Tribunal Supremo 910/2013, de 3 de diciembre, examina un caso en que la víctima recibió en Rumania un puñetazo y fue introducida a la fuerza en un taxi para su traslado acompañada de una persona que le decía que en caso de que intentara escapar tirarían a su hijo por la ventana. Para la Sala existe «...*captación y traslado coactivo, mediante violencia e intimidación ejercidos sobre la víctima, con la finalidad de explotación sexual*»⁴⁶⁴.

Los conceptos de violencia, intimidación y engaño los podemos tomar de otros delitos más consolidados del Código penal y el de abuso de una situación de superioridad de las circunstancias agravantes, en concreto, los términos «violencia o intimidación» los

coacción o imposición material, e implica una agresión real más o menos violenta, o por medio de golpes, empujones, desgarros, es decir, fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la víctima. Mientras que la intimidación es de naturaleza psíquica y requiere el empleo de cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado (STS núm. 1583/2002, de 3 octubre).

Nada empece reunir ambas modalidades bajo la descripción típica de violencia física y psíquica. Pero resulta difícil admitir que ésta alcance a cualquier tipo de atentado que pueda considerarse que afecte a la integridad moral del sujeto pasivo. Como lo sería un acto vejatorio”.

⁴⁶² Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1425/2005, de 5 diciembre, F.J. 4º; Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1367/2004 de 29 noviembre, F.J. 12º.

⁴⁶³ Sentencia del Tribunal Supremo 146/2020, de 14 de mayo de 2020. Según el alto tribunal el ritual del vudú produce temor en las víctimas.

Los acusados utilizaban el vudú, intimidaban a mujeres y siguiendo un plan y distribución de funciones, las trasladaban a Europa desde Nigeria para destinarlas a la prostitución, donde recibían todo el dinero que obtenían ejerciéndola. Se trataba de una organización ya que tenían asignado el papel de recibir y alojar en su casa a las chicas que llegaban a España acompañadas por otro miembro de la organización, donde permanecían ocultas a cualquier acción policial, hasta que eran trasladadas para ejercer la prostitución. Prevé la exención de pena por los delitos cometidos en la situación de explotación, se fundamenta en salvaguardar los derechos humanos de las víctimas, evitar una mayor victimización y animarlas a actuar como testigos en los procesos penales contra los autores.

⁴⁶⁴ Sentencia del Tribunal Supremo nº. 910/2013, de 3 de diciembre de 2013. Mediante el puñetazo la obligaron a entrar en un taxi, la trasladaron hasta la ciudad cercana de Constanza. Una vez en la citada localidad, la llevaron a una vivienda donde la retiraron su carta de Identidad Rumana y su teléfono móvil, y donde la obligaron a permanecer durante un día, realizándose desde allí gestiones telefónicas con la acusada para que enviara el dinero para el billete de avión a España, encontrándose en todo momento vigilada por las personas referidas en la sentencia diciéndole que actuarían contra su familia y su hijo. Al día siguiente, las personas indicadas, trasladaron a la testigo protegida al aeropuerto de Bucarest, donde contra su voluntad, la obligaron a tomar un vuelo con destino a Madrid.

podemos colegir de las agresiones sexuales, por ejemplo, la sentencia de 19 de enero de 2007⁴⁶⁵, en un supuesto de agresión sexual, identifica la violencia con el empleo de fuerza física, mientras que la intimidación es de naturaleza psíquica, y requiere el empleo de cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado.

En ocasiones, el concepto de violencia adquiere otros matices en aras de abarcar otras formas de coerción idóneas para vencer la voluntad de la persona, como ha sucedido, por ejemplo, en el delito de coacciones y, por extensión, en el delito de determinación coactiva a la prostitución de adultos. Esta interpretación extensiva debería igualmente promoverse en el delito de trata dado que los textos internacionales de referencia demandan a los Estados que incluyan como medio cualquier forma de coerción, especificándose entre ellas la amenaza y el uso de la fuerza. En este punto resulta interesante recordar la doctrina jurisprudencial sobre el adverbio “coactivamente” del artículo 188 del CP en su redacción anterior a la LO 11/1999 de modificación del CP, según la cual las coacciones “*no necesitan traducirse en lesiones corporales de la víctima*”. En realidad, cualquier medio capaz de limitar seriamente la libertad de acción y decisión de aquella permite la realización del tipo. El interés por extrapolar esta doctrina al delito de trata de seres humanos ciertamente es menor que el que tuvo en su momento en el contexto del delito de prostitución coactiva dado que en el delito de trata aparece expresamente como medio comisivo la intimidación, al que sin problema podemos reconducir además el empleo de fuerza en las cosas para generar en la víctima el miedo que doblegue su voluntad, como podría ser en estos contextos la destrucción de la documentación de la víctima, pero nos permitiría calificar de violencia, por ejemplo, la privación de la libertad de la víctima sin el empleo de fuerza física a través del uso de ciertos narcóticos que la dejan inconsciente o anulan su voluntad. De esta forma, se

⁴⁶⁵ Recurso de Casación nº 1412/2006 a Sentencia nº 5/2007 de fecha 19 enero de 2007. Supuesto de agresión sexual, se atenta contra la libertad sexual de otra persona con violencia o intimidación, comenzar a tocar las piernas y los pechos a mujer que sale corriendo a su habitación impidiendo la entrada con pequeño cerrojo y varios muebles que puso detrás de la puerta y al dar el acusado golpes en la misma diciendo «*no te vas a escapar, te voy a follar*», la víctima huyó por la ventana, saltando de un balcón a otro pidiendo ayuda, siendo detenido el acusado.

colmaría además la exigencia internacional de calificar como medios de la trata el rapto o el secuestro⁴⁶⁶.

b) Intimidación

La intimidación (vis compulsiva) ha sido definida como “*el constreñimiento psicológico, amenaza de palabra u obra de causar un daño injusto que infunda miedo en el sujeto pasivo*”⁴⁶⁷. Supone la amenaza de causar un mal grave, en el sentido de las amenazas delictivas (arts. 169) o chantaje (art. 171). La intimidación es de naturaleza psíquica y requiere el empleo de cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado⁴⁶⁸. La intimidación es un supuesto estrechamente ligado a la violencia. Supone actos de violencia psicológica sobre la víctima. Implica infundir miedo en la víctima para doblegar su voluntad⁴⁶⁹. Amenazas como causar un daño a la familia, comunicar su situación irregular en el país y, en general, cualquier constreñimiento que provoque en el sujeto pasivo un miedo.

En caso de amenaza de palabra, el Tribunal Supremo ha concretado que se entienden proferidas las amenazas, aunque el acusado no conociera el idioma de la víctima por cuanto las mismas pudieron ser vertidas por el coacusado, destacando que el desconocimiento del idioma no impide utilizar palabras o expresiones simples con contenido amenazante⁴⁷⁰.

A diferencia de lo que ocurre con la violencia que puede generar un concurso con el delito de lesiones o detenciones ilegales, las amenazas y coacciones quedarán absorbidas por el delito de trata de personas en virtud del principio de absorción⁴⁷¹.

⁴⁶⁶ Véase GONZÁLEZ TASCÓN, M.M., “A propósito de la trata de seres humanos: análisis de la modalidad básica del delito de trata de seres humano”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, Edit. Aranzadi, 2020, pp. RR-3.7.

⁴⁶⁷ PÉREZ CEPEDA, A. I., “Globalización, tráfico internacional ilícito de personas (...)”, Op. cit., p. 266.

⁴⁶⁸ Sentencia del Tribunal Supremo 477/2009, 10 de noviembre de 2009 entre otras.

⁴⁶⁹ Sentencia del Tribunal Supremo nº 146/2020, de 14 de mayo de 2020

⁴⁷⁰ Por todos, véase la Sentencia del Tribunal Supremo nº. 910/2013, de 3 de diciembre. “*Le dijeron que había sido vendida por 3.000 euros y que debía pagar la deuda ejerciendo la prostitución y entregando todo lo que ganara y que si no ejercía la prostitución iban a hacerle daño a su familia, a su hijo, y a ella la iban a matar. La testigo protegida, atemorizada por la actuación descrita, hallándose en un país cuyo idioma desconocía, sin documentación ni recursos económicos y careciendo en España de contacto alguno social o familiar, permaneció en el ejercicio de la prostitución*”.

⁴⁷¹ GUARDIOLA LAGO M. J., “El tráfico de personas en el derecho (...)”, Op. cit., p. 355.

c) Engaño

El engaño comporta cambiar la percepción de las cosas en la víctima de modo que actúa, sin saberlo, en contra de sus intereses, convirtiéndose en motor del comportamiento del sujeto pasivo⁴⁷². Es sinónimo de fraude o maquinación fraudulenta.

La jurisprudencia se refiere al engaño como toda maquinación, falacia, mendacidad, argucia, treta, anzuelo, cimbel o reclamo de los que se vale el infractor para, induciendo a error, viciar la voluntad o consentimiento de la víctima. El engaño debe ser suficiente y bastante para conseguir el consentimiento de la víctima que de otra forma no se hubiese obtenido. Es fraude cualquier señuelo que vicie la voluntad de la víctima. Normalmente suele ser ofrecer a la víctima un trabajo digno⁴⁷³. Esta modalidad fraudulenta, en la que el autor utiliza fraude o engaño para obtener el consentimiento de la víctima, forma parte de la denominada trata “consensuada o consentida”⁴⁷⁴.

Son muchas las sentencias que se refieren al engaño como medio comisivo. En este sentido, el ATS n.º 164/2014, de 13 de febrero, describe el engaño consistente en venir a España a trabajar en la venta ambulante. Una vez llegaron, se les obligó a salir a la calle a pedir dinero, siendo mentira que los acusados se dedicaran a la venta ambulante⁴⁷⁵. Por su parte, el ATS de 8 de mayo de 2014, en un supuesto de trata de seres humanos con fin de mendicidad en que ofrecen trabajo a un matrimonio rumano para, una vez en España, obligarles a salir a la calle a practicar la mendicidad y entregar a los acusados lo recaudado, trae a colación nuevamente el medio comisivo del engaño al determinar que los acusados ofrecieron promesas ficticias de trabajo, cuando se pretendía que ejerciera la prostitución para pagar una deuda. A ello se unen acciones violentas e intimidatorias ya que le quitaron a la víctima la documentación y el móvil, y existió violencia física y verbal siendo retenida en el domicilio⁴⁷⁶. La STS n.º 53/2014, de 4 de

⁴⁷² Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1980.

⁴⁷³ Sentencia del Tribunal Supremo nº 146/2020, de 14 de mayo de 2020. Según su FJ 4º: Los tratantes lograban su propósito de hacerles abandonar su país de origen prevaliéndose de la precaria situación económica en la que se encontraban, tanto ellas como sus familias, ofreciéndoles falsas promesas de condiciones de trabajo y situación, y conseguían que una vez en Europa ejercieran la prostitución en beneficio del grupo. Les hacían saber que debían pagar la deuda económica que con ellos habían contraído por sacarlas de África, y las mantenían en un estado de intimidación constante debido al ritual del "vudú", de fuerte arraigo en su país, al que las sometían antes de abandonar Nigeria.

⁴⁷⁴ Véase LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., “*Conceptualización (...)*”, *Op. cit.*, p. 61.

⁴⁷⁵ Auto del Tribunal Supremo 164/2014 de 13 de febrero de 2014.

⁴⁷⁶ Auto del Tribunal Supremo 164360/2014 de 8 de mayo de 2014.

febrero destaca cómo la acusada convenció a la víctima «...para que abandonara el centro sin autorización de los responsables cuando contaba 17 años con el fin de traerla a Barcelona para ejercer la prostitución, omitiéndole esta circunstancia y convenciéndola de que en Barcelona tendría una vida mejor, aprovechándose de que la menor no tenía otros familiares y de la confianza de la misma en su prima, hasta el punto de que para ella era la persona de referencia»⁴⁷⁷.

En la STS n.º 298/15, de 13 de mayo, el TS vislumbra un elemento de duda para aplicar el delito de trata por razón del medio o forma en que la víctima entra en España. «Si atendemos, pues, al criterio proclamado por esta Sala, consistente en reservar el art. 177 bis para los atentados más severos a la dignidad de la persona ya que la entrada de la víctima en territorio nacional no constituyó un atentado severo a la dignidad de la persona ya que llegó a Madrid en avión y con visado turístico»⁴⁷⁸. La Sala parte de un tácito cuestionamiento del medio comisivo del engaño. El cambio de entorno de la víctima que caracteriza a todo delito de trata —interna o transnacional— se produjo en este supuesto por medio de un engaño del acusado que la convence para desplazarse ocultándole sus intenciones. Dicho engaño es tan apto para configurar el medio comisivo de la trata como los medios violentos e intimidatorios.

El término «engaño» es inherente al delito de estafa, habiendo declarado el Tribunal Supremo que el engaño típico es el que es idóneo o adecuado para provocar el error determinante de la injusta disminución del patrimonio ajeno, valorándose dicha idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto engañado y de las demás circunstancias concurrentes en el caso concreto⁴⁷⁹.

Hay múltiples formas de engaño, en el delito de trata el engaño suele consistir en utilizar datos total o parcialmente falsos para hacer creer a la víctima algo que no es cierto y que generalmente se traduce en ofertas de trabajo legítimo, bien en el servicio doméstico, bien en establecimientos fabriles o comerciales, o incluso como modelos, y en general en ofrecer a personas desvalidas unas mejores condiciones de vida.

⁴⁷⁷ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 53/2014 de 4 de febrero de 2014.

⁴⁷⁸ Sentencia del Tribunal Supremo 298/2015 de 13 de mayo de 2015.

⁴⁷⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 210/2021 de 9 de marzo de 2021.

Normalmente el engaño es utilizado para mantener a la víctima bajo control durante la fase de traslado e inicialmente en los lugares de explotación, aunque pronto se sustituye o se combina con la coacción⁴⁸⁰. Según Auto del TS nº 664/2020, de 10 de septiembre hay engaño, aunque la víctima conociera que venía a ejercer la prostitución. El acusado hizo creer a la víctima que iba a facilitarle el transporte, alojamiento y darle una documentación y no que iba a someterla a prostitución forzada mediante amenazas⁴⁸¹.

Incluso, los autores adoptan roles falsos para acometer el engaño, como en la STS 63/2020 de 20 de febrero⁴⁸², en la que hacen creer a la víctima que le ha tocado la lotería. En la ejecución y desarrollo del engaño, los sujetos activos prepararon documentación no verdadera de entidades oficiales y bancarias, con objeto de crear una apariencia de realidad y confianza que, seguidamente, remitían a multitud de posibles víctimas para hacerlas creer que habían recibido un premio como consecuencia de la lotería primitiva. Todos ellos se encargaban de la compra de los materiales necesarios para elaborar esa documentación ficticia utilizada en la ejecución del engaño y del envío de estos documentos de manera masiva con objeto captar a posibles víctimas. En estos casos, el delito de trata irá acompañado de los correspondientes delitos de estafa (arts. 248 y ss. CP) y falsedad en documento oficial (art. 392 CP).

Para terminar, creemos que puede encajar dentro del engaño el que se ha venido denominando método “*Lover boy*”⁴⁸³, pues no es otra cosa que hacer creer a sus víctimas que tienen una relación sentimental que inician habitualmente cuando son menores de edad, para que, en cuanto alcanzan la mayoría de edad, trasladarlas a y explotarlas e, incluso, con el beneficio obtenido, volver al país de captación y empezar con una nueva chica la misma operativa de engaño.

⁴⁸⁰ Sentencia del Tribunal Supremo 214/2017, de 29 de marzo de 2017.

⁴⁸¹ Auto del Tribunal Supremo 664/2020, de 10 de septiembre de 2020.

⁴⁸² Sentencia del Tribunal Supremo 63/2020 de 20 de febrero de 2020. Se distribuyeron y asumieron distintas identidades y roles ficticios -como el de empleados de bancos- a través de los cuales pedía a sus víctimas, mediante llamada telefónica, la entrega de anticipos como condición para lograr el cobro del premio. En ningún caso la entrega de dicho premio se llegaba a realizar, no obstante, y con la intención de apoderarse del dinero recibido como anticipo por las víctimas, abrieron cuentas bancarias en las que aquéllas ingresaban tales anticipos, utilizando nombres ficticios para evitar ser localizados y conseguir, de manera segura, la retirada del efectivo ingresado y su apropiación definitiva.

⁴⁸³ Sobre este método véase a modo de ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo 307/2021 de 9 de abril de 2021.

d) Abuso de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima

El art.177 bis 1 concluye diciendo que “*Existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso*”.

Requiere el aprovechamiento por parte del autor de una posición de dominio sobre el sujeto pasivo derivada de una situación de desigualdad, necesidad objetiva o fragilidad personal (ya sea creada por el sujeto activo o utilizada por este)⁴⁸⁴.

Algunos documentos Internacionales dan pistas de cuáles pueden ser dichas situaciones, en este sentido la Ley modelo contra la trata de personas elaborada por la UNODC en 2010⁴⁸⁵ se refiere a situaciones como: haber entrado al país ilícitamente o sin la documentación apropiada; embarazo o cualquier enfermedad física o mental o discapacidad de la persona, incluida la adicción al uso de cualquier sustancia; capacidad reducida para formar juicios por tratarse de un niño, o por motivos de enfermedad, invalidez o discapacidad física o mental; la promesa o entrega de sumas de dinero u otros beneficios a quienes tienen autoridad sobre una persona o encontrarse en una situación precaria desde el punto de vista de la supervivencia social.

Para verificar la idoneidad de la situación de superioridad del sujeto activo, capaz de doblegar la voluntad de la víctima, deberá atenderse tanto a criterios objetivos mediante una valoración *ex ante* del juez, como a criterios subjetivos donde se tengan en cuenta las circunstancias personales de la víctima. En la STS n. °. 910/2013, de 3 de diciembre, además de los medios comisivos de violencia e intimidación, de los hechos probados se desprende la existencia de una situación de vulnerabilidad de la víctima en el país de destino basada en su inmersión en un entorno extraño en el que carece de cualquier tipo de arraigo. Tres son los concretos factores de vulnerabilidad que se desprenden de los hechos probados: El desconocimiento del idioma, la ausencia de

⁴⁸⁴ PÉREZ ALONSO, E., “Tráfico de personas e inmigración (...)”, Op. cit., p. 330; TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Trata de seres humanos”, Op. cit., p. 210.

⁴⁸⁵ UNODC. Ley modelo contra la trata de personas, Nueva York, 2010. Disponible en: <https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/TIP-Model-Law-Spanish.pdf>

documentos y la carencia de cualquier vínculo familiar o social⁴⁸⁶. Esta posición de dominio es aprovechada por el autor ante la falta de alternativa para la víctima.

En el caso resuelto por la STS 298/2015, de 13 de mayo, se deduce del núcleo de los hechos una situación de vulnerabilidad de la que el sujeto activo se prevalece, la víctima está en un entorno desconocido y cree que el acusado tiene el poder de devolverla a Guinea, elementos que cercenan de manera sustancial cualquier posibilidad de rechazar las pretensiones sexuales del acusado⁴⁸⁷.

En el supuesto del ATS n.º 2172/2013, de 14 de noviembre, se dice expresamente en el abuso de una situación de vulnerabilidad en el país de origen de la víctima con un doble rol: enlazándola con el medio comisivo del engaño. Se aprovecha de que la víctima es vulnerable para generar una relación sentimental en cuyo marco de estrecha confianza se engaña a la víctima para justificar su desplazamiento a España⁴⁸⁸. Vemos que la concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad dependerá de sus características específicas, es la relación del propio sujeto con el entorno en el que está inmerso la que define la condición de vulnerabilidad. Por ello, tal condición se compone de una relación heterogénea entre los riesgos sociales, naturales y económicos y las necesidades, recursos y estrategias de las que goza un individuo. Siempre que una persona se encuentra en situación de vulnerabilidad, en su cotidianeidad, su capacidad para valerse por sí mismo se reduce o se limita considerablemente⁴⁸⁹.

Tras la interpretación auténtica que de los conceptos “situación de necesidad” y “vulnerabilidad” incluyó la reforma de 2015, sigue todavía teniendo sentido atender a la esencia de la conducta de trata para interpretar tales conceptos. En el caso del Derecho español se mantiene como medio comisivo el abuso de situación de necesidad cuando a dicha situación como algo ajeno a la propia vulnerabilidad por razones extrínsecas no se hace referencia en ninguno de los textos internacionales que vinculan al Estado español. Siendo ello así, y atendiendo a que se ha perfilado el tipo cualificado del art. 177 bis 4.b

⁴⁸⁶ Sentencia del Tribunal Supremo n.º 910/2013, de 3 de diciembre. Supuesto en el que el acusado de aprovecha de su posición privilegiada como trabajador de la embajada de Guinea.

⁴⁸⁷ Sentencia del Tribunal Supremo n.º 298/2015, de 13 de mayo.

⁴⁸⁸ Auto del Tribunal Supremo n.º 2172/2013, de 14 de noviembre de 2013.

⁴⁸⁹ Según expone GARCÍA SEDANO, T., “Vulnerabilidad y delito de trata de seres humanos” en (Coord.) Escobar Roca, G., *Ombudsman y colectivos en situación de vulnerabilidad: actas del III Congreso Internacional del PRADPI*, Edit. Tirant lo Blanch, 2017, p. 389.

CP exigiendo que sea únicamente la situación personal —y no cualquier situación, como sucedía en la anterior versión— la que determine la especial vulnerabilidad de la víctima, parece poder confirmarse que quedan para el tipo básico los casos de abuso de situación de necesidad por razones económicas, pero solo en los supuestos en que la persona no tenga más alternativa que someterse al abuso⁴⁹⁰. En definitiva implica que la conducta delictiva sea perpetrada con un plus de antijuridicidad y de culpabilidad⁴⁹¹.

En suma, la situación de vulnerabilidad de la víctima se ha considerado como un vocablo que resulta vago e impreciso⁴⁹² y que va a plantear problemas con respecto a la delimitación entre el tipo básico de trata de seres humanos y los tipos cualificados. Es preciso recordar que el artículo 177 bis 4 CP contiene como agravación específica que “la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o sea menor de edad” y, téngase en cuenta que la vulnerabilidad ha sido utilizada por el legislador como un factor de agravación de la pena, no sólo en el delito de trata de seres humanos, sino también en otras tipologías delictivas, así es, por ejemplo, en los delitos de lesiones, de violencia de género, contra la libertad e indemnidad sexual, etc.

En este contexto, resulta ilustrativa la STS n.º 420/2016 de 18 mayo 2016, donde se aprecia la situación de vulnerabilidad de las víctimas, que fueron captadas en Nigeria, siendo obligadas a ejercer la mendicidad, habiendo sido transportadas en cayuco y empleando, incluso, técnicas de vudú. Es constatable que aquéllas difícilmente tenían otra alternativa que aceptar la explotación⁴⁹³. En cambio, no se aprecia vulnerabilidad en la SAP de Las Palmas nº417/2019, de 24 de septiembre, por entender que no tener trabajo no puede calificarse de situación de necesidad salvo que no reciba asistencia y tenga que prestarla a personas a su cargo como serían hijos menores⁴⁹⁴. Es un concepto, por tanto, que obliga a atender al caso concreto.

⁴⁹⁰ En este sentido se pronuncia VILLACAMPA ESTIAR, C., “La trata de seres humanos (...)”. Op. Cit. p. 6/19.

⁴⁹¹ Sentencia del Tribunal Supremo recurso 657/2016 de 19 de julio de 2016.

⁴⁹² SERRA CRISTÓBAL R. y LLORIA GARCÍA P., “La trata sexual (...)”, Op. Cit., p. 66, citado por LÓPEZ RODRÍGUEZ, “Conceptualización (...)”, Op. cit., n. 65, p. 106.

⁴⁹³ Sentencia del Tribunal Supremo n.º 420/2016 de 18 mayo 2016.

⁴⁹⁴ Fiscalía General del Estado. Unidad de extranjería. Boletín de jurisprudencia segundo semestre de 2019. p. 6. Disponible en: <https://www.fiscal.es/documents/20142/35c8dc43-1477-bd82-6951-3d77e7d03f>. En el mismo sentido Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca, secc.1ª, nº3/2020, de

En todo caso, los medios descritos tienen que ser capaces de viciar la voluntad de la víctima, siendo a tal fin necesario atender a las circunstancias subjetivas de la víctima. En relación a estas cabría destacar la importancia que tiene una adecuada comprensión del contexto cultural de la víctima, que puede explicar por ejemplo por qué el empleo del vudú⁴⁹⁵ es considerado un medio de intimidación de las víctimas procedentes de determinados países como Nigeria⁴⁹⁶.

Más recientemente, el Tribunal Supremo se ha referido a la situación de vulnerabilidad por encontrarse la víctima en situación económica precaria, así en STS n.º 554/2019, de 13 de noviembre, sobre un caso en que los acusados venían desde 2010 dedicándose a captar mujeres en Rumanía mediante engaño y abusando de su situación de precariedad o vulnerabilidad para traerlas a España a ejercer la prostitución en condiciones de explotación y utilizando violencia o intimidación, obteniendo por ello importantes beneficios⁴⁹⁷. Por su parte, la STS n.º 565/2020 de 30 de octubre, sobre un

12 de febrero: No consta el abuso de una situación de vulnerabilidad de la víctima. No basta con que se exija una deuda a la testigo sino hasta qué punto se exige la misma. La víctima que sabía que venía a ejercer la prostitución, no ha manifestado si podía negarse y si lo hizo. Podía entrar y salir libremente. La testigo no estuvo disconforme hasta que decidió marcharse y se le reclamó el dinero. Podía usar el móvil y se comprueba a través de las redes sociales que llevaban una vida normal y que iba a sitios de ocio. No se ha preguntado a una compañera suya sobre las condiciones en que ejercía la prostitución.

⁴⁹⁵ Es vasta la jurisprudencia en que se aprecia el uso de esta técnica, a modo de ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo 23/2015 de 4 de febrero de 2015: Con la finalidad de comprometer a las chicas al pago de una deuda de entre 15.000 y 50.000 euros según los casos, así como de que no la denunciaran a la policía, la chica junto con alguien de su familia normalmente el padre o la madre, por un lado, a presencia de un "Jefe" o "Brujo" hace un juramento. Dicho juramento supone para las chicas la creencia de que si no cumplen con el pago de la deuda o denuncian puede ocurrirle algo malo tanto a su familia como a ella, de forma que el grupo de acusados conseguía que la chica pensara que tras el ritual o juramento quedaba totalmente sometida a la persona que la llevaría a España. Las procesadas, en ocasiones realizaban un nuevo ritual o juramento, una vez que la chica estaba en España, cuando surgía algún problema con la misma, tanto si por el paso del tiempo era más reticente para pagar la deuda, como si había surgido algún problema de indisciplina, con el objetivo de fortalecer los lazos y amedrentarlas. También hablaban con las familias de las chicas, quienes le confirmaban que los familiares de los procesados, los habían advertido de que debían conminar a las chicas para que pagaran y obedecieran a las procesadas. También se refieren a esta técnica las Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas 352/2018 de 17 octubre de 2018 y Sentencia de la Audiencia Nacional 1/2019, de 18 febrero de 2019.

⁴⁹⁶ Ampliamente, DOLS GARCÍA, A., "Tratamiento jurídico-penal de los abusos vinculados a la creencia y ejercicio de brujería y vudú en España (especial referencia al delito de trata de seres humanos)", *Tesis doctoral*, Universidad de Extremadura, 2017.

⁴⁹⁷ Por todas, Sentencia del Tribunal Supremo 554/2019 de 13 noviembre de 2019, Sentencia del Tribunal Supremo 845/2021 de 4 noviembre de 2021 que: considera acertada, a la vista del hecho probado relativo al testigo protegido NUM002, en que se describe que fue captado en Colombia por los acusados encontrándose en una precaria situación económica, esto es, aprovechándose en una clara situación de vulnerabilidad, con la aparente finalidad de trabajar en un salón de belleza en España, y que, siguiendo las instrucciones de éstos, contactó con una persona en aquel país, que le facilitó cuanto fue necesario para su viaje a España, donde llega, y nada más llegar se le transmite que el verdadero propósito del viaje no era otro que ejercer la prostitución.

caso de trata con fin de explotación sexual, se refiere a la situación de vulnerabilidad derivada de hallarse en un país extranjero, en que la víctima no tenía contactos y, por tanto, alternativa⁴⁹⁸.

En consecuencia, el abuso de la situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad supone aprovecharse de la situación de inferioridad que se da en la víctima. Este abuso puede llevarse a cabo de múltiples formas (jerárquica, docente, laboral, dependencia económica, convivencia doméstica, parentesco, amistad o vecindad). Se excluye la situación de superioridad que se genera por la minoría de edad o incapacidad de la víctima pues vienen configuradas como causas de agravación de la pena⁴⁹⁹. Pero ambas situaciones no quedan exentas de problemas.

Por lo que respecta a la primera (menor de edad), la conducta de trata de seres humanos, que será típica, en cualquier caso, cuando se llevará a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación, y aunque no se empleen los medios comisivos típicos suscita diversos interrogantes: ¿cabe colegir que siempre que la conducta de trata de seres humanos se realice con fines de explotación dará lugar a la aplicación del tipo agravado si el sujeto pasivo es menor? ¿No es posible, por tanto, aplicar el tipo básico cuando el sujeto pasivo sea un menor? ¿En qué casos se aplicará el tipo agravado?

Efectivamente, las Sentencias n.º 827/2015, de 15 de diciembre y n.º 53/2014, de 4 de febrero, recuerdan que el apartado segundo del art 177 bis establece expresamente que aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior (violencia, intimidación, engaño, o abuso de una situación de superioridad, de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima), se considerará trata de seres humanos cualquiera de

⁴⁹⁸ Sentencia 565/2020 de 30 octubre de 2020: el acusado, actuando de común acuerdo con el resto de los acusados, entró en contacto en Bulgaria con la víctima, con quien entabló una relación sentimental con el único propósito de conseguir su ilícito objetivo, para lo que la convenció de que se trasladara a España, donde podría desarrollar una actividad laboral y ganar dinero, diciéndole que él viajaría también a este país para iniciar una convivencia juntos. En la creencia de tales afirmaciones, la víctima se desplazó el día 14 de febrero de 2015 desde Sofía (Bulgaria) a Madrid (España). Al día siguiente a su llegada, comunicaron a la misma el verdadero objetivo de su viaje, que no era otro que el ejercicio de la prostitución, y le manifestaron que no tenía otra opción posible, ya que debía satisfacerles el dinero empleado en su traslado.

⁴⁹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo nº 146/2020, de 14 de mayo 2020.

las acciones indicadas en el apartado anterior cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación⁵⁰⁰.

También se ha criticado la desafortunada redacción del art. 177 bis CP, pues el legislador alude a que esta conducta se lleve a cabo “respecto de menores de edad con fines de explotación”, expresión que sólo se menciona expresamente por el legislador en las letras b) y c) entre las finalidades con las que debe llevarse a cabo la trata (explotación sexual, incluyendo la pornografía y explotación para realizar actividades delictivas), lo que podría llevar a pensar que se excluyen el resto de finalidades. Se ha propuesto como la supresión de la expresión “con fines de explotación”, lo que hubiese evitado confusión en su interpretación⁵⁰¹. Si bien, es loable considerar todas formas de explotación, resultando conveniente de *lege ferenda* la incorporación de una definición de explotación.

A ello, hay que añadir que el legislador ha olvidado mencionar expresamente a los incapaces, omisión que puede subsanarse reconduciendo estos supuestos a los casos de abuso de la especial vulnerabilidad de la víctima⁵⁰².

⁵⁰⁰ La Sentencia del Tribunal Supremo 827/2015 de 15 de diciembre de 2015 recuerda que esta norma procede del art 3º del Protocolo de Palermo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en el que expresamente se dispone que para los fines del Protocolo: a) Por "trata de personas" se entenderá 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; b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado; La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará "trata de personas" incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo; d) Por "niño" se entenderá toda persona menor de 18 años".

En el mismo sentido Sentencia del Tribunal Supremo n.º 53/2014 de 4 de febrero de 2014.

⁵⁰¹ En este sentido se han manifestado POMARES CINTAS, E., “El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral”, Op. Cit., 2011, p. 14 y TERRADILLOS BASOCO, “De la trata de seres humanos”, Op. cit., 2011, citado por LÓPEZ RODRÍGUEZ, “Conceptualización (...)”, Op. cit., p. 76.

⁵⁰² De esta opinión ALONSO DE ESCAMILLA, A., “Torturas y otros delitos contra la integridad moral”, en Lamarca Pérez (Coord.), *Delitos y Faltas. La Parte Especial del Derecho Penal*, Ed. Colex, 2ª Ed., Madrid, 2013, p. 171; TERRADILLOS BASOCO, J.M., “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*, Volumen I, Ed. Iustel, Madrid, 2011, p. 164 y “Trata de seres humanos”, en Álvarez García y González Cussac (Dir.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 210.

e) Entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona

Se incluye como medio comisivo el pago para lograr el consentimiento de la persona que tenga el control de la víctima. El precepto alude al intercambio o transferencia de control sobre esas personas como conducta delictiva, que como indicamos es erróneo en cuanto se refiere a “personas” y, también la entrega de pagos, pero como medio comisivo, para obtener ese control sobre, en este caso sí, la persona, la víctima.

Este medio comisivo demuestra la estrecha vinculación del actual delito de trata de personas con el concepto tradicional de trata de esclavos. Nótese que la redacción de esta modalidad entraña en sí misma la reducción de la persona a una «cosa» sobre la que terceras personas ejercen un atributo de la propiedad. Quien se vale de la concesión o recepción de pagos o beneficios, está, literalmente «comprando» a la víctima⁵⁰³, comprando ese control sobre la misma que le permita disponer de ella.

3. Elementos subjetivos del tipo

Vistos los elementos objetivos del injusto, es momento de analizar el factor determinante de la conducta realizada, en cuanto delimita su contenido coadyuvando de esta forma a destacar los contornos de la tipicidad⁵⁰⁴. Nos referimos al dolo como elemento constitutivo del injusto típico, ya que siendo conscientes de la posibilidad que defiende la doctrina más destacada⁵⁰⁵ de la doble posición del dolo – en el tipo de injusto y en la culpabilidad –, por razones didácticas y, como decimos, por ayudar a delimitar los contornos del tipo nos referimos al mismo ahora.

Dicho lo cual, nos encontramos ante un tipo eminentemente doloso que incorpora como elemento subjetivo del injusto 5 finalidades prefijadas por el legislador: a) La

⁵⁰³ GARCÍA SEDANO, T., “El tipo de trata de seres humanos”, *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 2014, p. 6.

⁵⁰⁴ MORILLAS CUEVA, L., *Sistema de Derecho penal. Parte general*, Dykinson, Edición actualizada 2021, p. 453.

⁵⁰⁵ “Dejar la puerta abierta al dolo como nivel autónomo de la culpabilidad como resultado final del proceso de formación de la voluntad” en palabras de MORILLAS CUEVA, L. “De nuevo sobre la doble posición del dolo y de la imprudencia”, en (Coord.) Silva Sánchez, J.M., Queralt Jiménez, J.J., Corcoy Bidasolo, M., Castiñeira Palou, M.T., Mir Puig, S.(hom.), *Estudios de derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, 2017, pp. 756-767.

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 y e) La celebración de matrimonios forzados. Por tanto, si quien capta, trasporta, acoge, recibe [...] a personas desconoce el objeto final de su actividad, no incurre en responsabilidad con arreglo al art. 177 bis, pero sí, si una vez iniciada la conducta, el autor tiene conocimiento de la trama organizada y continúa realizando aquella⁵⁰⁶.

El Protocolo contra la Trata de Personas establece una definición de trata que comprende tres elementos separados: un acto, un medio por el cual este acto ocurre o es posible y un fin del acto, que es la explotación. El primer componente de la definición, el elemento de “acto”, se verá típicamente como una parte (y en el caso de la trata de niños, la única parte) del *actus reus* de la trata. Este elemento puede cumplirse mediante las prácticas indefinidas de captación, transporte, transferencia, acogida o recepción de personas. Aunque dichas actividades pueden ser neutrales en sí mismas y con respecto a sí mismas, adquieren un carácter diferente cuando se llevan a cabo de una manera particular (medios) y con la intención de explotación (fin). El elemento final, “*con el fin de*” típicamente proporcionará la base para identificar el aspecto *mens rea* del delito. La trata de personas ocurrirá si el individuo o la entidad implicada tuviera la intención de que la acción conduzca a la explotación. De esta manera, la trata de personas es un crimen de intención específica o especial⁵⁰⁷.

De este modo, en el ordenamiento jurídico español el delito de trata de seres humanos admite únicamente la modalidad dolosa. El conocimiento del sujeto activo debe abarcar la realización de cualquiera de las modalidades de conducta previstas, la utilización de cualquiera de los procedimientos descritos, y la vinculación de la conducta

⁵⁰⁶ En este sentido CUERDA ARNAU, M. L., “Lección X: Lección X. Torturas y otros delitos contra la integridad moral. Trata de seres humanos”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Coord.) *Derecho penal. Parte Especial*, Edit. Tirant lo Blanch, 2019, p. 206. Y en VILLACAMPA ESTIARTE, C., “El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada (...)”, Op. Cit., p. 432.

⁵⁰⁷ Vid. UNODC. Issue Paper: The Concept of 'Exploitation' in the Trafficking in Persons Protocol (2015), pp. 23-24. También en el informe de 2009, p. 6, en que señala además que *la legislación nacional podría permitir que el mens rea se establezca con un criterio inferior al “intento” directo (como imprudencial, la ceguera deliberada o la negligencia criminal)*.

con la consecución de cualquiera de las finalidades contempladas en el tipo⁵⁰⁸. No es posible, por tanto, la comisión imprudente. Nos encontramos ante un delito mutilado en dos actos donde el tipo penal exige que la acción se realice con la finalidad concreta de llevar a cabo una segunda conducta cuya ejecución daría lugar a otro delito, siendo suficiente la comisión de la primera acción con intención para que el delito se consuma⁵⁰⁹.

El concepto de explotación tal como aparece en el Protocolo contra la Trata de Personas no surgió en el vacío. Distintas disciplinas, desde el derecho a la filosofía, y desde la economía a la política, se han dedicado durante mucho tiempo a examinar y tratar de establecer lo que la explotación significa o debería significar. No obstante, ello no ha resultado en un acuerdo y el concepto sigue siendo ambiguo⁵¹⁰. Tanto es así que el Protocolo contra la Trata de Personas no define “explotación”, en su lugar, proporciona una lista abierta de ejemplos que incluyen, como mínimo, “*la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos*” (art. 3). Si bien, ninguna de estas prácticas está sujeta a definición dentro del Protocolo, algunas se han definido en otros instrumentos internacionales.

La UNODC señaló la preocupación de los Estados por no restringir excesivamente el fin de la trata: esta preocupación se planteó regularmente a lo largo del proceso de negociación como la razón para sugerir diferentes enfoques, como excluir completamente el fin de la explotación (por ejemplo, enfocarse únicamente en los elementos de acto y medios) o hacer una referencia a “cualquiera” o “todas” las formas de explotación. El texto final parece ser un compromiso para garantizar la amplitud máxima de cobertura al tiempo que proporciona una indicación suficiente de la naturaleza de la explotación a la que se refiere el Protocolo⁵¹¹.

⁵⁰⁸ POMARES CINTAS, E., “Trata de personas...”, cit., 2011, p.134.

⁵⁰⁹ MAQUEDA ABREU, M. / LAURENZO COPELLO, P. *El Derecho penal en casos*, 3ª Ed., Tirant lo Blanch, 2011. p. 90.

⁵¹⁰ Vid. UNODC. Issue Paper: The Concept of 'Exploitation' in the Trafficking in Persons Protocol (2015), p. 19.

Disponible en:
https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/CrimenOrganizado/Explotacion_v2.pdf

⁵¹¹ *Ibíd.* p. 21.

Según el documento temático algunas formas de explotación propuestas para ser incluidas no fueron aceptadas. Durante todo el proceso de redacción se propuso que se incluyeran distintos fines de explotación, pero algunos de estos, como el trabajo doméstico, el turismo sexual y el embarazo forzado no obtuvieron un empuje significativo.

A pesar de la ausencia de una definición legal internacional, en sentido amplio, el concepto de explotación en relación con la trata parece ser coherente con su significado general de una persona que se aprovecha injustamente de otra persona, su vulnerabilidad o su situación. Se acepta que la esencia de la explotación relacionada con la trata se aplica tanto a la explotación sexual como a la explotación del trabajo de otra persona. Sin embargo, hay mucha menos certeza en las aristas, particularmente en relación con los parámetros del concepto, el alcance y el contenido de las prácticas individuales consideradas “explotadoras” y los criterios para determinar otras prácticas que podrían o deberían incluirse⁵¹², finalidades cuya incorporación al tipo nos cuestionamos más adelante por su importancia.

A ello hay que añadir que la amplitud de situaciones que abarcan las acciones previstas (captación, traslado, recepción, etc.), ha llevado a que en ocasiones la trata se identifique con sus finalidades, refiriéndose a ella como “esclavitud moderna” o como “trabajo forzoso”. En ese sentido, algunos autores han afirmado que para que un acto constituya trata debe producirse la explotación, pero esto supondría dejar sin contenido práctico al delito de trata⁵¹³.

Nuestro Tribunal Supremo también se ha pronunciado al respecto. Así, la Sala recuerda que el delito de trata es de tendencia y consumación anticipada por cuanto «*La explotación sexual, como cualquiera de los fines que el apartado 1º del art. 177 bis enumera, no precisa que llegue a tener realidad. Basta realizar la acción descrita con un dolo preordenado a alguno de aquellos fines para la consumación del delito*», pero incide en la complejidad de la definición de explotación y la necesidad de que el relato de hechos sea particularmente preciso para salvaguardar el principio de tipicidad «*La definición, a*

⁵¹² Ibídem. UNODC. Issue Paper: The Concept of 'Exploitation' in the Trafficking in Persons Protocol (2015), pp. 20 y ss.

⁵¹³ Esta posición ha sido negada y criticada por la doctrina, pero también por los expertos Ver el informe de GRETA de Noruega (GRETA (2013)5, 7 de mayo de 2013), párr. 40.

efectos de tipicidad, de lo que por prácticas de explotación deba entenderse, no es cuestión sencilla. De ahí la importancia de que el relato de hechos probados sea lo suficientemente descriptivo como para descartar el riesgo de menoscabo del principio de tipicidad»⁵¹⁴.

Y, en este sentido, hay que tener en cuenta que nuestro legislador ha elaborado una lista numerus clausus de finalidades de explotación, no siendo posible incluir otras diferentes a las expresamente previstas. Si las finalidades llegan a realizarse y son en sí mismas constitutivas de algún delito, estaremos ante el correspondiente concurso, real o ideal, de delitos⁵¹⁵.

La finalidad de explotación de la víctima quiere decir que el agente de la conducta debe actuar movido por la aspiración o pretensión ulterior de explotar a la víctima. Nos encontramos ante un elemento subjetivo del injusto de transcendental importancia en la actual configuración de la trata de seres humanos, constituyendo uno de los rasgos diferenciadores de la actividad de otras conductas ilegales muy cercanas o próximas, como el tráfico de personas o el tráfico de mano de obra⁵¹⁶. Si bien, la finalidad de explotación constituye un elemento subjetivo de lo injusto en el delito de trata de seres humanos, también desempeña una función de restricción de la vertiente objetiva del tipo, acotando el alcance la conducta típica a unas acciones determinadas que sean capaces de poner en peligro unos bienes jurídicos concretos⁵¹⁷.

Por tanto, en 2010 el acto preparatorio pasa a ser considerado delito autónomo, en tanto que el delito posterior pasa a ser elemento subjetivo del injusto del delito preparatorio, que se comete con la finalidad de que sea cometida la segunda infracción. La construcción de la figura muestra cierta complejidad, donde la intención del autor (elemento de carácter subjetivo) al ejecutar la acción típica de captar, transportar o acoger, a través de unos determinados medios comisivos (elementos de carácter objetivo) se dirige a realizar otra actividad posterior: la explotación de la víctima (en esto se diferencia, de la tipicidad recogida en otros ordenamientos, por ejemplo el Derecho

⁵¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo 298/2015, de 13 de mayo de 2015.

⁵¹⁵ MUÑOZ CONDE, F., “Derecho Penal Parte Especial”, Op. cit., pp. 169-173.

⁵¹⁶ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., “El delito de trata (...)”, Op. cit. p.92.

⁵¹⁷ En este sentido POMARES CINTAS, E., “El delito de trata de seres humanos con fines de explotación (...)”, Op. cit., p. 12.

alemán, donde el “acto preparatorio” conforma juntamente con el “resultado perseguido” el delito de trata)⁵¹⁸.

Analizamos a continuación las finalidades *numerus clausus* que ha ido incorporando nuestro legislador en el tipo básico.

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

A) Trabajo forzado

El artículo 177 bis 1 a) incluye como finalidad “*La imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre o a la mendicidad*”. Vemos que no emplea el término “explotación” en el trabajo, en su lugar, alude a la imposición de trabajo o servicios forzados, incluyendo expresamente el régimen de esclavitud o la servidumbre. Incorpora fórmulas confusas como “prácticas similares a la esclavitud” “la servidumbre” o “la mendicidad” que contradicen el mandato de taxatividad⁵¹⁹, y es que el precepto se ha limitado a trasladar conceptos procedentes de la Decisión Marco 2002/629/JAI, sin ofrecer una definición de estos que facilite la interpretación y aplicación del mismo, siendo necesario concretar el contenido de estos conceptos. El Protocolo de Palermo no define las categorías incluidas en esta finalidad, pero en los *travaux préparatoires* menciona los tratados de Derecho internacional que definen la esclavitud, servidumbre y trabajos forzados⁵²⁰.

La definición legal internacional aceptada de trabajo forzoso se establece en el artículo 2 del Convenio N.º 29 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre

⁵¹⁸ Así lo establece BENÍTEZ PÉREZ-FAJARDO, F. G., “El delito de trata de personas”, Op. cit., p. 193/ MARTÍN ACÍN, F., *La trata de seres humanos con fines de explotación sexual en el Código Penal de 2010 aportaciones de la Ley Orgánica 1/2015*, Edit. Tirant lo Blanch, 2017, p.190.

⁵¹⁹ Es de esta opinión POMARES CINTAS, E., “El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación (...)”, Op. cit., p. 15.

⁵²⁰ Consejo de Europa, Explanatory Report to the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings, 2005, p. 16. “*La esclavitud no está definida en la Convención, pero muchos instrumentos internacionales y el derecho interno de muchos Estados definen o abordan los conceptos de esclavitud y prácticas similares a la esclavitud (por ejemplo, la Convención de Ginebra sobre esclavitud de 25 de septiembre de 1926, [...] la Convención Suplementaria para la abolición de la esclavitud, el tráfico de esclavos y las instituciones y prácticas similares a la esclavitud, de 7 de septiembre de 1956; el Convenio de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil (Convenio No. 182)*”. Además, se refiere a la jurisprudencia del TEDH sobre el trabajo forzoso y la servidumbre en los pp. 16 y 17.

Disponible en: <https://rm.coe.int/16800d3812>

trabajo forzoso de 1930: “*todo trabajo o servicio exigido a una persona bajo la amenaza de una sanción y para el cual dicha persona no se ofreció voluntariamente*”⁵²¹.

La definición es reproducida en los principales tratados de derechos humanos, incluido el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el cual también reitera y amplía las excepciones circunscriptas cuidadosamente adjuntadas a la definición original⁵²². La prohibición contiene un elemento subjetivo (involuntariedad), así como requisitos objetivos que se cumplen cuando el Estado o un individuo particular ordena el trabajo o servicio personal y recurre a la amenaza de un castigo o sanción si la orden no se obedece⁵²³. Esta definición fue reafirmada, sin enmiendas, en 2014 con la adopción de

⁵²¹ Vid. OIT. Convenio N.º 29 sobre el trabajo forzoso de 1930. Su artículo 2 dispone: *1. A los efectos del presente Convenio, la expresión trabajo forzoso u obligatorio designa todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente. 2. Sin embargo, a los efectos del presente Convenio, la expresión trabajo forzoso u obligatorio no comprende: (a) cualquier trabajo o servicio que se exija en virtud de las leyes sobre el servicio militar obligatorio y que tenga un carácter puramente militar; (b) cualquier trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales de los ciudadanos de un país que se gobierne plenamente por sí mismo; (c) cualquier trabajo o servicio que se exija a un individuo en virtud de una condena pronunciada por sentencia judicial, a condición de que este trabajo o servicio se realice bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas y que dicho individuo no sea cedido o puesto a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado; (d) cualquier trabajo o servicio que se exija en casos de fuerza mayor, es decir, guerra, siniestros o amenaza de siniestros, tales como incendios, inundaciones, hambre, temblores de tierra, epidemias y epizootias violentas, invasiones de animales, de insectos o de parásitos vegetales dañinos, y en general, en todas las circunstancias que pongan en peligro o amenacen poner en peligro la vida o las condiciones normales de existencia de toda o parte de la población; (e) los pequeños trabajos comunales, es decir, los trabajos realizados por los miembros de una comunidad en beneficio directo de la misma, trabajos que, por consiguiente, pueden considerarse como obligaciones cívicas normales que incumben a los miembros de la comunidad, a condición de que la misma población o sus representantes directos tengan derecho a pronunciarse sobre la necesidad de esos trabajos.* Disponible en:

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C029
[ÚLTIMA VISITA: 24-03-2020]

⁵²² Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Su artículo 8.3 dispone que *a) Nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio; b) El inciso precedente no podrá ser interpretado en el sentido de que prohíbe, en los países en los cuales ciertos delitos pueden ser castigados con la pena de prisión acompañada de trabajos forzados, el cumplimiento de una pena de trabajos forzados impuesta por un tribunal competente; c) No se considerarán como "trabajo forzoso u obligatorio", a los efectos de este párrafo: i) Los trabajos o servicios que, aparte de los mencionados en el inciso b), se exijan normalmente de una persona presa en virtud de una decisión judicial legalmente dictada, o de una persona que habiendo sido presa en virtud de tal decisión se encuentre en libertad condicional; ii) El servicio de carácter militar y, en los países donde se admite la exención por razones de conciencia, el servicio nacional que deben prestar conforme a la ley quienes se opongan al servicio militar por razones de conciencia. iii) El servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la vida o el bienestar de la comunidad; iv) El trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.*

⁵²³ Vid. UNODC. Issue Paper: The Concept of 'Exploitation' in the Trafficking in Persons Protocol (2015), p. 25.

un Protocolo del Convenio sobre el Trabajo Forzoso⁵²⁴. El proceso de redacción de esta disposición nos muestra que no debemos considerar el término «pena» en sentido estricto como si fuera impuesto por un órgano judicial, sino que debemos entenderlo como «cualquier sanción o pena infligidas por personas o por cualquier organismo». Además, se confirmó que la frase «bajo la amenaza de una pena cualquiera» debe ser entendida para incluir «la pérdida de derechos o privilegios»⁵²⁵.

De acuerdo con la OIT (2005) esta definición comprende dos elementos básicos del trabajo forzoso: la amenaza de una pena y el carácter involuntario. Las penas no tienen por qué ser únicamente de naturaleza física, pueden suponer la disminución de privilegios y derechos (penas financieras, denuncia a autoridades, cambio de condiciones laborales, privación de alimento, etc.). Muchas víctimas se ven involucradas en situaciones de trabajo forzoso mediante el fraude o el engaño sin ser inicialmente conscientes de ello y, pasado el tiempo, descubren que no pueden dejar libremente el trabajo. Existe trabajo forzoso cuando en el momento en que el trabajador decide abandonar el trabajo, sufre coacciones físicas o psíquicas que le obligan a mantener la relación laboral o se encuentra imposibilitado de romper la relación laboral. En estos casos, el consentimiento dado en un inicio se invalida por no poder romper la relación laboral de forma voluntaria⁵²⁶.

Respecto al concepto “Trabajo” el Tribunal europeo de derechos humanos ha manifestado que, actualmente, el término “trabajo” debe interpretarse en un sentido amplio y que, por ende, este abarca no solamente el trabajo de carácter manual sino cualquier trabajo o servicio⁵²⁷.

⁵²⁴ Protocolo de 2014 relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso. Entró en vigor el 9 de noviembre 2016. Disponible en:

<https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/Protocol2014ForcedLabourConvention.aspx>

⁵²⁵ Así en ALLAIN JEAN, “Parte II. Conceptuación legal de las formas contemporáneas de esclavitud. 125 años de abolición: el derecho de la esclavitud y la explotación humana” en Pérez Alonso, E. (Dir.) *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 159.

⁵²⁶ Vid. OIT (2005), Una alianza global contra el trabajo forzoso, Informe global con arreglo al seguimiento de la declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo 93ª reunión, 2005 p. 5 y ss. Disponible en: <https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc93/pdf/rep-i-b.pdf>

⁵²⁷ Véase la Sentencia del TEDH van der Musselle versus Bélgica núm. 8919/80, de 23 de noviembre de 1983, párrafo 33.

Por tanto, para calificar como víctima de trabajo forzoso a un trabajador o a una trabajadora, estos deben estar imposibilitados de abandonar su trabajo a causa de una amenaza de castigo y deben realizar un trabajo en contra de su voluntad⁵²⁸:

a. Falta de voluntad. El trabajo ha de ser obligatorio. Si el consentimiento para trabajar o prestar servicios ha sido dado «bajo la amenaza de una pena cualquiera», los dos criterios se superponen: no hay «ofrecimiento voluntario» bajo la amenaza, entiende el Estudio de la OIT de 2007.

b. Amenaza de castigo. La pena a la que se refiere el convenio “podría revestir no solo la forma de una sanción penal, sino que podía tratarse también de la privación de cualquier derecho o ventaja”. O, como indica el Informe Global de la OIT, el costo de la coacción (2009), amenazas de denuncia a la policía o a las autoridades de inmigración cuando la víctima se encuentra en una situación laboral ilegal (sentencia del TEDH de 26 de julio de 2005, caso Siliadin contra Francia), la confiscación de la documentación de identidad, o penas económicas. La Corte ha definido el concepto amenaza, estableciendo que el criterio para determinar si esta ha existido es de índole subjetiva, es decir aparece supeditado a la percepción de la víctima y no tanto a la existencia de una sanción⁵²⁹.

No son pocas las dificultades que las organizaciones han encontrado a la hora de obtener y comparar datos relacionados con el trabajo forzoso, la OIT y la Fundación Walk Free efectuaron un estudio⁵³⁰ cuantitativo al respecto. En el informe de 2017, como vimos *supra*, mejora la metodología empleada en sus anteriores estudios publicados en 2005 y

⁵²⁸ RIVAS VALLEJO, P., “Aproximación laboral a los conceptos de esclavitud, trabajo forzoso y explotación laboral en los tratados internacionales*”, Estudios doctrinales, 2021. p. 110-112. Realiza un estudio detallado sobre los conceptos de esclavitud, trabajo forzoso y explotación laboral, concretando los elementos característicos del trabajo forzado a la luz de los diversos informes de la OIT, así como la apreciación al respecto del TEDH. Véase también OIT: Informe III (Parte 1B). Estudio general relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29), y al Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105). Conferencia Internacional del Trabajo 96.ª reunión, 2007. Publicado en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_089201.pdf.

⁵²⁹ Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos Siliadin vs Francia, de fecha 26 de julio de 2005, Demanda n.º 73316/01. Párrafo 117: «It remains to be ascertained whether there was «forced or compulsory» labour. This brings to mind the idea of physical or mental constraint. What there has to be is work «exacted ... under the menace of any penalty» and also performed against the will of the person concerned, that is work for which he «has not offered himself voluntarily»

⁵³⁰ En el año 2017, la OIT y Walk Free Foundation elaboraron un informe conjunto con la estimación mundial del trabajo forzoso y los matrimonios forzados: Global Estimates of Modern Slavery: Forced Labour and Forced Marriage. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_575479.pdf

2012, se describen las principales dinámicas de trabajo forzoso en el mundo y se realizan estimaciones sobre el número de personas afectadas, desglosándolo en función de variables como el tipo de explotación, edad, género o región de la que proceden las víctimas.

Constatada la existencia del fenómeno nos preguntamos cuales son las diferencias entre estas figuras ya que si bien, el objetivo de todas las conductas incluidas en el precepto es explotar su trabajo bajo la condición de esclavo o siervo, o bajo la imposición forzada de la condición de trabajador, creando una situación de total disponibilidad sobre la víctima⁵³¹, sabemos que esas conductas no son sinónimos, aunque estén interrelacionadas unas con otras. Está claro que puede haber esclavitud sin que exista trabajo forzoso, pues la esclavitud tiene unas características adicionales de instrumentalización y de privación de libertad o aislamiento que determinan que pueda someterse a esclavitud sin la utilización de la fuerza de trabajo.

La diferenciación entre las conductas se ha realizado utilizando un modelo denominado «*continuum de explotación*» seguido por la doctrina y el TEDH, donde la clave para distinguir las diferentes conductas reside en la identificación de los umbrales mínimos y máximos atendiendo a la gravedad o lesividad de las condiciones impuestas. La autora que mejor refleja el modelo de gradación es KLARA SKRIVANKOVA, que argumenta que la explotación laboral supone un *continuum* de explotación que oscila desde un extremo positivo de trabajo decente a otro extremo negativo de trabajo forzoso⁵³².

Entendemos que la trata de personas con fines de explotación laboral debe considerarse una forma específica de explotación laboral o trabajo forzoso debido a que, no todas las personas en situación de explotación laboral se encuentran envueltas en un proceso de trata de personas, sino que han llegado a esa situación por otra serie de

⁵³¹ GALLO, P., “Talleres textiles clandestinos en Argentina: ¿Trabajo esclavo o explotación laboral?”, en (Dir.) Esteban Pérez Alonso, Sofía Olarte Encabo ; (Coord.) Pedro Mercado Pacheco, Inmaculada Ramos Tapia ; *Formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos en clave de globalización, género y trata de personas* [Recurso electrónico], Valencia, Edit. Tirant lo Blanch, 2020, p. 230.

⁵³² VALVERDE CANO, A. B., “*It’s all about control: el concepto de trabajos forzosos*”, *Revista de derecho penal y criminología*, 3.ª Época, n.º 22, 2019, p. 271. Desde la perspectiva del continuum del control, delimita el trabajo forzoso de la explotación laboral y del resto de figuras que suelen agruparse bajo el paraguas del término «formas contemporáneas de esclavitud».

circunstancias. Por tanto, ambos tipos de comportamiento comparten características, pero los casos de trata de personas presentan además las características propias de dicho fenómeno.

En el caso de la trata con fines de explotación laboral, siguiendo a ACCEM⁵³³ podríamos dividirla en dos campos fundamentales:

a) *Trabajo por obligación o servidumbre: es la forma menos conocida de trata, pero la más utilizada. En estos casos, las víctimas se ven obligadas a trabajar para pagar una deuda o un préstamo sobre el que no se han definido claramente los términos o condiciones. Por lo general, las víctimas no se dan cuenta de que es ilegal que los tratantes determinen cómo deben pagar su deuda ni la cantidad de esta. Su trabajo tiene significativamente mayor valor que el “préstamo” o la deuda inicial y, en muchos casos, las víctimas quedan atrapadas en un cúmulo de deudas, ya que deben pagar por todos los gastos de manutención además de los gastos iniciales de transporte. Se suele, asimismo, aplicar multas por no cumplir con las cuotas diarias de servicio o por “mal” comportamiento con el fin de incrementar la deuda. La mayoría de las víctimas de la trata pocas veces ven el dinero que supuestamente ganan y es posible que ni siquiera conozcan el volumen de su deuda.*

b) *Trabajo forzoso: ocurre cuando la víctima se ve forzada a trabajar contra su propia voluntad, en particular, bajo violencia, amenazas, castigos, penalizaciones, “multas”, libertad limitada, etc. Sin embargo, conceptualmente, podemos establecer la diferencia entre los dos tipos de explotación, pero en la práctica esta distinción no es tan evidente. Es más, en la mayoría de los casos, se producen los dos tipos de explotación.*

Nos preguntamos cómo aborda nuestro Código Penal las situaciones de sometimiento o mantenimiento en situación de trabajo forzoso, y es que en el ámbito específico de los delitos contra los derechos de los trabajadores, el Código Penal castiga la imposición de condiciones laborales empleando medios abusivos o engañosos en el artículo 311, o perjudicando o suprimiendo sus derechos en el artículo 312.2, o fuera de este ámbito, en el artículo 232.1, la utilización de menores o incapaces para la práctica de

⁵³³ Vid. ACCEM, La trata de personas con fines de explotación laboral. Un estudio de aproximación a la realidad en España, pp. 33-35. Disponible en: <https://www.accem.es/wp-content/uploads/2017/07/trata.pdf>

la mendicidad, por lo que también podrá acudir al concurso de delitos o aparente de normas cuando resulte necesario, como veremos. Si bien, la situación se complica cuando la esfera laboral no está del todo definida, nos referimos a aquellos colectivos como los trabajadores domésticos que a pesar de los progresos legislativos al respecto no están del todo equiparado hoy a las relaciones laborales comunes y es que se ha puesto de manifiesto su condición de extremadamente vulnerables, por su directa relación con el trabajo forzoso⁵³⁴.

El Código en estos tipos más bien se está refiriendo a otro concepto como es la “explotación laboral”, ya que se refiere a disminución de las condiciones laborales y supresión de derechos laborales pero como advirtió la OIT en su informe global de 2009⁵³⁵, este es un concepto que no cuenta con precedentes legislativos, ni internacionales ni nacionales. La explotación laboral es un incumplimiento simple de la normativa laboral pero tal incumplimiento no tiene que suponer la cosificación de la persona en que consiste la esclavitud o la servidumbre, ni elimina la voluntariedad en la prestación del trabajo⁵³⁶. Aunque analizaremos estas figuras delictivas a la hora de abordar las relaciones concursales con el delito de trata, no se puede entender la finalidad de explotación de la letra a) del artículo 177 bis 1 sin una aproximación a los delitos contra los derechos de los trabajadores, que se pueden concretar en los siguientes:

- Imposición de condiciones laborales o de seguridad social ilegales a trabajadores en situación administrativa regular.

Dispone el Artículo 311.1º CP que “*Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a seis años y multa de seis a doce meses: 1º. Los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que*

⁵³⁴ Sobre este problema SALCEDO BELTRÁN, M. C., “El trabajo doméstico en España: planteamientos y desafíos insoslayables frente a la «Esclavitud moderna»”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 55, 2020, pp. 1 y ss. Reflexiona sobre la urgencia de acometer actuaciones no sólo a nivel nacional sino de forma conjunta por todos los países tras evidenciar su directa relación con el tráfico de personas, la explotación infantil y de mujeres o la inmigración irregular.

⁵³⁵ OIT. Informe Global de la OIT, El costo de la coacción, 5 de diciembre de 2009. p. 9. Disponible en:

https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_106269.pdf

⁵³⁶ LOUSADA AROCHENA, J. F., “Normativa internacional contra la explotación humana y laboral en el trabajo doméstico: la ONU y la OIT”, *Lan Harremanak*, Vol. 39, 2018, p. 158-159.

tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual. [...] 4º Si las conductas reseñadas en los apartados anteriores se llevaran a cabo con violencia o intimidación se impondrán las penas superiores en grado”.

Estamos ante una conducta dolosa en que el sujeto activo es cualquier persona que tenga trabajadores a su servicio, es decir, aquella que ostente un poder efectivo e idóneo de resolución a efectos de concertar las condiciones de trabajo o para alterarlas a posteriori⁵³⁷. En cuanto a los sujetos, tanto la doctrina mayoritaria como la jurisprudencia para determinar el sujeto pasivo han interpretado que el término trabajadores se refiere a aquellas personas que prestan servicios a otras en sentido amplio⁵³⁸. La conducta típica consiste en imponer unas condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudican, suprimen o restringen los derechos reconocidos en las leyes, convenios colectivos o contrato individual. Respecto al significado de “imponer”, ha de entenderse como la existencia de una situación que suprima la capacidad de reacción indispensable para que el perjudicado reaccione en defensa de sus derechos que ve perjudicados⁵³⁹. Ha de realizarse mediante engaño⁵⁴⁰ o mediante abuso de situación de necesidad, que para el

⁵³⁷ En este sentido: ARROYO ZAPATERO, L. A., «Los delitos contra los derechos de los trabajadores (Especial consideración del art. 499 bis, CP)», Revista española de Derecho del Trabajo, No. 15, 1983, pp. 359 y ss.; MORILLAS CUEVA, L., «Delitos contra los derechos de los trabajadores», en MORILLAS CUEVA, L., Sistema de Derecho Penal Parte Especial, 3ª ed., 2016, pp. 833-834.; VILLACAMPA ESTIARTE, C., «De los delitos contra los derechos de los trabajadores» en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, 2016, p. 1144; POMARES, CINTAS, E., El Derecho Penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo, 2013, p. 63.

⁵³⁸ POMARES CINTAS, E., El Derecho Penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo, 2013, pp. 61 y ss.

⁵³⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 247/2017 de 5 de abril de 2017, FJ 3:

El verbo definidor del tipo penal es el de "imponer", por tal ha de entenderse la existencia de una situación que suprima la capacidad de reacción indispensable para que el perjudicado reaccione en defensa de sus derechos que ve perjudicados. Obviamente se trata de una situación situada extramuros de los conceptos jurídicos de violencia o intimidación, que, de concurrir, integrarían el subtipo agravado del art. 311-3º --actual párrafo 4º tras la reforma de la L.O. 1/2015 -- que se refiere a que se emplee violencia o intimidación. Obviamente, la capacidad de elegir descansa en la libertad de optar, por ello, y singularmente en una situación de esencial desigualdad como es la relación laboral, el término "imposición" al que se refiere el tipo penal no supone una nota de intimidación o violencia, como se ha dicho, sino una situación en la que el trabajador no tiene libertad de optar porque cuando la alternativa es dejar de trabajar e irse al paro, es claro que eso no es fruto de una opción libre. Tal imposición diferente de la violencia o intimidación supone que la ilegalidad se le hace patente al trabajador y no se hace a sus espaldas, imposición que para ser penalmente relevante tiene que producirse, es decir verbalizarse a través de las dos vías que exige el tipo penal: el engaño o el abuso de situación de necesidad.

⁵⁴⁰ Se ha identificado el engaño con una «maquinación fraudulenta», Engaño, se refería a maquinaciones o procedimientos maliciosos (Sentencia del Tribunal Supremo 247/2017 de 5 de abril de 2017, FJ 3). También la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca 123/2015 de 14 de julio de 2015; Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga 116/2015 de 19 de marzo de 2015), o con cualquier «procedimiento, maniobra o estrategia idóneos para originar un error en el trabajador sobre las

TS «debe tener más consistencia que la derivada de la ínsita situación de desigualdad que existe en el mercado laboral entre empleadores y trabajadores, [...] pero en modo alguno la situación de necesidad puede equipararse con la exigente de igual nombre del art. 20.4º CP que actúa como causa de justificación que hace desaparecer la ilicitud penal. Se trata de dos expedientes de distinta naturaleza e intensidad, que operan en esferas distintas»⁵⁴¹. En definitiva, debe tratarse de una situación específica y concreta del sujeto pasivo, que puede derivar de su situación personal –como, por ejemplo, por su edad o por una discapacidad física–, o de la del concreto segmento laboral en que se encuadre y no únicamente de la desigualdad inherente a la relación laboral⁵⁴².

Finalmente, el apartado 4º de artículo 311 dispone que “*Si las conductas reseñadas en los apartados anteriores se llevaren a cabo con violencia o intimidación se impondrán las penas superiores en grado*”.

- Imposición de condiciones laborales que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos de los trabajadores en situación administrativa irregular.

El Artículo 312.2 CP establece que “*Serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses, 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*”.

Por lo que respecta a los sujetos, en este caso el sujeto activo está conformado por quienes empleen y el sujeto pasivo sería el migrante sin permiso de trabajo. A diferencia

condiciones que se adoptan, de tal manera que no alcance a comprender su significado o trascendencia perjudicial para los derechos que tenga reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual». En la doctrina, véase POMARES, CINTAS, E., *El Derecho Penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, 2013, p. 70.

⁵⁴¹ porque de no ser así, todo incumplimiento debería tener acceso a la respuesta penal, máxime teniendo en cuenta la crisis económica que ha golpeado con especial fuerza a la clase trabajadora, pero tampoco puede emplearse esta lacerante realidad para derivar al derecho administrativo sancionador situaciones de clara ilegalidad penal que, a la postre, tendrían el efecto perverso de provocar una generalizada exclusión en favor del sujeto activo --el empleador-- de la respuesta penal y que convertiría al sistema de justicia penal en un factor de multiplicación de la desigualdad, solo aplicable a las clases menos favorecidas (Sentencia del Tribunal Supremo 247/2017 de 5 de abril de 2017, FJ 3).

⁵⁴² Véase VILLACAMPA ESTIARTE, C., “De los delitos contra los derechos de los trabajadores”, 2016, pp. 1145-1146.

del artículo 311.1º no es necesario para apreciar el tipo el empleo de medios comisivos. Ello no obstante, parte de la doctrina entiende que deberá requerirse que la ausencia de permiso de trabajo coloque al concreto trabajador en una específica situación de necesidad que justifique el mayor injusto intrínseco a la conducta⁵⁴³.

En conclusión, puede percibirse que mientras los delitos contra los derechos de los trabajadores atentan contra los derechos laborales o sociales de los trabajadores, las formas de explotación laboral comprendidas en el artículo 177 bis además vulneran la dignidad y libertad humanas⁵⁴⁴, con un plus de gravedad a nuestro parecer, que viene dado por la palabra “forzado”, del verbo “forzar”, *hacer fuerza o violencia física para conseguir algo que habitualmente no debe ser conseguido por la fuerza y Obligar o precisar a que se ejecute algo* según la RAE, elemento que no tiene por qué concurrir en los delitos contra los derechos de los trabajadores, incluso podemos pensar en el hipotético caso de un trabajo forzoso con unas adecuadas condiciones laborales pero forzado en cuanto a que concurren los elementos de obligatoriedad y castigo, siendo ineludible, como veremos más adelante, acudir en los casos que así lo requieran al correspondiente concurso para cubrir todo el desvalor de la conducta.

B) Esclavitud y prácticas similares a la esclavitud

La esclavitud está prohibida y abolida en el plano internacional desde el 25 de septiembre de 1926, cuando se firmó en Ginebra la Convención sobre la Esclavitud⁵⁴⁵,

⁵⁴³ En este sentido, por todos: VILLACAMPA ESTIARTE, C., “De los delitos contra los derechos de los trabajadores”, 2016, p. 1159.

Según la Sentencia del Tribunal Supremo 348/2017 de 17 de mayo de 2017 FJ 3º: *Considerar solo sujeto pasivo de este derecho al trabajador legal y no al inmigrante clandestino llevaría a una concepción que crearía unas situaciones inaceptables de desigualdad social, porque el empleador podría imponer a los trabajadores ilegales las condiciones laborales más discriminatorias sin riesgo alguno de infracción legal, a pesar de resultar severamente comprometidos valores inherentes a la persona, que como la dignidad del art. 10 C.E., no conoce fronteras. Ha de tratarse de una verdadera relación laboral, es decir prestación de servicios por cuenta ajena, habitualidad en los mismos, dependencia, retribución y jornada legal. Un contrato de trabajo que tendría cabida en el art. 1. 1º del Estatuto de los Trabajadores; es indiferente que los trabajadores sean legales o ilegales, que el contrato sea verbal o escrito o que las condiciones de trabajo sean expresas o tácitas. Es necesario que las condiciones del contrato supongan un perjuicio para sus derechos laborales, más allá de los derivados de su situación de ilegalidad, de la que resulta la inexistencia de permiso de trabajo y ausencia de alta en la seguridad social.*

⁵⁴⁴ Según concluye LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., “La trata de seres humanos con fines de explotación laboral en la legislación española”, *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n.º 107, 2019, [Documento electrónico].

⁵⁴⁵ NACIONES UNIDAS. Convención sobre la Esclavitud de 24 de septiembre de 1926, Ginebra, 1926. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/slaveryconvention.aspx>

que la define por primera vez como «*el estado o condición de un individuo sobre el que se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos*» (art. 1) y la trata de esclavos como «*todo acto de captura, adquisición o cesión de un individuo para venderle o cambiarlo; todo acto de cesión por venta o cambio de un esclavo adquirido para venderlo o cambiarlo y, en general, todo acto de comercio de transporte de esclavos*» (art. 2).

Posteriormente, la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud (Ginebra, 7 de septiembre de 1956⁵⁴⁶) define en el apartado a) la “esclavitud”, según lo previsto en el convenio de 1926, como “*el estado o condición de las personas sobre las que se ejercen todos o parte de los poderes atribuidos al derecho de propiedad*”, y como “esclavo” a “*toda persona en tal estado o condición*”. En el apartado b) se refiere a la expresión “persona de condición servil” para indicar “*toda persona colocada en la condición o estado que resulta de alguna de las instituciones o prácticas mencionadas en el artículo 1 de la Convención*”.

El artículo 7.2.C del Estatuto de Roma define la esclavitud como «*el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños*». Esta definición es idéntica a la definición de «esclavitud» en la Convención de 1926, a excepción de la referencia específica a la trata de personas. Estamos, en primer término, ante una esclavitud de derecho, es decir, de un derecho legal de propiedad sobre otra persona, que ciertamente está erradicada y ya hay pocos lugares en el mundo donde se presente en su versión originaria. Pero la esclavitud de hoy no es de derecho sino, de hecho, es decir, se trata del ejercicio fáctico de los atributos del derecho de propiedad. Por tanto, las formas contemporáneas de esclavitud ya no se vinculan al derecho legal de propiedad sobre el esclavo, sino a la propiedad del mismo. Podemos hablar aquí de una esclavitud de hecho, caracterizada por dos ideas básicas: dominio (fáctico) de personas

⁵⁴⁶ NACIONES UNIDAS. Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de 7 de septiembre de 1956, Ginebra, 1956. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/supplementaryconventionabolitionofslavery.aspx>

vulnerables, es decir, por las ideas de sometimiento y vulnerabilidad⁵⁴⁷. Esto permite sostener que el uso del concepto atributos del derecho de propiedad o de algunos de ellos debe ser integrado de tal modo que permita una definición omnicomprendiva que no quede limitada a formas de esclavitud históricas como la trata transatlántica de esclavos, sino también a otras manifestaciones de la misma⁵⁴⁸.

Respecto a qué potestades o atributos se incluyen específicamente en el derecho de propiedad, existe una característica que constituye la base sobre la que se asienta todo lo demás: el control fáctico o posesión de la cosa y la sujeción a la voluntad del propietario que permite que puedan tomar decisiones sobre la misma⁵⁴⁹. Nuestro código se refiere a ese estado posesorio al regular los delitos de lesa humanidad, define la esclavitud como “la situación de la persona sobre la que otro ejerce, incluso de hecho, todos o algunos de los atributos del derecho de propiedad, como comprarla, venderla, prestarla o darla en trueque” (artículo 607 bis, apartado 2.10).

En relación a esta finalidad, es relevante la condición de vulnerabilidad, MAQUEDA ABREU⁵⁵⁰, antes de la regulación autónoma del delito de trata en el art. 177 bis CP puso de relieve una corriente jurisprudencial que proclamó las bases del discurso jurídico penal sobre la trata como “potencial” esclavitud, a partir de la idea de vulnerabilidad. En este sentido, la STS 380/2007, de 10 de mayo, declaró que “*en la trata lo que se protege no son ya intereses estatales, sino un conjunto de derechos que el ordenamiento jurídico reconoce a los extranjeros como colectivo específico de ciudadanos, amparándoles frente a los abusos de terceros propiciados por la situación*

⁵⁴⁷ Hay muchos estudios sobre las denominadas formas contemporáneas de esclavitud, un tema en el que ahonda especialmente el autor Esteba Pérez Alonso en, entre otras, PÉREZ ALONSO, E., “Tratamiento jurídico-penal de las formas contemporáneas de esclavitud”, en El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud” en (Dir.) Pérez Alonso, E. *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 334-335.

⁵⁴⁸ GARCÍA SEDANO, T., *El trabajo forzoso, la esclavitud y sus prácticas análogas como finalidades del delito de trata de seres humanos*, Edit., Reus, 2021, p. 117.

⁵⁴⁹ VALVERDE CANO, A. B., “It’s all about control (...)”, Op. Cit. p. 277. Según la cual *no se refiere únicamente al control físico, sino al mantenimiento de un control directivo abstracto equiparable al que otorga un verdadero derecho de propiedad, y que se puede manifestar de diversas formas, bien mediante condicionamiento físico o mediante manifestaciones más abstractas como la retención de documentos de identidad, restricción de la libre circulación o acceso a las autoridades estatales, etc.*

⁵⁵⁰ MAQUEDA ABREU, M.L., “A propósito de la trata y de las razones que llevan a confundir a los inmigrantes con esclavos”, en (Coords.) Carbonell Mateu, J.C. / González Cussac J. L. /Orts Berenguer E. /Cuerda Arnau M. L. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Tomo II. Valencia, 2009, p. 1254

de ilegalidad, lo que supone la instrumentalización del sujeto en aras del beneficio económico que puede proporcionar, resultando en última instancia fundamentalmente atacada la dignidad humana”. Las condiciones que garantizan la supuesta vulnerabilidad de los “ilegales”: situación de necesidad, desamparo, aislamiento, desconocimiento del idioma e incluso la demostración de una finalidad de explotación y abuso en el traslado, revelan, a juicio de esta, “la carga ideológica y manipuladora que encierra este discurso de la vulnerabilidad, en el marco de esa representación simbólica generalizada de la trata como esclavitud”⁵⁵¹. Cuando se acepta trabajar, pero se obliga a soportar condiciones laborales ilícitas: realizar la prestación percibiendo salarios miserables, bajo jornadas laborales ilimitadas y otras vulneraciones de derechos básicos. Si el trabajador es extranjero, el empleador consigue un estado de sometimiento del mismo mediante el aprovechamiento del estatus jurídico del extranjero, pues conoce sus dificultades para denunciar la situación de explotación. Sin embargo, el delito de trata de seres humanos con fines de explotación laboral destierra esos supuestos⁵⁵².

El artículo 177 bis 1 se refiere también a “prácticas análogas a la esclavitud”, un concepto que tampoco ha sido delimitado, si bien la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud de 1956 dispone que la servidumbre por deudas se define 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*»⁵⁵³. La servidumbre es una forma de esclavitud “*que no difiere de esta tanto en el carácter como en el grado*” porque “*debe entrañar un caso particularmente grave de limitación de la libertad*”, de modo que la única alternativa sea la prestación del servicio⁵⁵⁴. Los

⁵⁵¹ Sentencia del Tribunal Supremo 380/2007, de 10 de mayo de 2007.

⁵⁵² TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Trata de seres humanos”, cit., p. 216.

⁵⁵³ NACIONES UNIDAS. Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de 7 de septiembre de 1956, Ginebra, 1956. Disponible en:

<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/supplementaryconventionabolitionofslavery.aspx>

⁵⁵⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “El Delito de Trata de Seres Humanos...”, Op. cit., pp. 437-438. / Por su parte la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud Adoptada por una Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social en su resolución 608 (XXI), de 30 de abril de 1956, dispone: *Requería que los Estados miembros «tomasen las medidas necesarias legislativas y de otra índole para*

acontecimientos diplomáticos de 1956 sustituyeron el término «servidumbre» por «prácticas análogas a la esclavitud»⁵⁵⁵.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostiene que el término servidumbre implica la obligación, bajo coacción, de proporcionar servicios a alguien y que está relacionado con el concepto de esclavitud. Estos elementos proporcionan poca información sobre lo que constituye la servidumbre en derecho y parecen hablar más de un vínculo con el trabajo forzoso que con la esclavitud⁵⁵⁶. Parece, pues, que la condición de servidumbre constituye un grado inferior en la sujeción personal que deriva de la cosificación de la persona como bien propiedad de un titular. La jurisprudencia del TEDH, admitiendo que no existe una definición expresa, entiende en las sentencias sobre los asuntos *Seguin* y *Siliadin* que esta prohíbe una forma de negación de la libertad, particularmente grave y cita en tal sentido el informe de la Comisión en el asunto *Van Droogenbroeck contra Bélgica* de 9 de julio de 1980, serie B, vol. 44, pg. 30, aps. 78 a 80, y que engloba, «*además de la obligación de proporcionar a otra persona ciertos servicios (...) la obligación para el “siervo” de vivir en la propiedad de otra persona y la imposibilidad de cambiar su condición*». De ello resulta, entiende el tribunal, que la “servidumbre”, tal y como la entiende el Convenio, se considera la obligación de prestar servicios bajo el imperio de la coacción y que debe vincularse a la noción de “esclavitud” que la precede⁵⁵⁷.

Podemos afirmar que la concepción jurídica de la servidumbre se refiere al estado en el que se encuentra una persona y a su consecuente condición de vida o dicho de otro

lograr progresivamente y con la mayor brevedad posible la completa abolición y el abandono de las siguientes instituciones y prácticas»: la servidumbre por deudas, la servidumbre de la gleba, el matrimonio servil y la explotación infantil. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/SupplementaryConventionAbolitionOfSlavery.aspx>

⁵⁵⁵ Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud Adoptada por una Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social en su resolución 608 (XXI), de 30 de abril de 1956, hecha en Ginebra el 7 de septiembre de 1956.

⁵⁵⁶ ALLAIN JEAN, “Parte II. Conceptuación legal de las formas contemporáneas (...)”, Op. cit. p. 164.

⁵⁵⁷ Sentencia del TEDH de 16 de abril de 2002, caso *Seguin* contra Francia (núm. 42400/98) y Sentencia del TEDH de 26 de julio de 2005, caso *Siliadin* contra Francia analizadas por RIVAS VALLEJO, P., “Aproximación laboral a los conceptos de esclavitud (...)”, Op. Cit., p. 117.

modo esta noción se refiere a la “*situación de la persona completamente sometida a alguien o algo, o entregada a su servicio*”⁵⁵⁸.

En último lugar, el precepto que analizamos refiere al ejercicio de la mendicidad, la Directiva 2011 en su El art. 2.3 de la Directiva de 2011 incluye expresamente la mendicidad como modalidad de trabajo o servicios forzados, con una precisión en su considerando 11: “*la mendicidad forzosa debe entenderse como 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*”⁵⁵⁹.

El fin “mendicidad” se incorpora en la reforma penal de 2010, se considera que debe tener naturaleza laboral y que debe suponer la imposición de la condición de trabajador y disponibilidad respecto de la persona para quien se realiza el servicio, de forma que se ha entendido innecesaria porque podría encuadrarse en cualquiera de las modalidades de esclavitud o prácticas similares a ella (servidumbre, trabajos o servicios forzados)⁵⁶⁰.

A grandes rasgos, la práctica de la mendicidad consiste en mendigar por las calles o a las puertas de los establecimientos conocida como “mendicidad callejera” pero, también puede radicar en el desarrollo de actividades como, por ejemplo, la venta de baratijas, la venta de pañuelos de papel o la limpieza de los limpiaparabrisas de los vehículos, denominada “mendicidad encubierta”⁵⁶¹. Y para que la mendicidad sea considerada como forma de explotación laboral, esta debe presentar naturaleza laboral y

⁵⁵⁸ Así, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete 518/2016 de 25 de noviembre de 2016, FJ 1º: La servidumbre es un concepto aparejado al de siervo, que remite, dejando a un lado significados específicos, a la situación de la persona completamente sometida a alguien o algo, o entregada a su servicio. Más concretamente, la acusación específica más y remite al concepto de “servidumbre por deudas”. Se trataría de una situación igualmente caracterizada por el completo sometimiento al que se ha aludido cuando es consecuencia de la existencia de obligaciones pecuniarias en favor del acusado,

⁵⁵⁹ Considerando (11) 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.

⁵⁶⁰ De esta opinión POMARES CINTAS, E., “El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2011, pp. 15:22 y ss.

⁵⁶¹ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “El delito de trata (...)”, Op. Cit., p. 77

debe englobar, además, la imposición de condición de trabajador y la disponibilidad respecto de la persona para quien se efectúa el servicio⁵⁶² .

La jurisprudencia ha reflejado el severo ataque a la dignidad y la libertad de las personas que esta práctica supone así el ATS n. ° 164/2014, de 13 de febrero describe unas escalofriantes condiciones de explotación de las víctimas a través de la mendicidad. *«...para ejercer la mendicidad y una vez acabada la jornada, debían entregar todo lo recaudado. Tan sólo se les facilitaba una comida al día y el alojamiento que se les dio fue en una terraza con sólo una parte cubierta. Además, se le retiraron los pasaportes, con el pretexto de que iban a regularizar su situación... Los acusados les agredían con tirones de pelo, cachetes y patadas cada vez que entendían que traían poco dinero. Lucía se sometió a un aborto de forma voluntaria y comenzó a sufrir fuertes hemorragias, negándose los acusados a llevarla al médico y a comprarle medicinas, argumentando que eran muy caras. Aún en este estado, la obligaban a salir a la calle para pedir dinero. Finalmente, Rogelio pudo escapar un día y denunciar estos hechos ante la policía. Cuando los agentes policiales entraron en la vivienda, encontraron a Lucía tumbada en un colchón con la entrepierna sangrando y al lado el acusado sentado en una silla»*⁵⁶³ .

Por su parte, el Tribunal Supremo en Sentencia núm. 196/2017 de 24 marzo de 2017 describe cómo los actores procedieron a buscar a personas desvalidas o por circunstancias económicas, o por padecer problemas de salud o enfermedad mental, a las que inicialmente convencían para que colaboraran con ellos, en unas condiciones que nunca se llegaban a precisar, en diferentes tareas y actividades. como la limpieza y la construcción de los recintos destinados a sus respectivas viviendas, o las relacionadas con las atracciones de ferias que gestionaban. Sin embargo, el verdadero propósito que los sujetos activos perseguían era el de tener a su exclusiva disposición a estas personas, no solo para realizar para ellos, sin recibir a cambio ninguna remuneración estas tareas, sino también para lucrarse en su propio beneficio de las pensiones o ayudas sociales de las que fueran o pudieran ser beneficiarios. Consta que les obligaban a practicar la mendicidad.

⁵⁶² POMARES CINTAS, E., *El Derecho Penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, Edit. Tirant lo Blanch, pp. 134-135.

⁵⁶³ Auto del Tribunal Supremo 164/2014 de 13 de febrero de 2014.

En ocasiones, la jurisprudencia refleja que la imposición de prácticas como la mendicidad van acompañadas de otras finalidades de explotación como la sexual⁵⁶⁴.

A modo de conclusión, podemos afirmar que a diferencia de las formas de explotación laboral contenidas en el artículo 177 bis, que se caracterizan por la imposición de trabajos o servicios, los delitos contra los derechos de los trabajadores no conllevan la imposición de la propia prestación de trabajo⁵⁶⁵. Además, mientras los delitos contra los derechos de los trabajadores atacan contra los derechos laborales o sociales de los trabajadores, las formas de explotación laboral comprendidas en el artículo 177 bis vulneran la dignidad y libertad humanas. Por estas razones, cabe concluir que los delitos contra los derechos de los trabajadores no se corresponden con las formas de explotación laboral enumeradas en el artículo 177 bis 1 a) del código penal. Como consecuencia, sería conveniente la tipificación de las conductas de explotación laboral severa a las que puede conducir la trata de seres humanos⁵⁶⁶.

3.2. La explotación sexual (incluida la pornografía)

A) Algunas precisiones terminológicas

El fenómeno de la trata con fin de explotación sexual comenzó a plantearse como un problema social que atentaba contra la dignidad del ser humano a partir de 1869. En Londres, el 21 de junio de 1899 se celebró el primer Congreso para la Represión de la Trata de Blancas, que marcó el inicio de la legislación internacional a favor de su erradicación. Hasta entonces, los tratantes se habían aprovechado de los avances en los medios de transporte, la necesidad económica de la mayor parte de la población y el permisivismo de algunos gobiernos, y la trata de mujeres se había convertido en un

⁵⁶⁴ Sentencia del Tribunal Supremo 306/2020 de 12 junio de 2020. *El acusado planteó a Diana la posibilidad de trasladarse a Barcelona donde, según le dijo, podría obtener unos 200 euros mensuales pidiendo limosna en la calle mejorando así su precaria situación económica. Sin embargo, el acusado ocultó a Diana que habría de ejercer la mendicidad con un total sometimiento a él, sin capacidad para decidir dónde o cómo ejercerla y sin poder disponer del dinero, que obtuviese. No sólo eso, a Diana también le ocultó que, una vez en Barcelona, no se limitaría a ejercer la mendicidad, sino que iba a ser obligada a ejercer la prostitución y también el acusado se quedaría con el dinero que obtuviera de esta actividad. Ante la creencia de que, efectivamente, con la venida a Barcelona podría mejorar su situación económica Diana decidió trasladarse a esta ciudad.*

⁵⁶⁵ Así, en POMARES CINTAS, E., “El Derecho Penal ante la explotación laboral (...)”, Op. Cit., p. 139.

⁵⁶⁶ De acuerdo con GARCÍA SEDANO, T., “La reforma del código penal español motivada por la trasposición de la directiva 2011/36, sobre prevención y lucha contra la trata de seres humanos y protección de las víctimas”, Revista jurídica de investigación e innovación educativa, n.º 8, p. 129.

fenómeno internacional, con una organización a escala mundial gobernada por reglas empresariales⁵⁶⁷.

El Convenio Internacional para la Trata de Blancas de 1910⁵⁶⁸, impuso la obligación de castigar a toda persona que introdujera a una menor en la práctica de la prostitución aun con su consentimiento. El Convenio Internacional para la represión de la Trata de Mujeres Mayores de Edad de 1933⁵⁶⁹, en su artículo 1 establecía la obligación de prohibir, evitar y castigar la trata de mujeres aún con su consentimiento que, aunque sólo condenaba situaciones de trata de un país a otro, tolerándola a nivel nacional, motivó que estas situaciones comenzaran a transformarse. El Convenio para la Represión de la Trata y Explotación de la Prostitución Ajena de 1949⁵⁷⁰ unificó los instrumentos anteriores definiendo como delito el hecho de que una persona concertase la prostitución de otra, considerando irrelevante el consentimiento de la víctima⁵⁷¹.

De esta forma, desde principios del S.XX, los textos de la Sociedad de las Naciones, que comenzaron utilizando el término “trata de blancas” fueron sustituyéndolo por el de “trata de mujeres y niños” y en algunos de estos instrumentos se considera que la explotación de la prostitución es intrínsecamente abusiva y análoga a la esclavitud. Así el art.6 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que exige que los Estados Parte supriman la “explotación de la prostitución de la mujer” y se habla de la “prostitución forzada” en los tres instrumentos internacionales relativos al tráfico de mujeres para la prostitución aprobados antes de 1933⁵⁷².

⁵⁶⁷ DE LEÓN VILLALBA, F., “Tráfico de personas e inmigración ilegal”, Op. Cit., p. 35.

⁵⁶⁸ Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Blancas, 1910, Sociedad de Naciones, Treaty Series, vol. VIII, p. 278.

⁵⁶⁹ Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres Mayores de Edad, 11 de octubre de 1.933. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/sp_cenve_inter_relat_repres_trat_muj_may_edad.pdf

⁵⁷⁰ Naciones Unidas (1949). Asamblea General de las Naciones Unidas. Convenio para la Represión de la Trata y Explotación de la Prostitución Ajena, 2 de diciembre. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/trafficingpersons.aspx>

⁵⁷¹ El Preámbulo del Convenio define la prostitución como una práctica “incompatible con la dignidad y el valor de la persona humana”.

⁵⁷² Acuerdo Internacional para asegurar la protección eficaz contra la trata de blancas de 1904; Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Blancas de 1910; Convenio Internacional para la represión de la trata de mujeres y niños, de 30 de septiembre de 1921.

El artículo 177 bis 1 b) se refiere a la “explotación sexual incluida la pornografía”. La presión a nivel internacional ha dado como resultado que la trata con finalidad de explotación sexual se constituya como la modalidad de trata que más atención ha recibido⁵⁷³. El Protocolo contra la Trata de Personas aborda la explotación de la prostitución ajena y otras formas de explotación sexual solo en el contexto de trata de personas. Los Estados deliberadamente decidieron no definir ninguno de los términos, asegurando que el Protocolo “*no tiene prejuicio sobre cómo los Estados Parte abordan la prostitución en sus respectivas leyes nacionales*”. Un entendimiento similar se adjunta a la disposición equivalente del Consejo del Convenio Europeo sobre la Lucha contra la Trata⁵⁷⁴. Según Naciones Unidas, los términos explotación de la prostitución ajena y explotación sexual se han dejado intencionalmente sin definir en el Protocolo, para que todos los Estados pudieran ratificar el instrumento, independientemente de su política nacional sobre la prostitución, la cual no están obligados a penalizar⁵⁷⁵. El Protocolo indicaba que cualquier Gobierno que decidiese incluir estos conceptos indefinidos en su legislación interna tendría que determinarlos claramente. Y, en ese sentido, recomendaba la adopción de unas definiciones orientadas al empleo de fuerza o la coacción (también psicológica) para doblegar la voluntad de la persona. Así, identificaba la explotación sexual con “*la participación de una persona en la prostitución, la servidumbre sexual, o la producción de materiales pornográficos, como consecuencia de estar sujeto a una amenaza, la coacción, el rapto, la fuerza, el abuso de autoridad, servidumbre por deuda o fraude*”, y la “explotación de la prostitución ajena” con “*la obtención por una persona de cualquier ventaja financiera u otro beneficio procedente de la explotación sexual de otra persona*”⁵⁷⁶

Respecto a la “*explotación de la prostitución ajena*” generalmente se refiere a la acción de obtener algún beneficio de la prostitución de otra persona. En ese sentido, opera para establecer el lugar de la conducta (generalmente criminal) en una persona distinta a la que se dedica a la prostitución. El término apareció por primera vez en el derecho

⁵⁷³ IGLESIAS SKULJ, A., “Trata de mujeres con fines de explotación (...)”, Op. cit., p. 238.

⁵⁷⁴ Vid. UNODC. Issue Paper: The Concept of 'Exploitation' in the Trafficking in Persons Protocol (2015), p. 23.

⁵⁷⁵ MARTÍN ACÍN, F. “La trata de seres humanos con fines (...)”, Op. Cit. p.

⁵⁷⁶ GLOBAL RIGHTS., Guía Anotada del Protocolo Completo de de la ONU contra la Trata de personas, Global Rights, Paterners for Justice, 2002, pp. 8-9, disponible en: http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos_download/trata_de_personas_29.pdf

internacional en 1949 en la Convención para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena⁵⁷⁷. Aunque la Convención no proporciona una definición, los Estados Parte de este instrumento están obligados a castigar, entre otras, a “*cualquier persona que, para satisfacer las pasiones de otro (...) explote la prostitución de otra persona, incluso con el consentimiento de la persona*” (art. 1).

Por su parte, la “*explotación sexual*”, también indefinida en el Protocolo, no tiene una definición acordada en el derecho internacional, aunque ha habido varios intentos no es parte del lenguaje del derecho internacional en materia de derechos humanos, excepto en el contexto de los niños. La Convención sobre los Derechos del Niño identifica las siguientes prácticas como “*explotación sexual de niños*”: a) La inducción o coacción a un niño para que participe en cualquier actividad sexual ilegal; b) El uso de niños para su explotación en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; c) El uso de niños para su explotación en espectáculos y material pornográfico. Otros instrumentos internacionales incorporan una comprensión similar de la explotación sexual infantil⁵⁷⁸.

Según las UNODC, en una etapa del proceso de negociación, el texto introductorio contenía una definición de “*explotación sexual*” que, en el caso de los adultos, implicaba un elemento con respecto a los medios como imponer fuerza o clara falta de consentimiento. Posteriormente, se decidió que no era necesario definir el término⁵⁷⁹.

Cabe preguntarse qué debe entenderse por esta y, en cuanto al término “*explotación*”, si debe entenderse meramente la obtención de beneficios económicos, o bien, si dicho término se utiliza en sentido peyorativo e incluyente de la nota de abuso económico⁵⁸⁰. La existencia o no de ánimo de lucro divide a la doctrina, así algunos creen la necesidad del elemento económico en toda explotación sexual porque resulta improbable que acciones tan punitivas y graves se realicen de manera altruista⁵⁸¹. Por el

⁵⁷⁷ Convención para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena de 2 de diciembre de 1949. Entró en vigor el 25 de julio de 1951.

⁵⁷⁸ NACIONES UNIDAS. Artículo 34 de la Convención sobre los derechos del niño, 20 de noviembre de 1989. / También en artículos 3, inciso b, y 18 a 23 del Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Niños contra la Explotación Sexual y el Abuso Sexual (el cual fue adoptado el 25 de octubre de 2007, y entró en vigor el 1 de julio de 2010).

⁵⁷⁹ Vid. UNODC, Op. cit. p. 343.

⁵⁸⁰ GARCÍA ARÁN, M., “Trata de personas y explotación (...)”, Op. cit. p. 231.

⁵⁸¹ En este sentido LLORIA GARCÍA, P., “Trata de (...)”, Op. cit., pp. 299-301.

contrario, otros⁵⁸² señalan que la explotación sexual admite conductas exentas de lucro como los matrimonios de conveniencia con servidumbre sexual. En la misma línea el Tribunal Supremo ha entendido que la explotación sexual no incluye sólo la prostitución sino cualquier actuación de naturaleza sexual. No es preciso que sea lucrativa. Basta con cualquier beneficio, incluso personal, al explotador, sin que necesariamente implique el ejercicio de la prostitución⁵⁸³. La finalidad de explotación sexual, incluida la pornografía, tal y como se encuentra en el precepto penal se caracteriza por su amplitud. No sólo se incluirían en esta finalidad la explotación de la prostitución ajena forzada o la pornografía, sino que esta incluiría cualquier actividad de contenido sexual que de llegar a producirse efectivamente ganase relevancia penal como delito contra la libertad sexual⁵⁸⁴.

No obstante, cuando la trata se lleva a cabo para destinarla a la explotación sexual consistente en el ejercicio de la prostitución, utilizando violencia o cualquier forma de abuso de situación de necesidad o vulnerabilidad supone la generación de una situación de dominio que deja a la víctima a disposición del autor, mediante la explotación económica, pero, además, con especial gravedad, porque la explotación afecta a uno de los aspectos más específicos de la libertad, como es la libertad sexual y en la que el *modus operandi* de las redes se desenvuelve en ocasiones a partir de la recluta para la prostitución en país de origen (en la trata transnacional), pero también, y de modo especial, ofreciendo en origen los servicios de traslado o ingreso en el país de destino y eventualmente, condiciones o puestos de trabajo mediante engaño sobre su naturaleza. Una vez en destino, la persona es privada de su documentación y queda en manos de los tratantes, frecuentemente con la obligación de saldar la deuda económica contraída para su traslado, lo que solo puede hacer sometiéndose a las prestaciones mediante las que se le explota⁵⁸⁵.

⁵⁸² VILLACAMPA ESTIARTE, C., “El delito de trata de seres humanos. Una incriminación (...)”, Op. cit., pp. 355 y ss.

⁵⁸³ Sentencia del Tribunal Supremo 146/2020, de 14 de mayo de 2020.

⁵⁸⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “El delito de trata de seres humanos. Una incriminación (...)”, Op. cit., p. 442. / GARCÍA ARÁN, M., “Trata de personas y explotación (...)”, Op. cit., pp.230-231. Esta autora dispone que el concepto de explotación sexual es más amplio que el de prostitución y, por tanto, no incluye solo prestaciones sexuales a cambio de precio, sino otras actividades de naturaleza sexual o encuadrables en el más amplio mercado del sexo. Por ejemplo, dedicación a la pornografía o las múltiples actividades cercanas a la prostitución clásica (discotecas del sexo, webcams, etc.). Hoy el precepto ya especifica la pornografía.

⁵⁸⁵ *Ibidem*. p. 26-27. Véase STS núm. 146/2020 de 14 mayo; Sentencia del Tribunal Supremo 306/2020 de 12 junio de 2020; Sentencia del Tribunal Supremo 393/2020 de 15 julio de 2020; Sentencia del Tribunal Supremo 422/2020 de 23 julio de 2020; Sentencia del Tribunal Supremo 565/2020 de 30

La Acción Común 97/154/JAI del Consejo, de 22 de febrero de 1997, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños en su artículo 1 A) ii y iii ya definía la explotación sexual diferenciando entre niños y adultos. Con respecto a un niño, entiende por “explotación sexual” *a. persuadir o coaccionar a un niño a participar en cualquier actividad sexual ilícita; b. la explotación de niños mediante la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales y, c. la explotación de niños para actuaciones y material pornográficos, sea producción, venta y distribución u otras formas de tráfico de material de este tipo, y la posesión de dicho material.* Con respecto a un adulto establece que “*al menos la explotación del adulto mediante la prostitución*”⁵⁸⁶.

En los trabajos preparatorios para la aprobación del Protocolo de Palermo se discutió si en el término prostitución había que incluir únicamente la forzada o cualquier forma de prostitución, habiéndose llegado a una fórmula de consenso, sin determinar a qué tipo de prostitución se estaba haciendo referencia, con la finalidad de dejar a los Estados contratantes la libre decisión acerca de qué tipo de prostitución incriminar. La misma fórmula de compromiso ha adoptado el Convenio del Consejo de Europa, de conformidad con lo que se refleja en el informe explicativo⁵⁸⁷. Por tanto, el precepto se refiere tanto a la prostitución coactiva cuanto a la libremente aceptada (si es que esto es posible). El término “prostitución” aquí debe ser interpretado en el sentido de prostitución forzada cuando se trate de adultos, y cualquier tipo de prostitución cuando se trate de menores o incapaces “*aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados*”⁵⁸⁸. El precepto incluye cualquier delito contra la libertad o indemnidad sexual realizada sin o con consentimiento viciado de la víctima (agresiones sexuales, abusos sexuales,

octubre de 2020; Sentencia del Tribunal Supremo 136/2021 de 16 febrero de 2021; Sentencia del Tribunal Supremo 307/2021 de 9 abril de 2021.

⁵⁸⁶ 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. Disponible en: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8cc29fdb-4d74-4199-8236-142ed82116ba/language-es>

⁵⁸⁷ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “El delito de trata de personas: análisis del nuevo artículo 177 bis (...)”, Op. cit., p. 848.

⁵⁸⁸ Ibidem. p. 849; Y en QUINTERO OLIVARES (Dir.) “Comentarios al Código Penal Español (...)”, Op. cit., p. 1122.

exhibicionismo, prostitución), incluyendo además la pornografía en los términos establecidos en el CP⁵⁸⁹.

Ya en el derogado art. 318 bis 2 CP se castigaba el tráfico ilegal o la inmigración clandestina para la explotación sexual. La fenomenología criminal demostraba que se realizaban conductas que, realmente, eran constitutivas de “trata de seres humanos”, a saber, el chantaje a mujeres a las que se les prometía un trabajo en España y después se les obligaba a prostituirse, bajo la amenaza de ser denunciadas ante la policía por su situación irregular, pagar un precio por los gastos que había generado su viaje a España, no permitirles salir a la calle, etc.⁵⁹⁰.

B) Trata y prostitución

No podemos continuar el análisis del fenómeno delictivo de la trata de seres humanos en su finalidad de explotación sexual sin hacer una mínima reflexión sobre la prostitución en nuestro país y en nuestro ordenamiento jurídico por el estrecho vínculo entre uno y otro fenómeno. Si bien, está contemplado y penalizado el delito de trata de seres humanos con fin de explotación sexual, en el caso de la prostitución no existe una penalización ni siquiera una regulación al respecto. Por tanto, salvo que se trate de la explotación sexual coactiva prevista en los artículos 187 y 188 del CP existe un vacío legal.

No es este un análisis ético-normativo del fenómeno de la prostitución en el que examinamos la naturaleza y las causas de este fenómeno social, pero son importantes las posturas al respecto, ya que según se adopte una u otra posición se abordará de forma diferente la regulación de este y sus efectos en el fenómeno objeto de estudio. De esta forma si el punto de partida es que esta práctica social es una forma deseable de vida y no puede ser definida como una forma de explotación sexual, entonces la conclusión lógica es legalizar y reglamentar la prostitución. Si, por el contrario, se considera la prostitución una forma inaceptable de vida, resultado del sistema de hegemonía masculina, vinculada a la dominación patriarcal y que vulnera los derechos humanos de

⁵⁸⁹ SANTANA VEGA, D., “Título VII bis de la trata de seres humanos” en Corcoy Bidasolo, M. / Mir Puig, C. (Dir.) y Vera Sánchez, J.S. (Coord.) *Comentarios al Código penal*, Edit. Tirant lo Blanch, 2015., p. 645.

⁵⁹⁰ POMARES CINTAS, E.: “El delito de trata de seres humanos (...)”, Op. cit., pp. 15 y ss.

las mujeres al convertir su cuerpo en una mercancía y en un objeto para el placer sexual de otros, entonces se concluye la imposibilidad de su legalización⁵⁹¹. De este modo una postura abolicionista de la prostitución determinaría que la explotación sexual prevista en el artículo 177 bis b) incluyese la explotación de la prostitución ajena sea o no forzada, esto es, se empleen o no medios comisivos.

Según el Diccionario de la Real Academia⁵⁹² la prostitución es “*actividad de quien mantiene relaciones sexuales con otras personas a cambio de dinero*”. Otra acepción es “*acción y efecto de prostituir*”, definiendo el verbo prostituir como “*hacer que alguien se dedique a mantener relaciones sexuales con otras personas a cambio de dinero*”. Proviene del verbo latino *prostituire*, que significa poner en público, poner en venta. Se derivó del verbo *statuere*, que significa colocar, al que se añadió el prefijo *pro*, que significa hacer algo en público. La definición podríamos decir que parece clara, siempre que el significado que se le dé a la expresión «*mantener relaciones sexuales*» estuviera claramente delimitado, por ejemplo, porque implicara la acción concreta del coito y la intimidad. Pero entran dentro del concepto de prostitución otras actividades relacionadas con el sexo o prestaciones de contenido sexual en cuanto que satisfacen necesidades sexuales. Ello, no obstante, cuando en el ámbito jurídico se plantea el debate sobre la regulación o la abolición de la prostitución, no se tiene como objeto de análisis toda la gama de prestaciones de carácter o contenido sexual, ni a todos los denominados «trabajadores del sexo», sino única y exclusivamente la prostitución en sentido estricto, que no es sino un tipo de prestación sexual oneroso con contacto físico-sexual y en la intimidad⁵⁹³.

Teniendo en cuenta que la prostitución es el pago con bienes económicos o de otro tipo para la obtención de placer sexual del “cliente” dos aclaraciones son importantes: para quienes la sufren el eje consustancial sobre el que gira esta relación prostitucional no es el sexo sino el dinero o el bien económico que se consigue (no buscan una relación

⁵⁹¹ El modelo abolicionista defiende que la prostitución es una manifestación de la explotación sexual de las mujeres, una forma de violencia de género que impide la igualdad de sexos, una actividad que atenta contra la dignidad y la igualdad de quien la ejerce, constituyendo una forma de esclavitud, dominación y violencia, en este sentido HERNÁNDEZ OLIVER, B., “La prostitución, a debate en España”, *Documentación social*, n.º 144, 2007, pp. 75-90.

⁵⁹² Diccionario de la Real Academia Española. Disponible en: <https://dle.rae.es/prostituci%C3%B3n>

⁵⁹³ OLARTE ENCABO, S., “La prostitución voluntaria: ¿una forma de esclavitud (...)”, Op. Cit., p. 521.

sexual). En segundo lugar, cuando se habla de que hay hombres que se prostituyen, encontramos que la mayoría de los informes demuestran que en este caso también se prostituyen para hombres. Respecto al argumento de la prostitución como libre elección, el análisis neoliberal utiliza el argumento del “derecho” que tiene toda mujer a prostituirse, invocan para ello el “derecho a la autodeterminación” sobre el propio cuerpo y la sexualidad personal. Pero esta cuestión del consentimiento, de la “política de elección personal”, reposa sobre una visión neoliberal occidental que eleva la voluntad y las elecciones individuales en abstracto y fuera del contexto material que vivimos, así como por encima de los derechos humanos y de la noción de bien común⁵⁹⁴. Se les llama “Trabajadoras del sexo” como indicativo de esa actividad que genera ingresos económicos y con la intención de alejarse de un concepto considerado más ofensivo o peyorativo “prostituta”. Y, en esta postura *regulacionista-normalizadora* hay autores que han ofrecido argumentos a favor de la regulación en España que normalice el ejercicio por adultos de la prostitución y criticaron la técnica legislativa del legislador en 2003 por entender que si es imposible que el consentimiento haya sido libre y voluntariamente prestado a ninguno de los efectos significa que de estar este desde el principio viciado, la ulterior explotación lucrativa en cuestión formaría parte integrante de la conducta principal, prioritariamente centrada en la coerción ejercida sobre la víctima para que preste servicios sexuales contra su voluntad, caso en el que no era necesario tipificarla como figura autónoma en el inciso final del tipo del art. 188.1⁵⁹⁵. Si bien, podemos coincidir en ese error, no en el carácter voluntario de la prostitución.

Siguiendo a DÍEZ GUTIÉRREZ⁵⁹⁶ son argumentos que podemos oponer al argumento de la “libre elección” los siguientes:

⁵⁹⁴ DÍEZ GUTIÉRREZ E. J., “La prostitución en el contexto de la globalización neoliberal”, Pornografía, prostitución, trata y vientres de alquiler, XXVII Taller de política feminista, Edit. Fórum de política feminista, 2018, pp. 46 y ss.

⁵⁹⁵ CARMONA SALGADO, C., “Trata de seres humanos para su explotación sexual. Argumentos a favor de una regulación española que normalice el ejercicio por adultos de la prostitución voluntaria”, *La Ley Penal*, n.º 113, 2015, p. 7.

⁵⁹⁶ DÍEZ GUTIÉRREZ E. J., “La prostitución en el contexto (...)”, Op. Cit., pp. 54-55. *Esta posición manifiesta una clara incapacidad para discernir los desequilibrios estructurales sociales, económicos y políticos y las relaciones sexuales de poder entre las mujeres y los hombres que forman el contexto de estas elecciones y decisiones y que, por tanto, imposibilitan que la prostitución jamás se dé, ni siquiera teóricamente, en condiciones de libertad.*

— Es cuestionable la libre elección real: ¿eres libre para comer si no tienes qué comer? La libertad positiva no es solo ausencia de coacción, sino posibilidades reales de elección. En la prostitución solo existe el poder de imponer los propios deseos a otros porque los puedes comprar. No hay igualdad en la relación.

— Es el cuerpo, la voluntad y la personalidad de la mujer lo que se comercia, lo que se consume, la mercancía en sí, no solo su fuerza de trabajo, o los bienes y servicios que pueda realizar, como sucede en otras actividades. Si bien el trabajo mismo, en cuanto sea productivo y quien lo ejecute lo haga para ganarse la vida, está en alguna medida gobernado por la necesidad, no por la finalidad⁵⁹⁷, así, por ejemplo, se alude al ejemplo de la minería, pero a nuestro juicio es una alusión tramposa, la minería no es un trabajo indigno per se, lo pueden ser las condiciones en que se desarrolla y que hay que cambiar. En cambio, la prostitución sí es una actividad indigna, que atenta contra los Derechos Humanos, pues priva de su libertad sexual a las mujeres, al mercantilizar su cuerpo y la libertad que se presume en la existencia de una relación laboral, debe ser entendida «*sin mengua de la dignidad de quien trabaja*»⁵⁹⁸ y es discutido si se trata de una actividad indigna, pero el carácter indigno ha sido reiterado en los textos internacionales⁵⁹⁹ a los que nuestra legislación se debe.

— Además, en nombre de una cierta concepción del ser humano y del bien común, la colectividad ha juzgado necesario con frecuencia poner límites a la libertad individual (como en la venta de órganos, ablación de clítoris, etc.). Según el criterio del “libre consentimiento”, se habría podido admitir la esclavitud prestando atención a algunas voces de esclavos que se declaraban contentos de su suerte y, esto, no tiene ningún sentido a nuestro juicio. Algunos derechos son tan esenciales para la dignidad y la autonomía que deben tenerse por inalienables. Esto no es paternalismo, no es que los

⁵⁹⁷ Se ejecuta «a causa de una necesidad y no en vista de un bien», la percepción platónica de que la persona quiere lo que hace –trabajar– no por lo que hace, sino por aquello para lo que lo hace –vivir–. Más aún que esto; siendo vivir una necesidad, y precisando el ser humano trabajar para satisfacerla, el trabajo es también en sentido estricto una necesidad; sólo que necesidad instrumental o medial encaminada hacia la satisfacción de una necesidad básica. En este sentido véase ALONSO OLEA, M., ALONSO GARCÍA, E. Y CASAS BAAMONDE, M.E., *Introducción al derecho del trabajo* [Recurso electrónico], 7ª Ed. Rev., Cizur Menor, Navarra): Civitas-Thomson Reuters, 2013.

⁵⁹⁸ Ibidem. p. 90.

⁵⁹⁹ Así se refleja en la mayoría de los acuerdos internacionales que ya hemos citados desde el Acuerdo Internacional para la trata de blancas, de 18 de mayo de 1904 hasta los textos más recientes.

individuos deban ser protegidos de su propio mal juicio. La afirmación es más bien que hay algunas formas de tratar a las personas que son moralmente objetables, incluso si consienten en ser tratados de esa manera. No se puede convertir el abuso físico o emocional de otra persona en respeto por su autonomía y dignidad con sólo decir “*usted consintió en ser tratado de esta manera*”, incluso si la otra persona dio su consentimiento. Algunas obligaciones para los otros no están condicionadas a su consentimiento⁶⁰⁰.

En este punto, cabe preguntarse sobre la licitud causal del proxenetismo y la prostitución, ¿puede ser el sexo objeto del contrato?

Aunque el proxenetismo y la prostitución tienen un objeto ilícito si se considera "servicio" ilegal y/o contrario a las buenas costumbres, el problema se encuentra en ambos casos en la ilicitud causal (ilegalidad y/o inmoralidad del propósito común de las partes).

El artículo 1271 CC dispone que "*puede ser objeto de contrato todas las cosas que no estén fuera del comercio de los hombres*" y "*todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres*". Las cosas objeto de un contrato no son per se lícitas o ilícitas, lo lícito o ilícito es traficar o comerciar con ellas. La licitud de las cosas se refiere a su "comercialidad o comerciabilidad" y aplicada a los servicios, se concreta en la "conformidad o adecuación del comportamiento o conducta que debe adoptarse con las exigencias impuestas por la ley y las convenciones morales imperantes".

El artículo 1275 CC dispone que "*Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno*" y, puntualiza que "*Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral*". La ilicitud causal de un negocio se produce cuando las partes que han intervenido persiguen una finalidad empírica ilícita (dolo), esto es, conocen (elemento intelectual) y quieren (elemento volitivo) los elementos que caracterizan la ilicitud de su conducta. En el proxenetismo, el propósito común ilícito es la obtención de un beneficio económico derivado de la prostitución de una persona (y ello con independencia de que esta se ejerza de forma voluntaria o forzada). En el caso de la prostitución, consiste en pagar los servicios sexuales de una persona que rinde cuentas ante un proxeneta y/o que

⁶⁰⁰ En este sentido se pronuncia respecto a la gestación subrogada ANDERSON, E.S., “Why commercial surrogate motherhood unethically commodifies women and children: reply to McLachlan and Swales”, *Health Care Analysis*, 2000, n. ° 8, 19–26.

se encuentra en situación de vulnerabilidad. En ambas relaciones negociales, el análisis de la intencionalidad de la conducta de las partes requiere valorar si alguna de ellas actuó de forma dolosa o incurrió en un error de hecho⁶⁰¹, que en caso del proxeneta difícilmente hay dudas.

También se ha considerado la actividad de alterne como una actividad laboral⁶⁰², el derecho del trabajo desde antiguo la ha considerado como una actividad con objeto o causa lícitos⁶⁰³. Respecto a la idea de “trabajadora sexual” KAJSA EKIS EKMAN reflexiona sobre la reificación “cosificación” y cómo la sexualidad se convierte en mercancía. Aborda la separación del sexo y el cuerpo. Según esta autora la idea de la “trabajadora sexual” se basa en el concepto cartesiano del yo dividido para entender cómo es posible vender el cuerpo sin vender el yo, el yo se presenta como agente actuante que opta por hacer una venta, el yo es un empresario que vende el sexo como algo ajeno al yo. Expone los relatos de prostitutas que hablan de la “desconexión del yo y el cuerpo”⁶⁰⁴ y dejan clara la dificultad de desligar el yo del propio cuerpo.

Pero es que, además, siendo eso posible el art. 188 CP castiga con penas privativas de libertad al “*que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aún con el consentimiento de la misma*”, por lo que podemos afirmar que, aun no siendo ilícita la existencia de trabajadores del sexo, no podría constituirse una relación laboral por no poder existir un empresario del sexo, lo que impediría presumir que existe ajenidad y el resto de notas de laboralidad⁶⁰⁵.

Dicho lo cual, tengamos presente que en el tipo objeto de análisis estas cuestiones no tienen ni que plantearse pues el consentimiento y la voluntariedad no tienen cabida

⁶⁰¹ GONZÁLEZ GARCÍA, S., “Prostitución y proxenetismo: una cuestión de estado”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 10, 2019, pp. 22 y ss.

⁶⁰² A modo de ejemplo Sentencia del Tribunal Supremo 1099/2016 de 21 diciembre de 2016.

⁶⁰³ Sentencia del Tribunal Supremo 580/1981 de 3 de marzo de 1981 y Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1988.

⁶⁰⁴ KAJSA EKIS, E., “El ser y la mercancía. Prostitución, vientres de alquiler y disociación”, Euidt. Bellaterra, 2017, pp. 127 y ss.

⁶⁰⁵ Coincidimos con CANO GALÁN, Y., “Prostitución voluntaria y contrato de trabajo” en (Coord.) Pérez Alonso, E. *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017. p. 609 que expone que la línea argumental de la STSJ Galicia 10-11-2004 (Rec. 3598/2004), en la que se pone de manifiesto que «actualmente sería un acto delictivo en la medida en que, siguiendo las tesis abolicionistas del Convenio para la represión de la trata de personas y de la prostitución ajena, adoptado el 2.12.1949, desde la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, modificadora del artículo 188 del Código Penal, resulta castigado «el que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aún con el consentimiento de la misma».

tratándose de “explotación”. Por ello, sin ánimo de extendernos más en esta cuestión debemos concluir con la respuesta o tendencia político-criminal a este atolladero jurídico.

En la actualidad, en Europa existen diferentes respuestas políticas ante la prostitución. Así, el modelo regulacionista de los países que han regulado la prostitución como un trabajo más, y que han despenalizado el proxenetismo (Alemania, Holanda, Austria o Suiza), y el modelo neo-abolicionista⁶⁰⁶ o “modelo nórdico” que no penaliza a las personas prostituidas pero sí a los proxenetas y a los prostituyentes (Suecia, Noruega, Islandia y, más recientemente, Francia e Irlanda). Habiendo sido muestra el primero en Alemania del fracaso ya que la industria de la prostitución ha comportado un auge considerable de la trata de personas con finalidades de explotación sexual y de las redes mafiosas que lo organizan. En contra, en los países (neo)abolicionistas, que han firmado la convención abolicionista de la ONU de 1949 contra la trata de personas y la explotación de la prostitución de terceras personas, el proxenetismo es un delito grave y la prostitución es considerada como una forma de violencia de género. El modelo de aceptación social de la prostitución en España está en las antípodas del modelo sueco pues nuestro Código Penal penaliza la explotación de la prostitución ajena (art. 187 CP) pero ha resultado ineficaz, por un lado, porque no penaliza al prostituyente y, por otro, porque no se aplica, vemos como las fábricas de explotación sexual se instalan cómodamente en nuestro país bajo seudónimos como *Paradise*. El modelo Sueco es un modelo porque en Suecia la prostitución y la trata no han aumentado, y su legislación es considerada por el Parlamento Europeo como la mejor manera de luchar contra la trata de mujeres y niñas para la explotación sexual y mejorar la igualdad entre hombres y mujeres⁶⁰⁷.

C) Tratamiento de la explotación sexual en el Código Penal

El artículo 187 del CP regula la prostitución coactiva de mayores de edad al señalar que “1. *El que, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, determine a una*

⁶⁰⁶ El prefijo *neo* sirve para distinguirlo del abolicionismo decimonónico que no defendía la criminalización de los prostituyentes.

⁶⁰⁷ Resolución sobre la explotación sexual y la prostitución y su impacto sobre la igualdad de género “Resolución Honeyball”, febrero de 2014.

persona mayor de edad a ejercer o a mantenerse en la prostitución, será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses.

Se impondrá la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses a quien se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma. En todo caso, se entenderá que hay explotación cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

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”.

Estamos ante un delito en el que el bien jurídico protegido es la libertad sexual de la víctima, así como la dignidad de la persona que se ve sujeta a una situación de prostitución⁶⁰⁸ y vemos dos intenciones claras del legislador, por un lado, la necesaria concurrencia de un medio comisivo como es la violencia, la intimidación, el engaño, etc. Por otro, una definición de explotación.

Respecto a la primera y su relación con el delito de trata, algunos autores entienden que, debido a su relación con la esclavitud y otras formas análogas a la esclavitud, lo cierto es que la explotación sexual a la que se refiere el tipo penal debe implicar algo más que la mera obtención de un beneficio resultante de la actividad sexual de una persona, debe conllevar sometimiento y control, que la actividad sexual sea forzada⁶⁰⁹.

Respecto a la segunda, tras la reforma de la LO 1/2015 el legislador optó por definir en qué consiste la explotación, que se concreta en la vulnerabilidad (personal y económica) de la víctima y en las condiciones especialmente gravosas y abusivas.

⁶⁰⁸ Sentencia del Tribunal Supremo 651/2006 de 5 de junio de 2006, en un supuesto de prostitución coactiva en que los acusados trabaron contactos con diversas personas de Rusia, quienes le enviaban periódicamente mujeres de dicha nacionalidad, quienes acudían a España en el convencimiento de que se les iba a proporcionar trabajo de otra índole en nuestro país. El acusado en connivencia con las personas que en Rusia captaban a estas mujeres, acudía a recibirlas a la Estación de Autobuses de Almería o al aeropuerto de Madrid, quedándose con su pasaporte. Una vez que las había trasladado a Roquetas, les revelaba el verdadero propósito de su viaje a España, conminándoles con amenazas de muerte a ellas, o en su caso a sus familias en Rusia, a mantener relaciones sexuales a cambio de precio con las personas que acudían a su local.

⁶⁰⁹ En este sentido, IGLESIA SKULJ, Trata de mujeres con fines de explotación sexual. Análisis políticocriminal del Código penal, Op. Cit., p. 257 y ss.

El legislador ha ubicado esta definición de explotación en los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores. Nos preguntamos si sería conveniente que la definición de explotación estuviera en el delito de trata de personas por su propósito: explotar a personas.

Al margen de esta precisión en el contexto español la jurisprudencia del Tribunal Supremo aporta algunas líneas de definición de lo que puede entenderse por explotación de la prostitución ajena en el ámbito del art. 187 y 188 CP, que por su pertinencia pueden trasladarse hasta aquí. En efecto, es reiterada la postura del Alto Tribunal cuando entiende que *“no toda ganancia proveniente de la prostitución, por sí sola, convierte a quien la percibe en autor de un delito castigado con penas de dos a cuatro años de prisión, sino que se requieren actos de una mayor entidad desde la perspectiva de su ilicitud”*⁶¹⁰. En aras al principio de proporcionalidad es necesario que la fijación de los límites del ámbito típico *ha de tomar en consideración que no toda ganancia proveniente de la prostitución, por sí sola, convierte a quien la percibe en autor de un delito*⁶¹¹, sino que debe entrañar

⁶¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo 445/2008 de 3 de julio de 2008; Sentencia del Tribunal Supremo 450/2009 de 22 de abril de 2009; Sentencia del Tribunal Supremo 1171/2009, de 10 de noviembre de 2009 y Sentencia del Tribunal Supremo 126/2010 de 15 de febrero de 2010, entre otras.

⁶¹¹ A continuación, el Tribunal Supremo enumera una serie de requisitos que deben cumplirse en aras de acotar la finalidad de explotación del ámbito típico, con los siguientes argumentos: *“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. Ese inciso cierra un precepto en el que se castiga, no toda forma de prostitución, sino aquella que degrada la libertad y la dignidad de la persona prostituida, en atención a las circunstancias que precisa el art. 188.1 del Código Penal. Esta idea es también coherente con el criterio de política criminal que late en el compromiso de los países de la Unión Europea, expresado en la Acción Común 97/154/JAI, de 24 de febrero de 1997, adoptada por el Consejo sobre la base del art. 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 (Diario Oficial L 63 de 04.03.1997) y, sobre todo, en la Decisión marco 2002/629/JAI, de 19 de julio de 2002 (LCEur 2002, 2074) (Diario Oficial L 203 de 01/08/2002), que ha sustituido a la citada Acción Común, en lo que afecta a la trata de personas; b) Quien obtiene el rendimiento económico a costa de la explotación sexual ajena ha de ser conocedor de las circunstancias que determinan a la persona prostituida a mantenerse en el ejercicio de la prostitución; c) La ganancia económica puede ser fija, variable o a comisión, pero es preciso, en cualquier caso, que se trate de un beneficio económico directo. Sólo la explotación lucrativa que está íntimamente ligada a la fuente de la prostitución ajena queda abarcada en el tipo; d) La percepción de esa ganancia ha de ser el fruto de algo más que un acto aislado o episódico. No basta con un mero gesto de liberalidad. Esa reiteración es exigible, tanto en la persona que ejerce la prostitución como en aquella otra que se lucra con su ejercicio”*. De otra parte, la doctrina también se viene pronunciando en el sentido de que la explotación lucrativa punible que prevé el art. 189.1 CP, realizada con el consentimiento de la víctima, ha de interpretarse con criterios restrictivos. De modo que no debe entenderse que sea suficiente para aplicación del tipo penal la mera obtención de un lucro por parte del que regenta el club o local, sino que ha de exigirse a mayores que se trate de una explotación directa y principal de la prostitución ajena en la que se trasluzca una relación de subordinación de la prostituta con respecto al empresario o empleador.

una conducta que creara en perjuicio de las víctimas un estatus de subordinación y dependencia personal y económica que permita hablar de explotación lucrativa.

Otra nota que extraemos de la jurisprudencia es la necesidad de que sea un proceso. El Tribunal Supremo, en Sentencia n.º 298/2015 de 13 de mayo expone que la mera referencia de la Sentencia recurrida a *«Mantener relaciones sexuales...siempre que lo desease, sin mayores precisiones, no describe una práctica de explotación susceptible de integrar el delito de trata de personas. Es indiscutible, claro es, que esos episodios sexuales, de haber llegado a repetirse y de haber sido impuestos mediante medios violentos o coactivos, tendrían que ser castigados con las penas asociadas a hechos de tal gravedad. Pero lo que resulta decisivo, desde el punto de vista de la tipicidad que ofrece el art. 177 bis del CP es que la finalidad de explotación sexual —por el tratante o por terceros— quede claramente descrita en el juicio histórico»*. Por tanto, en aquellos casos en que la explotación no se haya materializado en una pluralidad repetida de actos explotadores, la precisión en la descripción típica debe ser particularmente intensa. Es necesario que la descripción de los hechos probados recoja con detalle que el propósito del tratante es repetir sistemáticamente a través de la violencia y coacción los actos explotadores, dotando así a la explotación de estabilidad temporal. De esta forma se despeja cualquier duda de que el acto agresor inicial no es una mera acción aislada sino la primera de un proceso global planificado por el tratante. La Sala considera que era preciso dejar claro que el propósito del sujeto activo era realizar repetidamente actos de agresión y abuso sexual sobre la víctima. En contra, entendemos que la sistematicidad ya se desprende de los hechos dados por probados, el acusado quería hacer de la víctima su pertenencia y ello tenía como consecuencia la plena disponibilidad sexual de la víctima⁶¹².

⁶¹² Sentencia del Tribunal Supremo 298/2015 de 13 de mayo de 2015. *«El chófer de la embajada de Guinea Ecuatorial en España, contactó en Facebook con la víctima, residente en Guinea, y le ofreció la posibilidad de gestionarle un viaje a España, consiguiéndole de modo rápido un visado turístico, y ayudarla posteriormente a permanecer de modo permanente en nuestro país. El acusado quería, en realidad, que Encarna viniese a España para tenerla a su disposición con miras a mantener relaciones sexuales con ella siempre que lo desease, plan que ocultó a la víctima. Ésta aceptó venir a España confiando en la condición de trabajador de la embajada del acusado. Una vez en España para conseguir el visado, y en la consiguiente tramitación, en concreto en la carta de invitación, el acusado manifestó que la víctima era su sobrina. Le dijo que tenía que ser su pareja, que le pertenecía y que tenía que mantener, en tal condición, relaciones sexuales con él. Además, el acusado le dijo a Encarna que, en caso de que no accediese a todo ello, haría lo necesario para devolverla a Guinea. Asustada al verse sin el pasaporte, en un país para ella desconocido y ante la amenaza de que el acusado la pudiese denunciar para que fuese devuelta a Guinea, la víctima tuvo acceso carnal por vía vaginal con el acusado»*.

Se deben incluir, además de los casos de explotación de la prostitución ajena o de otras formas de explotación sexual (como el turismo sexual, o el trabajo en la industria pornográfica o en salones de masaje), los llamados matrimonios serviles y los supuestos de novias o esposas por encargo en condiciones en que se les pueda acabar convirtiendo en esclavas sexuales del receptor. Estas mujeres anunciadas para el matrimonio fuera de sus propios países en distintos medios de comunicación (revistas, vídeos e Internet), que originó la expresión "novias por catálogo", están convirtiéndose en víctimas de una forma contemporánea de esclavitud o de trata. De ahí que el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer haya clasificado tales matrimonios como una nueva forma de explotación sexual, y concretamente nuestro vigente texto punitivo, a partir de la modificación por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo incluye entre las finalidades de la trata, en el art. 177 bis, 1 e) "La celebración de matrimonios forzados"⁶¹³.

Es importante señalar que el Tribunal Supremo ha establecido la interesante doctrina de que la explotación puede realizarse directamente por el tratante y no por un tercero: "*Que la explotación sexual de una tercera persona puede realizarse en provecho propio es innegable. Así se desprende del significado gramatical del vocablo explotar. Son perfectamente imaginables supuestos de explotación sexual en los que el tratante esclavice a su víctima anulando su capacidad de determinación sexual*"⁶¹⁴. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha puesto de manifiesto que con un solo acto carnal retribuido ya hay un delito de prostitución coactiva y que la tentativa existe si existiendo coacción para dedicarse a la prostitución, no se llega a iniciar por causa distinta del desistimiento del autor⁶¹⁵.

Respecto a la pornografía, dice el art. 177 bis 1, b CP 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

⁶¹³ Respecto a la actividad de Alterne Sentencia del Tribunal Supremo 728/2005 de 9 de junio de 2005 dispone que "Es patente que la alusión al club de alterne no es una referencia a la actividad desarrollada, sino al lugar en el que se desarrolla. En los clubes de alterne se ejercía la prostitución, no actividades de alterne"; Masajes eróticos Sentencia del Tribunal Supremo 556/2008 de 17 de septiembre de 2008; Participación en espectáculos exhibicionistas o "strip tease" Sentencia del Tribunal Supremo 1428/2000 de 23 de septiembre de 2000; o en la producción de material pornográfico Sentencia del Tribunal Supremo 651/2006 de 5 de junio de 2006.

⁶¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo 298/2015 de 13 de mayo de 2015.

⁶¹⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 123/2019, de 18 de octubre de 2019.

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)⁶¹⁶.

Nuestro código solo aborda la “pornografía” cuando se trata de menores en el art. 186 CP que castiga con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses al que, “*por cualquier medio directo, vendiere, difundiere o exhibiere material pornográfico entre menores de edad o incapaces*”.

La STS 105/09, de 30 de enero dispone que “*En general, se puede considerar como pornografía aquello que desborda los límites de lo ético, de lo erótico y de lo estético, con finalidad de provocación sexual, constituyendo por tanto imágenes obscenas 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*”.

Debemos criticar la referencia expresa que hace el legislador a la pornografía “*la finalidad de explotación sexual, incluida la pornografía*” parece que esta es una conducta que está al margen de la explotación sexual, pero como ya hemos indicado el concepto de explotación sexual no sólo incluye prestaciones sexuales a cambio de un precio (prostitución) sino otras actividades de tipo sexual subsumibles en el gran abanico que supone el comercio del sexo.

Finalmente, en el supuesto de explotación efectiva, el artículo 177 bis entrará en concurso con estos tipos, normalmente con la prostitución coactiva de adultos (artículo 187 CP), o de menores (artículo 188 CP) y eventualmente con el artículo 189 del mismo cuerpo legal, referido a espectáculos exhibicionistas o pornográficos de menores y que veremos en el apartado dedicado al mismo.

3.3. La explotación para realizar actividades delictivas

Esta forma de explotación no se ha visto a nivel internacional específicamente reflejada en ninguno de los instrumentos normativos que vinculan al Estado español hasta su inclusión explícita en el artículo 2.2 de la Directiva 2011/36/UE. La omisión de la

⁶¹⁶ Véase FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=fiscalia&id=FIS-C-2011-00005>

referencia expresa a esta posible forma de explotación podría conducir a entender que debía preverse específicamente, al no hallarse expresamente comprendida en el tipo, pese a que algunos autores sostuvieron escasas semanas después de la entrada en vigor del art. 177 bis CP que cabía entender incluidas tales conductas en el amplio concepto de servicios forzados y lo han continuado sosteniendo posteriormente. Sin embargo, ante la posible sombra de duda acerca de la cabida de esta modalidad de explotación en el tipo atendiendo a la ausencia de previsión específica, sobre todo tras su inclusión expresa en el concepto de trata de la Directiva de 2011, cabe valorar positivamente que el art. 177 bis CP la incluya⁶¹⁷. Esta finalidad fue introducida por la LO 1/2015, al ser una de las finalidades que habían de contener las legislaciones penales nacionales.

Por actividades delictivas habría que entender la realización de cualquier delito, aunque los más frecuentes sean los patrimoniales y de tráfico de drogas. Esta modalidad no incluye la agravación de organización, que, de concurrir sus requisitos, daría lugar a la aplicación del apartado 6⁶¹⁸.

La Exposición preliminar de la Directiva 2011/36/UE dispone que 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 económica⁶¹⁹. En la jurisprudencia española encontramos casos en que se persuade a ciudadanos rumanos en situación de indigencia para desplazarse desde Rumania a España bajo la falsa apariencia de un contrato de trabajo en el que, a cambio de su trabajo en la recolección de frutas y poda de árboles, percibirían un salario de hasta 700 euros, además de alojamiento y manutención pero su verdadero propósito era someterles a su llegada para obligarles al hurto de fruta o al pelado de cables de cobre⁶²⁰. Otra actividad delictiva que suele darse es el tráfico de

⁶¹⁷ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La trata de seres humanos tras la reforma del Código Penal de 2015”, Diario La Ley, N.º 8554, 4 de junio de 2015, Edit. LA LEY. p. 7. Disponible en: <http://liberata.org/wp-content/uploads/2016/03/2015-La-Trata-de-Seres-Humanos-tras-la-Reforma-del-Co%CC%81digo-Penal-2015.pdf>

⁶¹⁸ SANTANA VEGA, D., “Título VII bis de la trata (...)”, Op. Cit., p. 645.

⁶¹⁹ 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. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2011/101/L00001-00011.pdf>

⁶²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo 597/2016 de 3 marzo de 2016, en un caso de trata de seres humanos en que las víctimas que se encontraban en precarias condiciones personales, laborales y sociales, sin trabajo ni ingresos que les permitieran subsistir, mediante el engaño de prometerles una actividad laboral

drogas, llegando en algunos casos a apreciar el tribunal la exención de responsabilidad prevista en el apartado 10 del artículo 177 bis por entender que concurren las circunstancias necesarias para su aplicación⁶²¹ así como los delitos contra el patrimonio⁶²².

La Fiscalía General del Estado, en su circular 5/2011 precisó que quizás es correcta su inclusión a modo de precisión, pero que como se argumenta en los Trabajos Preparatorios del Protocolo de Palermo nada impide comprender esta modalidad en el concepto más amplio de servicios forzados⁶²³. Entendemos que faltando otras modalidades de explotación que no pueden entenderse comprendidas en algunas de las tipificadas, en cambio se incluye esta “realizar actividades delictivas” que claramente tiene encaje en los servicios forzados. Esta nueva modalidad, fruto, una vez más de la reforma de 2015, plantea, más allá de la aparente obviedad de su letra, cuestiones de interés. Por un lado, la trata de personas para delinquir es para incluirla en una organización criminal, no para favorecer el incremento de la delincuencia autóctona. Se trata de crear una trama criminal con sujetos debilitados psicológica y jurídicamente, debilitamiento fruto de la trata y de las consecuencias de la eventual confesión de los hechos punibles cometidos. Por otro, si las víctimas llegan a cometer realmente delitos se desencadenará su responsabilidad penal en juego por una doble vía: la del delito concreto y la de pertenencia a una organización criminal. Algunos han precisado que quizás, más allá de un, en ocasiones problemático estado de necesidad exculpante, el legislador hubiera debido de prever, siguiendo la regulación administrativa (arts. 59 y 59 bis LO 4/2000 extranjería) alguna excepción o atenuación significativa de la responsabilidad⁶²⁴. En contra, no nos parece suficiente, por un lado, porque se limitaría

lícita y retribuida, que incluía además alojamiento y manutención, asegurándoles la gratuidad del traslado y a tal fin les proporcionaron los oportunos billetes de autobús, les privaron de sus documentos de identidad y fueron alojados por los recurrentes, siendo controlados y vigilados por los mismos, encomendándoles diversas tareas domésticas penosas sin retribución alguna, así como tareas de carácter ilícito (como sustraer naranjas o pelar cables de cobre), todo ello residiendo en condiciones inhumanas.

⁶²¹ En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 183/2020 de 22 junio de 2020, dispone que la protección se extiende más allá de los delitos relacionados con la prostitución y otras formas de explotación sexual cuando el propio art. 2.3 de la Directiva 36/2011/CE establece que también serán víctimas de trata aquellas personas explotadas para otros fines: los trabajos forzados, mendicidad, esclavitud, servidumbre, extracción de órganos o para realizar actividades delictivas, como es el caso.

⁶²² Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 398/2019 de 31 julio de 2019.

⁶²³ Circular 5/2011 de la Fiscalía General del Estado, Op. cit.

⁶²⁴ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., “Derecho penal español: Parte Especial”, Op. cit., p. 186.

la atenuación a la responsabilidad administrativa y por otro porque los artículos 59 y 59 bis de la LO 4/2000 establecen una condición especialmente discutible a dicha atenuación de responsabilidad, esto es la cooperación de la víctima, que como veremos *infra* supone una barrera para la protección de esta.

3.4. La extracción de sus órganos corporales

La Declaración de Estambul sobre el tráfico de órganos y el turismo de trasplantes de 2008 define el tráfico de órganos como: *“la obtención, transporte, transferencia, encubrimiento o recepción de personas vivas o fallecidas o sus órganos mediante una amenaza, uso de la fuerza u otras formas de coacción, secuestro, fraude, engaño o abuso de poder o de posición vulnerable, o la entrega o recepción de pagos o beneficios por parte de un tercero para obtener el traspaso de control sobre el donante potencial, dirigido a la explotación mediante la extracción de órganos para trasplante”*⁶²⁵.

Por su parte, la trata de seres humanos con fines de extracción de órganos es una modalidad de tráfico de órganos consistente en *“la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, incluido el intercambio o la transferencia de control sobre estas personas, mediante la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona, con el fin de extraerle los órganos”*⁶²⁶.

⁶²⁵ Declaración de Estambul sobre el tráfico de órganos y el turismo de trasplantes, Estambul, Turquía, del 30 de abril al 2 de mayo de 2008. Disponible en: <https://saib.es/wp-content/uploads/Declaracion-de-estambul-sobre-el-trafico-de-organos-y-el-turismo-de-trasplantes.pdf>

⁶²⁶ Convenio contra el Tráfico de órganos humanos del Consejo de Europa, en vigor desde marzo de 2018 Considera que *el “tráfico de órganos humanos” es todo acto ilegal relacionado con los órganos humanos (art. 2) y no solo su compraventa*. Del mismo modo, se ofrece esta amplia definición del “tráfico de órganos humanos” en el estudio del Parlamento Europeo “Trafficking in human organs” de 25 de julio de 2015.

Artículo 3 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños de la ONU. Este es el concepto normativo internacional de trata, según la doctrina mayoritaria VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La trata de seres humanos: concepto y caracterización”, en Pérez Alonso, E. y Pomares Cintas, E. (Coord.), *La trata de seres humanos en el contexto penal iberoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 22. Y, en términos prácticamente idénticos, se expresan el artículo 3 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, prostitución infantil y utilización de niños en la pornografía de la ONU; el artículo 2 de la Directiva 2011/36/UE, de 5 de abril; y el artículo 4 del Convenio sobre la lucha contra la Trata de seres humanos del Consejo de Europa.

La primera cuestión que debemos abordar es en qué medida este fenómeno acaece en nuestra sociedad. Pues bien, son cuatro los informes de la UNODC en los que se da cuenta de la extensión de la trata de seres humanos a nivel mundial⁶²⁷. En el primero, publicado en 2012, se indicaba que, en el año 2010, entre los casos de trata de seres humanos detectados, los que se habrían llevado a cabo con otros fines de explotación que no consisten en la sexual ni en la laboral, representarían un 6% sobre el total⁶²⁸. En el segundo, de 2014, se afirmaba que en el periodo transcurrido entre el año 2010 y el 2012 las víctimas de trata de seres humanos con fines de extracción de órganos supusieron un 0,2% sobre el total (de 16 países)⁶²⁹. En el tercer informe, publicado en 2016, se determinaba que entre el año 2014 y el 2016 se habían detectado aproximadamente 120 víctimas de trata de seres humanos con fines de extracción de órganos a nivel mundial (de 10 países). En esta publicación, a continuación, se estimaba que mientras que en Europa la tasa se situaba en un 0,1%⁶³⁰, en África ascendía al 3%⁶³¹. Y en el informe de la UNODC, publicado en 2018, se estima que las víctimas de trata de seres humanos con fines de extracción de órganos detectadas desde 2014 hasta 2017 fueron aproximadamente 100⁶³². El informe de 2020 no aporta datos concretos⁶³³, aunque el baile de cifras podría llevar a concluir que se ha producido un descenso de los casos

⁶²⁷ Existen dos informes previos: de 2006 y de 2009. Sin embargo, el de 2006 no hace referencia alguna a la trata de seres humanos con fines de extracción de órganos, sino que se limita a las que persiguen la explotación laboral y sexual. Y el de 2009 se refiere a este fenómeno criminal pero solo al analizar la situación particular de Egipto y del Chad.

⁶²⁸ Según la UNODC, durante el año 2010 se evidenció que 591 víctimas de trata de seres humanos lo fueron, por ejemplo, con fines de extracción de órganos, con fines de celebración de matrimonios forzados o con fines de explotación para realizar actividades delictivas. Estos resultados del año 2010, según el Global Report on Trafficking in Persons de la UNODC de 2012, se basan en 9.007 víctimas de trata de seres humanos detectadas.

⁶²⁹ Vid. UNODC. Global Report on Trafficking in persons de 2014. Cit.

⁶³⁰ La Comisión Europea, por su parte, reveló que durante el año 2010 un 11% de los casos de trata de seres humanos no se identificaron con la explotación sexual ni con la laboral, sino con la trata de personas con fines de extracción de órganos, con los matrimonios forzados y con la venta de niños. Véase, al respecto, Trafficking in human beings de Eurostat (2013). También en este sentido, pero restringiendo la investigación al Reino Unido, el United Kingdom Human Trafficking Centre ha declarado que en el año 2011 fueron identificadas más de 2.000 víctimas de trata de personas en el Reino Unido y que, de ellas, un 1% fueron víctimas de trata de seres humanos con fines de extracción de órganos.

Para más información al respecto, véase United Kingdom Human Trafficking Center (UKHTC), "A Strategic Assessment on the Nature and Scale of Human Trafficking in 2012", 2013.

Disponible en: https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/a_strategic_assessment_on_the_nature_and_scale_of_human_trafficking_in_2012_2.pdf (última consulta: 16/06/2019).

⁶³¹ Vid. UNODC. Global Report on Trafficking in persons de 2016.

⁶³² Vid. UNODC. Global Report on Trafficking in persons de 2018.

⁶³³ Vid. UNODC. Global Report on Trafficking in persons de 2020.

documentados de trata de seres humanos con fines de extracción de órganos respecto de la información disponible del año 2010, lo cierto es que no pueden compararse entre ellas porque son el resultado de investigaciones llevadas a cabo sobre distintas muestras⁶³⁴.

En cuanto a la repercusión económica que este tráfico comporta, según las estimaciones de la Oficina Regional de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), la modalidad de tráfico de órganos representa una cifra aproximada de 600 millones de dólares a nivel mundial y 1.2 billones por año. Según la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) el órgano más comúnmente recolectado es el riñón. Alrededor del 10% de todos los trasplantes de riñón en todo el mundo viene de la trata de personas para extracción de órganos y son ilegales, es decir, pagados o que ocurren fuera de las estructuras legalmente establecidas.

Como característica esencial de esta modalidad delictiva podemos señalar que la extracción y el tráfico de órganos y tejidos humanos requiere la participación de una red organizada para tal fin, entre otros: Compradores, Intermediarios, Médicos especialistas, Hospitales públicos y/o privados. Por tanto, los actores en el tráfico de órganos son: receptores, intermediarios, médicos especialistas como cirujanos, urólogos, nefrólogos, anesthesiólogos y enfermeras, directores médicos de las unidades de trasplante, también están los hospitales y otras instituciones como compañías de seguros, agencias de viajes, personal de seguridad, empleados de agencias de gobiernos, y los “cazadores” de órganos (que se encargan de la captación de “donantes” entre las poblaciones vulnerables), los compradores y los vendedores. Esto implica, la presencia de intermediarios (incluso personal médico) y la existencia de un proceso de negociación⁶³⁵. Lo que supone, como señala la ONU, que *“la determinación de las dimensiones reales del tráfico de órganos humanos, y la comprensión de la naturaleza de ese delito y del modus operandi de*

⁶³⁴ Mientras que en el primer informe de la UNODC se recoge en la misma cifra la trata de seres humanos con fines de extracción de órganos, de celebración de matrimonios forzados y para la realización de actividades delictivas; el segundo, se limita a la trata de seres humanos con fines de extracción de órganos; el tercero, a la trata de seres humanos con fines de extracción de órganos por continentes; y el cuarto, a la trata de seres humanos con fines de extracción de órganos sobre varones.

⁶³⁵ COTTONE, L., “Trata de Personas en la modalidad de Extracción y Tráfico de Órganos y Tejidos Humanos. La inmigración y los delitos derivados de su proceso”, *XII Jornada de Justicia Penal Internacional y Universal*, Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada del Departament de Justícia, 17 de julio de 2019. Disponible en: http://ceife.gencat.cat/web/content/home/formacio/jornades/jpiu/2019/jpiu2019_cottone_presentacio.pdf

quienes los cometen son difíciles debido a la índole clandestina del problema y a los distintos agentes involucrados”⁶³⁶.

Aunque estamos ante la modalidad de trata que menos se produce, hay sobradas muestras de su existencia a nivel internacional pero también en Europa y España. Muestra de ello fue la preocupación expresada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en la Moción para Recomendación 1526 del año 2001⁶³⁷ sobre el tráfico de órganos humanos en la que se declaró que el principal mercado para las mafias dedicadas a la compraventa de órganos humanos se encontraba en Turquía, pero que el país de donde procedían los órganos destinados al trasplante era Moldavia, el más pobre de Europa. Desde Moldavia los donantes se trasladaban por Rumanía y Bulgaria hasta la parte asiática de Estambul donde los órganos les eran extraídos.

En España, está prohibido que se obtenga compensación económica alguna por la extracción y trasplante de órganos conforme al art. 2 de la Ley 30/1979 de 27 de octubre sobre Extracción y Trasplantes de Órganos según el cual *“No se podrá percibir compensación alguna por la donación de órganos. Se arbitrarán los medios para que la realización de estos procedimientos no sea en ningún caso gravosa para el donante vivo ni para la familia del fallecido. En ningún caso existirá compensación económica alguna para el donante, ni se exigirá al receptor precio alguno por el órgano trasplantado”*. Según esta Ley existen dos clases de extracciones de órganos: las realizadas en personas fallecidas (art. 5), que quedaba fuera del ámbito de aplicación de este delito (hasta la última reforma del CP) por el bien jurídico penal que protegía (art. 526, profanación de cadáveres), y las realizadas de un donante vivo (art. 4) cuando concurren los demás elementos del tipo. No están incluidos en esta finalidad: la sangre o los gametos u óvulos, si lo estarían los tejidos en cuanto que podrían ser considerados parte de los órganos⁶³⁸.

⁶³⁶ Informe “Prevención, lucha y sanciones contra el tráfico de órganos humanos” del 15º periodo de sesiones de la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal del Consejo Social y Económico de la ONU de 2006 (E/CN.15/2006/10).

⁶³⁷ Moción para Recomendación “Trafficking in organs in Eastern Europe” (Doc. 8966), de 5 de febrero de 200.

⁶³⁸ En este sentido, SANTANA VEGA, D., “Título VII bis de la trata (...)”, Op. cit., pp. 645-646.

El artículo 4 de la Ley 30/1979 establece una serie de requisitos para la obtención de órganos procedentes de un donante vivo, para su ulterior injerto o implantación en otra persona, como son:

a) Que el donante sea mayor de edad.

b) Que el donante goce de plenas facultades mentales y haya sido previamente informado de las consecuencias de su decisión. Esta información se referirá a las consecuencias previsibles de orden somático, psíquica y psicológico, a las eventuales repercusiones que la donación pueda tener sobre su vida personal, familiar y profesional, así como a los beneficios que con el trasplante se espera haya de conseguir el receptor.

c) Que el donante otorgue su consentimiento de forma expresa, libre y consciente, debiendo manifestarlo, por escrito, ante la autoridad pública que reglamentariamente se determine, tras las explicaciones del Médico que ha de efectuar la extracción, obligado este también a firmar el documento de cesión del órgano. En ningún caso podrá efectuarse la extracción sin la firma previa de este documento. A los efectos establecidos en esta Ley, no podrá obtenerse ningún tipo de órganos de personas que, por deficiencias psíquicas o enfermedad mental o por cualquiera otra causa, no puedan otorgar su consentimiento expreso, libre y consciente.

d) Que el destino del órgano extraído sea su trasplante a una persona determinada, con el propósito de mejorar sustancialmente su esperanza o sus condiciones de vida, garantizándose el anonimato del receptor.

Por lo que respecta al tratamiento de esta figura en el Código Penal, tras la incorporación en 2010 del delito de tráfico de órganos concurren tres fenómenos que pueden caracterizarse conceptualmente de forma distinta: Por un lado, tenemos el tráfico de órganos en sentido estricto, usualmente definido desde instancias internacionales en términos de trata (art. 177 bis CP). Por otro, el simple comercio de trasplantes (o comercio de órganos), esto es, cualquier conducta que, con ánimo de lucro, tenga por objeto un órgano humano (oferta, demanda, compraventa, transporte, tenencia para el tráfico, etc.). Finalmente, el conocido como “turismo de trasplantes”, que entendido en sentido amplio comprende no sólo el traslado de (pacientes) receptores, sino también de órganos, donantes o profesionales del trasplante, fuera de las fronteras jurisdiccionales de un país

para realizar un trasplante. Para que exista “turismo de trasplante”, el traslado ha de implicar, o bien tráfico de órganos, o bien comercialización de trasplantes⁶³⁹.

QUERALT JIMÉNEZ⁶⁴⁰ ha señalado que dejando de lado que las personas no tienen más que órganos corporales, esta es otra de las finalidades que aparecen emergentes en la trata de personas, así la persona es captada y transportada a su lugar de destino para allí extraerle los órganos que se han previsto, ello viene motivado porque es más fácil transportar personas que órganos en correcto estado de conservación para su trasplante. La víctima es captada, trasladada y recibida para extraerle sus órganos. Si con posterioridad, se trafica o se trasplanta el órgano extraído, nos encontraríamos ante un concurso aparente de normas con el artículo 156 bis del Código Penal, a resolver por el artículo 8.4 del citado texto punitivo como veremos en el apartado dedicado al concurso.

Por lo que respecta al bien jurídico protegido, algunos autores consideraron que inicialmente se configuró como un delito de peligro que protege un interés individual: la salud e integridad del donante⁶⁴¹. Son varias las razones que avalaban esta conclusión: por un lado, su ubicación sistemática entre los delitos de lesiones y no dentro de los que protegen la salud pública. Por otro lado, el que el objeto material se haya limitado a los órganos humanos ajenos (apartado 1 del art. 156 bis CP) obliga a excluir de la punición a quien ofrece sus órganos a cambio de precio, en cuanto que es la propia víctima y sujeto pasivo del delito. Se dejaba, así, fuera del tipo el tráfico de órganos de personas fallecidas, postura que no se puede sostener tras la reforma de 2019 en la que se diferencia entre persona viva y fallecida.

El tráfico de órganos, entendido ahora en sentido amplio con inclusión del comercio y turismo, presenta diversos perfiles de lesividad, de dimensión distinta (individual y colectiva). En perspectiva individual, el tráfico compromete en primer lugar, la integridad física y la salud del donante⁶⁴², bien de modo inherente a la conducta misma (extracción del órgano), bien por las condiciones en que pueda realizarse dicha extracción y la ausencia de controles sanitarios y cuidados posteriores en el donante. En su

⁶³⁹ Así, en GARCÍA ALBERO, R., “El nuevo delito de tráfico de órganos” en (Dir.) Álvarez García, F. J., González Cussac, J. L. *Comentarios a la reforma penal de 2010*, 2010, pp. 183 y ss.

⁶⁴⁰ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., “Derecho penal español (...)”, Op. cit., p. 186.

⁶⁴¹ GARCÍA ALBERO, “El nuevo delito de tráfico (...)”, Op. Cit., p. 186.

⁶⁴² En opinión de GÓMEZ RIVERO, M. C., “El delito de tráfico ilegal de órganos humanos”, *Revista penal*, núm. 31, 2013, p. 118.

modalidad de trata (tráfico en sentido estricto), el tráfico atenta adicionalmente contra la libertad y dignidad del donante, que es cosificado y tratado como mercancía al servicio de otros. Pero la lesividad de estas conductas no se limita al potencial donante, antes bien desborda tal ámbito para irrumpir en los intereses del receptor, a su misma salud. Las conductas de tráfico, en su vertiente de turismo, comprometen la capacidad del sistema sanitario de determinados países para ofrecer servicios a su propia población, atentando contra la equidad en el acceso a esta terapia. Se ha defendido que protegería un bien jurídico de dimensión colectiva que desbordaría la óptica individual de los sujetos en concreto afectados para preservar las condiciones de seguridad del tráfico de órganos, y en términos amplios, la salud pública⁶⁴³. Por tanto, esta postura defiende el bien jurídico “salud pública”, en concreto, el Sistema Nacional de Trasplantes⁶⁴⁴.

Según MUÑOZ CONDE lo que pretende es evitar que la donación de órganos se convierta en un negocio para terceras personas aprovechándose de la necesidad del que cede el órgano para conseguir dinero por el carácter social del bien jurídico⁶⁴⁵.

A nuestro parecer, la opinión más acertada es la de quienes consideran el tipo como un delito pluriofensivo, en el que se tutela, junto a la salud pública, –definida como las condiciones esenciales que garantizan el adecuado funcionamiento del Sistema de Trasplantes–, la salud individual, en la medida en que las condiciones en que se realiza el trasplante incrementan los riesgos propios de la intervención⁶⁴⁶. Incluso, dando un paso más allá y en consonancia con la opinión de BENÍTEZ ORTÚZAR⁶⁴⁷, se puede distinguir el bien jurídico según que el tráfico incida en órganos de vivos o de fallecidos: mientras

⁶⁴³ GÓMEZ RIVERO, M. C., “El delito de tráfico ilegal (...)”, Op. Cit., p. 118, citando entre otros, Muñoz Conde, Derecho penal, parte especial, Valencia, 2010, p. 132, según el cual se trataría más que de proteger la integridad física o la salud de la persona que en el caso concreto cede algún órgano, de evitar que dichos actos se conviertan en un negocio para terceras personas que se aprovechen de la necesidad del que para conseguir dinero ofrece uno de sus órganos para que se trasplante a otro. Por ello, el bien jurídico protegido sería más bien de carácter social que individual; Queralt Jiménez, Derecho penal español, parte especial, Barcelona, 2010, p. 147. Quien sostuvo que debería haberse considerado a este delito entre los delitos contra la salud pública, ya que no podría estimarse que se protege ni la salud del receptor ni la del donante, ya que por otra parte la lesión del donante ya encajaba en los tradicionales delitos de lesiones al margen de cuál fuera la concreta finalidad de la lesión.

⁶⁴⁴ ALASTUEY DOBÓN, C.: “Aspectos problemáticos del delito de tráfico de órganos”, *Revista Penal*, núm. 32, 2013, p. 1

⁶⁴⁵ MUÑOZ CONDE F., “Derecho penal. Parte Especial”, Op. Cit., p. 132

⁶⁴⁶ En PÉREZ FERRER, F. “Nuevos desafíos del delito (...)”, Op. Cit., p. 106.

⁶⁴⁷ BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., “Obtención, tráfico y trasplante ilícito de órganos humanos” en (Dir.) Morillas Cueva, L. *Sistema de Derecho penal. Parte especial*, 2020, pp. 118 y 119.

que en el primer caso el tipo se configura como pluriofensivo, porque junto al sistema de trasplantes se tutela también la integridad física y psíquica individual del donante, en las conductas que involucran órganos procedentes de fallecidos, la tutela se circunscribe exclusivamente al bien jurídico colectivo.

Pues bien, el legislador español ha prescindido de todos estos perfiles complejos, para situarse frente al sólo plano de la protección de la salud e integridad física del donante, como se comprueba por la ubicación sistemática del precepto entre los delitos de lesiones⁶⁴⁸. La ampliación del ámbito típico a los órganos humanos de personas fallecidas y la redefinición de las conductas típicas que ha traído la LO 1/2019 obligan a repensar el bien jurídico protegido en este delito. De modo que, aunque se mantiene su ubicación típica entre los delitos de lesiones, resulta ahora difícilmente sostenible la tesis de la salud del donante como único interés tutelado, en la medida en que también están abarcados por el tipo los órganos de cadáver⁶⁴⁹.

Si se examina el Preámbulo de la LO 1/2019, aunque parece colocar en primera línea el ataque a intereses individuales, en realidad acaba vinculando la tutela penal a la preservación del sistema de trasplantes, o, mejor dicho, a la confianza en el mismo. Concretamente, se declara que el tráfico de órganos humanos “*constituye una grave violación de los derechos fundamentales de las personas y atenta gravemente contra bienes jurídicos como la vida, la integridad física y la dignidad humana, además de suponer una amenaza para la salud pública*”, manifestando más adelante que “*a fin de preservar este estado y ante la constatación de riesgos crecientes (...) ha de fortalecerse un sistema cuyas quiebras, a la postre, atentarían contra la confianza en el mismo de la población en su conjunto*”. Se deduce de la nueva configuración típica del tráfico de

⁶⁴⁸ GARCÍA ALBERO, R., “El nuevo delito de tráfico (...)”, Op. Cit., p. 186

⁶⁴⁹ Aunque se tuviera la tentación de mantener una interpretación del tipo centrada en el donante, teniendo en cuenta que los difuntos no son titulares de derechos ni sujetos pasivos de delitos, habría que reconocer que cuando las conductas recaen sobre órganos de fallecidos entra en escena necesariamente la tutela de un bien jurídico supraindividual. Si a ello añadimos la desaparición de la diferencia penológica basada en el carácter principal o no principal del órgano, parece una obviedad concluir que en la reforma han sido atendidas las consideraciones doctrinales que demandaban la desvinculación del delito tráfico de órganos de las figuras de lesiones y, en consecuencia, del bien jurídico tutelado por ellas. Pero también es cierto que el legislador de 2019 no quiere o no consigue escindir por completo el delito que nos ocupa de los tipos de lesiones: mantiene la ubicación del precepto entre estos últimos, prevé una pena considerablemente superior cuando se trafica con órganos de vivos y establece tipos agravados en atención a un menoscabo de intereses de la «víctima» o a determinadas circunstancias de la misma así lo expone ALASTUEY DOBÓN, M. C., “¿Qué protege el delito de tráfico de órganos? a propósito de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2019”, *Diario La Ley*, n.º 9558, 2020 [Documento electrónico].

órganos que pivota sobre la extracción u obtención ilícita de estos. Una ilicitud que se delimita típicamente por la infracción de solo algunas de las normas que regulan la terapia de trasplante, concretamente aquellas que tienen que ver o con el consentimiento del donante vivo, o con la autorización en el caso del donante fallecido o, en fin, con la quiebra del principio de gratuidad. Es este el elemento común a los tres supuestos que integran el concepto legal de tráfico de órganos y sobre el que se apoyan las restantes conductas del art. 156 bis CP, y es en el que, algunos entienden, hay que buscar la clave para el bien jurídico protegido⁶⁵⁰.

La conducta típica es promover, favorecer, facilitar, publicitar o ejecutar el tráfico de órganos humanos. Se entenderá por tráfico de órganos humanos: a) La extracción u obtención ilícita de órganos humanos ajenos, b) La preparación, preservación, almacenamiento, transporte, traslado, recepción, importación o exportación de órganos ilícitamente extraídos y c) El uso de órganos ilícitamente extraídos con la finalidad de su trasplante o para otros fines.

El titular del órgano que lo cede a cambio de una contraprestación económica queda impune, ya que el art. 156.1 bis CP se refiere a órganos humanos «ajenos». El que el objeto material estaba entonces limitado a los órganos humanos ajenos, pues habían de ser “de otro”, lo que excluye como sujeto activo al propio donante y limita el tráfico punible al de órganos procedentes de persona viva. La LO 1/2019, 20 febrero ha modificado el tipo penal, según dispone en su preámbulo, para adaptarlo a las previsiones contenidas en el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra el tráfico de órganos humanos de 25 marzo de 2015, de modo que también se castiga a los que, en provecho propio o ajeno:

a) solicitaren o recibieren, por sí o por persona interpuesta, dádiva o retribución de cualquier clase, o aceptaren ofrecimiento o promesa por proponer o captar a un donante o a un receptor de órganos;

b) ofrecieren o entregaren, por sí o por persona interpuesta, dádiva o retribución de cualquier clase a personal facultativo, funcionario público o particular con ocasión del

⁶⁵⁰ En opinión de CARRASCO ANDRINO, M. M., “A vueltas con la nueva tipificación del tráfico de órganos: bien jurídico, sujetos y conductas punibles”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 23-12, 2021. p. 21.

ejercicio de su profesión o cargo en clínicas, establecimientos o consultorios, públicos o privados, con el fin de que se lleve a cabo o se facilite la extracción u obtención ilícitas o la implantación de órganos ilícitamente extraídos.

En relación con la penalización de la conducta del donante, MUÑOZ CONDE⁶⁵¹ habría destacado que este *constituye solo una especie de participación necesaria* como es la colaboración de la víctima en otros muchos delitos, que precisamente se crean para proteger a la persona que colabora en su realización como el del abuso de menores, en los que la víctima a pesar de su contribución a la realización del delito queda impune. Ello, sin embargo, no excluiría la antijuricidad de la conducta del tercero que se fundamentaría en el hecho mismo del abuso de la situación de necesidad de la misma. En estos casos se podría hablar de un paternalismo jurídico penal indirecto, que es el paternalismo que ocurre cuando se pretende ayudar a la víctima de un daño potencial que colabora en su propio daño, dirigiendo la represión penal contra el tercero que se aprovecha de ella.

Respecto al órgano, como ya hemos adelantado, no incluye la extracción de tejidos humanos (como médulas óseas), la extracción de sangre para su posterior venta, o la propia experimentación médica (clínica o farmacéutica). Por decisión del legislador, una explotación así del ser humano, concurriendo el resto de los elementos típicos del art. 177 bis no integrará el delito de trata de personas⁶⁵². Antes de la reforma de 2019 era importante la distinción entre órgano principal o no principal ya que como indicó la Circular 5/2011 de la FGE, sería de aplicación el artículo 177 bis cuando el órgano extraído no fuera principal (dadas las penas previstas). En estos casos, una vez practicada la extracción, el delito de trata entraría en concurso con el delito de lesiones o contra la vida, según el resultado efectivamente producido. Ahora la diferencia penológica viene

⁶⁵¹ MUÑOZ CONDE, F., “Algunas cuestiones relacionadas con el consentimiento del paciente y el tratamiento médico”, en Muñoz Conde (Director), *Problemas actuales del Derecho penal y la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia, 2008, pp. 463 ss.

⁶⁵² POMARES CINTAS, E. ‘El Delito de Trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral’, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2011, p.15. En el mismo sentido, PUENTE ABA, L. M., “La protección frente al tráfico de órganos: su reflejo en el Código penal español”, *Revista Derecho y Proceso Penal*, núm. 26, 2011, pp. 135-152, según esta en relación a si cabría incluir en el tipo penal a parte de un órgano, indica que cuando se trate de una parte muy sustancial (como puede ocurrir en trasplantes de hígado) si podría considerarse objeto material de este delito una parte del órgano, pero no en aquellos casos de partes poco significativas.

marcada por el estado del donante (órgano de persona viva 6 a 12 años y órgano de persona fallecida 3 a 6 años).

Desde que entró en vigor el ilícito del artículo 177 bis del Código penal no ha recaído ninguna sentencia condenatoria por trata de seres humanos con fines de extracción de órganos. Sin embargo, la SAP de Barcelona 793/2016, de 13 de octubre, confirmada por la STS 710/2017, de 27 de octubre, contempla hechos que podrían haber sido calificados de trata de seres humanos con fines de extracción de órganos y que analizamos más adelante en el apartado correspondiente al concurso. El TS en esta sentencia manifestó que *“el tipo penal introducido en el año 2010 no trata solamente de proteger la salud o la integridad física de las personas, sino que el objeto de protección va más allá destinado a proteger la integridad física, desde luego, pero también las condiciones de dignidad de las personas, evitando que las mismas por sus condicionamientos económicos puedan ser cosificadas, tratadas como un objeto detentador de órganos, que por su bilateralidad o no principalidad, puedan ser objeto de tráfico”*⁶⁵³.

3.5. La celebración de matrimonios forzados

A) Consideraciones previas sobre el matrimonio forzado

Aunque la proporción de matrimonios forzados en occidente no es clara, diversos estudios confirman la realidad del fenómeno en Estados Unidos, en Europa y en otros países occidentales⁶⁵⁴, se estima que 12 millones de niñas al año son obligadas a casarse antes de cumplir los 18 años⁶⁵⁵.

El matrimonio forzado es una realidad en España, algunas organizaciones dan cuenta de ello, han relatado su experiencia con mujeres víctimas de trata para matrimonio forzado con origen en España, sirva de ejemplo el caso de tres jóvenes marroquíes a las que captaron y amenazaron para obligarlas a casarse en contra de su voluntad con hombres a los que no conocían, hechos que se produjeron en territorio español con

⁶⁵³ Sentencia del Tribunal Supremo 710/2017 de 27 de octubre de 2017.

⁶⁵⁴ UNICEF. UNITED NATIONS CHILDREN'S FUND, Ending Child Marriage. Progress and prospects, New York, 2014. Disponible en: <https://data.unicef.org/resources/ending-child-marriage-progress-and-prospects/>

⁶⁵⁵ UNICEF (2019). El matrimonio infantil en el mundo. Disponible en: <https://www.unicef.org/es/historias/el-matrimonio-infantil-en-el-mundo>

intención de forzarlas a viajar con destino a Marruecos o a otros países europeos. Las mujeres lograron pedir ayuda en su entorno educativo antes de que el matrimonio forzado se consumara. O, el caso de la mujer rumana de etnia romaní que fue vendida siendo menor por sus padres a otra familia rumana de etnia romaní residente en España. Esta familia la trajo a España para explotarla en la mendicidad y en la venta ambulante de flores y la obligó a emparejarse con su hijo y a mantener relaciones con él (no llegan a contraer matrimonio legalmente), cuando se quedó embarazada y dio a luz a su hijo la separaron del menor, engañándola para que viajara a Rumanía, sus padres intentaron casarla con otro hombre y en ese momento, la mujer regresa a España para buscar a su hijo e interponer una denuncia en la Policía Nacional⁶⁵⁶.

Respecto a los motivos que pueden llevar a ejecutar esta conducta son diversos: reforzar los vínculos familiares, asegurar que las riquezas y los bienes permanezcan en el seno familiar, proteger ideales percibidos como culturales o religiosos. En situaciones de migración, ayudar a regularizar la situación administrativa (permisos de residencia y nacionalidad), entre otros⁶⁵⁷. Si bien, algunos autores han señalado el origen de esta regulación en la incorporación a nuestra realidad de tradiciones propias de otras culturas⁶⁵⁸, ello no es tan fácil, piénsese que en España se han practicado, por ejemplo, en la etnia gitana, y, se dan otras figuras como los matrimonios de conveniencia.

Son varios los instrumentos internacionales que han abordado este fenómeno delictivo, siendo imprescindible mencionar la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, edad mínima para contraer matrimonio y registros de estos de 10 de diciembre de 1962, en la que se recordaba que no podrá contraerse legalmente matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes⁶⁵⁹. A nivel europeo, la

⁶⁵⁶ Véase Federación de Mujeres Progresistas (2018), Informe “NO ACEPTO” Estudio y visibilización de los matrimonios forzados en España, en el que participan entidades que atienden a las víctimas de trata de seres humanos., 2018, p. 10. Disponible en: <https://fmujeresprogresistas.org/wp-content/uploads/2018/03/NO-ACEPTO.-Aproximaci%C3%B3n-a-los-matrimonios-forzados-en-Espa%C3%B1a-INFORME.pdf>

⁶⁵⁷ VARGAS GALLEGO, A.I., “Sobre los matrimonios forzados”, *Revista de Jurisprudencia*, 2014, vol. 2.

⁶⁵⁸ CISNEROS ÁVILA, F., “Reflexiones sobre el delito de matrimonio forzado del artículo 172 bis del CP”, *Diario La Ley*, núm. 9072, Edit. Wolters Kluwer, 2017, [Documento electrónico].

⁶⁵⁹ NACIONES UNIDAS. Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, edad mínima para contraer matrimonio y registros de los mismos de 10 de diciembre de 1962, Nueva York.

Directiva 2011/36/UE⁶⁶⁰ del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas incluye en la definición de trata de seres humanos, los matrimonios forzados entre las conductas que pueden dar lugar a la explotación de personas. Esta Directiva establece que se tiene que tipificar y sancionar dicha conducta. Y el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer⁶⁶¹ que reconoce los matrimonios forzados como una de las manifestaciones de violencia sobre la mujer entendida como una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres en el que se propone que la respuesta a este fenómeno se adopte por parte de los Estados mediante medidas de naturaleza penal, civil y tuitiva.

En el plano nacional, fue la LO 1/2015 la que introduce por primera vez en nuestra legislación penal el delito específico de matrimonio forzado, en su artículo 172 bis CP, en sede de coacciones, y, por lo tanto, entre los delitos contra la libertad. También, con dicha reforma, se incorporó el matrimonio forzado como finalidad de explotación en el delito de trata de seres humanos en su artículo 177 bis CP.

B) Precisión terminológica

El término “matrimonio forzado” es una composición con dos elementos: matrimonio de un lado y, forzado de otro. Respeto del matrimonio, tradicionalmente se ha entendido como una institución que ha servido para transmitir las propiedades a las nuevas generaciones y para determinar las responsabilidades hacia los menores de edad. En la sociedad actual, se interpreta que el matrimonio es una institución cuya finalidad es compartir un proyecto de vida en común⁶⁶². El segundo elemento que define el fenómeno objeto de estudio es el relativo a la fuerza, en relación al cual se ha señalado que el alcance, más o menos amplio, que se reconozca al término fuerza y la inclusión en el mismo de formas de presión o abuso psicológico o social, más allá de la violencia

⁶⁶⁰ 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. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2011/101/L00001-00011.pdf>

⁶⁶¹ Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-5947

⁶⁶² En este sentido IGAREDA GONZÁLEZ, N., “Debates sobre la autonomía y el consentimiento”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, vol. 47, 2013, p. 204.

estrictamente física, determinarán en qué extensión un matrimonio pueda aceptarse como forzado⁶⁶³.

Para evitar confusiones terminológicas es conveniente una delimitación previa de varias figuras que entran en el abanico de matrimonios celebrados incumpliendo la legislación civil sobre los requisitos para su validez. Así, serían aquellos en los que encontramos causas de nulidad, algunas no convalidables, porque existe un vínculo anterior en uno o los dos contrayentes (como la bigamia), no hay auténtico consentimiento matrimonial (como el matrimonio de conveniencia), el consentimiento está viciado porque no se otorga con libertad (matrimonio forzado), uno de los contrayentes no tiene capacidad para consentir por razón de edad (matrimonio precoz) o, genéricamente, concurre alguna de las causas de nulidad del matrimonio, dispensables o no dispensable (matrimonio inválido)⁶⁶⁴.

En el art. 73 CC se define el matrimonio nulo (o inválido): es nulo, cualquiera que sea su forma de celebración: 1) el matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial; 2) El matrimonio celebrado entre personas a que se refieren los arts. 46 y 47 CC; 3) el que se contraiga sin la intervención del Juez, Alcalde o funcionario ante quien deba celebrarse, o sin la de los testigos; 4) el celebrado por error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento y, finalmente, 5) el contraído por coacción o miedo grave. Igualmente, no debe confundirse el matrimonio forzado con el denominado «de conveniencia», aunque este último también pueda revestir carácter ilícito por celebrarse en fraude de ley⁶⁶⁵.

El matrimonio infantil es aquel en el que al menos uno de los contrayentes es un niño, de conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, «*se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*». Otro

⁶⁶³ TORRES ROSELL, N., “Matrimonio forzado: aproximación fenomenológica y análisis de los procesos de incriminación”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV, 2015, p. 844.

⁶⁶⁴ En este sentido TRAPERO BARREALES, M.A., *Matrimonios ilegales y derecho penal. Bigamia, matrimonio inválido, matrimonio de conveniencia, matrimonio forzado y matrimonio precoz*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016. p. 18.

⁶⁶⁵ En opinión de ESQUINAS VALVERDE, P., “El delito de matrimonio forzado (art. 172 bis CP) y sus relaciones concursales con otros tipos delictivos”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 20-32, 2018, p. 1-47.

término que se usa como sinónimo de «matrimonio infantil» es el de «matrimonio precoz» y se refiere a los matrimonios en los que uno de los contrayentes es menor de 18 años en países en los que la mayoría de edad se alcanza más temprano o tras el matrimonio. El matrimonio precoz también puede referirse a matrimonios en los que ambos contrayentes tienen por lo menos 18 años, pero otros factores determinan que no están preparados para consentir en contraerlo. Se entiende que el matrimonio infantil es una modalidad de matrimonio forzado, ya que cuando, por lo menos, uno de los contrayentes es menor de edad el consentimiento eventualmente prestado no se puede considerar suficientemente pleno y libre. El matrimonio infantil se identifica con el matrimonio forzado en numerosos textos internacionales, fundamentalmente de Naciones Unidas⁶⁶⁶ y, aparte del papel que juegan las causas de la pobreza, el matrimonio infantil también aparece vinculado a los desafíos actuales de nuestro tiempo –conflictos armados, crisis migratorias, entre otras– y tiene un claro componente de género, pues las jóvenes víctimas lo suelen ser también de otras formas de discriminación que hallan sus raíces más profundas en los estereotipos de género⁶⁶⁷.

El matrimonio inválido lo encontramos regulado en el art. 218 CP con el siguiente tenor literal: “1. *El que, para perjudicar al otro contrayente, celebrare matrimonio inválido será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.* 2. *El responsable quedará exento de pena si el matrimonio fuese posteriormente convalidado*”. También aplicable al matrimonio precoz pero solo si el contrayente actúa con intención de perjudicar al otro contrayente menor de edad. El problema es que el perjuicio se ha planteado como un especial elemento subjetivo del injusto y requiere la intención en el contrayente de perjudicar al otro. Cuando se celebra un matrimonio precoz el contrayente mayor de edad puede ser consciente de los posibles efectos negativos para el otro cónyuge menor, pero no contrae matrimonio con intención de perjudicarlo.

También se puede recurrir al delito de matrimonio forzado prematuro o precoz, figura delictiva tipificada en el art. 172 bis.3 CP: «*Las penas se impondrán en su mitad superior cuando la víctima fuera menor de edad*». Estamos en presencia de un tipo

⁶⁶⁶ NACIONES UNIDAS. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas sobre Prevención y eliminación del matrimonio infantil, precoz y forzado de 2 de abril de 2014, pp. 3 y 4. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/53999c494.html>

⁶⁶⁷ En este sentido, véase DÍEZ PERALTA, E., *El matrimonio infantil y forzado en el Derecho internacional. Un enfoque de género y de derechos humanos*, Tirant lo Blanch, 2019, p. 290.

cualificado del delito de matrimonio forzado, cualificación basada en la minoría de edad de la víctima. Es decir, es necesario que se recurra a la intimidación grave o a la violencia para obligar al menor a contraer matrimonio, en la primera de las modalidades típicas, o es necesario recurrir a la intimidación grave, violencia, engaño, para lograr que la víctima abandone el país para posteriormente obligarla a contraer matrimonio, o para lograr que la víctima no regrese al país porque va a ser obligada a contraer matrimonio, en la segunda de las modalidades típicas.

En último lugar, hay que señalar que hay una línea muy estrecha entre matrimonio forzado y matrimonio concertado. El matrimonio concertado puede ser o no forzado. La diferencia entre uno y otro vendrá marcada por la voluntariedad del consentimiento. En el matrimonio concertado las familias de los contrayentes tienen un papel relevante, al ser ellos los que pactan la celebración de la unión matrimonial. Los contrayentes prestarán un consentimiento más o menos influenciados, presionados por sus familias, pero finalmente no se van a oponer a la unión, por tanto, van a emitir el consentimiento matrimonial de manera válida y eficaz. No sucede lo mismo con el matrimonio forzado⁶⁶⁸.

La UNODC, en su Ley modelo contra la trata de personas de 2010⁶⁶⁹ establece algunas situaciones que pueden servirnos de ejemplo para entender lo que debe ser considerado matrimonio forzado o servil, define la figura como “toda institución o práctica en virtud de la cual:

i) Una mujer [persona] o una niña sin derecho a negarse a ello es prometida o dada en matrimonio con arreglo al pago de una suma en dinero o en especie a sus padres, tutores, familia o a otra persona o grupo; o

ii) El esposo de una mujer, su familia o su clan tiene el derecho de transferirla a otra persona por un valor recibido u otra consideración; o

iii) Una mujer, a la muerte de su esposo, puede ser heredada por otra persona.

⁶⁶⁸ TRAPERO BARREALES, M.A., *Matrimonios ilegales y derecho penal. Bigamia, matrimonio inválido, matrimonio de conveniencia, matrimonio forzado y matrimonio precoz*, Valencia, Edit. Tirant lo Blanch, 2016, p. 4.

⁶⁶⁹ UNODC. Ley modelo contra la trata de personas, Nueva York, 2010. Disponible en: <https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/TIP-Model-Law-Spanish.pdf>

Para definir el matrimonio forzado deben tenerse en cuenta los requisitos formales exigidos para su celebración (art. 49 CC). Si el matrimonio no es contraído en alguna de estas formas no estaremos ante un matrimonio, y, es cuestionable que el legislador enmarque este tipo de conductas dentro del término matrimonio. Así, por ejemplo, la SAP de Huelva, 229/2019, de 20 de diciembre declaró que la unión por el rito gitano no puede reputarse matrimonio a efectos del art.177 bis CP. Es una unión tradicional de raíz étnica a la que se le reconocen ciertos efectos, pero no es una forma matrimonial de las contempladas en el Título IV del Libro I del Código Civil, no tiene eficacia civil y no puede acceder al Registro Civil. Por tanto, se absuelve por trata con fines de matrimonio forzado, pero se condena por trata con fines de trabajo forzado ya que la víctima es integrada en un ambiente del que se espera de ella trabajo diario, en condiciones de falta de autonomía personal, cosificación y dependencia de su marido mayor de edad. Aunque la víctima no estuviera privada físicamente de libertad, vivía en un contexto de dominación y falta de alternativas reales⁶⁷⁰.

De este modo y, dado que el tipo se refiere a celebración, no se incluirán en este delito los supuestos en los que la persona, habiendo contraído matrimonio voluntariamente, permanece forzosamente en su estado de casado-a, sin perjuicio de aplicar las amenazas o coacciones genéricas⁶⁷¹. Además, debe incluirse la nota de “libertad”. Por lo que se refiere a este término, la peculiaridad del matrimonio forzado es que falta la libertad de uno o de los dos contrayentes en su celebración y es aquí donde nos cuestionamos la libertad de la persona que acepta el matrimonio por presiones

⁶⁷⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva 229/2019 de 20 de diciembre de 2019.

⁶⁷¹ SANTANA VEGA, D., “Título VII bis de la trata (...)”, Op. cit., p. 646.

familiares⁶⁷². De acuerdo con TRAPERO BARREALES⁶⁷³ entendemos que para que no exista tal libertad es necesaria una oposición de al menos uno de los contrayentes y, posteriormente, una doblegación de la misma, recurriendo para ello a la coacción, la amenaza, la violencia física o la privación de libertad (delitos ya tipificados). Además, se considera irrelevante la aceptación por la víctima del matrimonio o los sentimientos desarrollados por la víctima hacia su pareja⁶⁷⁴.

⁶⁷² Es el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva 229/2019 de 20 de diciembre de 2019 que establece que: No puede desconocerse el contexto cultural en que se insertan estos hechos, en una comunidad gitana de Rumania en la que el procedimiento de arreglar los matrimonios de las hijas menores con los padres de los novios es consuetudinario. El novio y su madre acusados consideraban que lo que hacían era un matrimonio tradicional en su comunidad sin mirar que con ello se podrían limitar de forma drástica las posibilidades de realización personal y formación, e incluso la preservación de la dignidad de la menor.

Nos encontraríamos ante una unión de tipo concertado, que para Elisa pudo ser forzoso o no. No resultando fácil diferenciar entre matrimonios o uniones simplemente pactados y matrimonios o uniones forzados, dado que los segundos generalmente fueron en sus inicios también pactados. Este tipo de unión resulta frecuente entre las comunidades inmigrantes en los países europeos en los que se detecta un cierto incremento relativo del matrimonio concertado (generalmente, también forzado) en edades tempranas de los niños y jóvenes, como una forma de asegurar la supervivencia e identidad étnica o cultural de dichas comunidades.

⁶⁷³ TRAPERO BARREALES, M.A., “Matrimonios ilegales y derecho penal. Bigamia, matrimonio inválido, matrimonio de conveniencia, matrimonio forzado y matrimonio precoz”, Eidd. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 7.

⁶⁷⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva 229/2019 de 20 de diciembre de 2019, en un caso de Trata de seres humanos con fin de trabajo o servicios forzados a través de la compra de una menor a su madre para que se casara con el acusado y trabajara en labores agrícolas y domésticas en que se afirma que no resulta relevante el consentimiento de la víctima a la unión matrimonial, ya que el consentimiento de la víctima del delito en el art. 177 bis 1 a) y 2 resulta irrelevante. El FJ 4.3 dispone que: No obstante, no puede la Sala desconocer el contexto cultural en el que se insertan estos hechos, dentro de una comunidad gitana de Rumanía en la que el procedimiento de arreglar los matrimonios de las hijas menores, acordar éste entre los padres de los novios, resulta consuetudinario y por lo tanto admitido por muchos miembros de ese grupo étnico. Del mismo modo, si situaciones como la anterior se vivencian con normalidad, cuanto más la consecuencia de las mismas que, en este caso, es que la vida de una mujer menor de edad quede circunscrita a realizar tareas domésticas, al trabajo de temporera cuando se le requiera, y en definitiva a pasar desde la autoridad del padre a la del marido. Considera el Tribunal que los acusados entendían que lo que estaban realizando era una forma de matrimonio tradicional en su comunidad, sin mirar que con ello se podrían limitar de forma drástica las posibilidades de realización personal y formación, e incluso la preservación de la dignidad de la menor. Quizás tampoco en cuanto a la percepción de la cantidad a consecuencia de la unión que acordaron, vea ésta como el precio de una venta, sino como una compensación con la que contribuyen los padres del novio, de forma igualmente tradicional. Nos encontraríamos ante una unión de tipo concertado, que para Elisa pudo ser forzoso o no. No resultando fácil diferenciar entre matrimonios o uniones simplemente pactados y matrimonios o uniones forzados, dado que los segundos generalmente fueron en sus inicios también pactados. Este tipo de unión resulta frecuente entre las comunidades inmigrantes en los países europeos en los que se detecta un cierto incremento relativo del matrimonio concertado (generalmente, también forzado) en edades tempranas de los niños y jóvenes, como una forma de asegurar la supervivencia e identidad étnica o cultural de dichas comunidades, así como su cohesión dentro de la sociedad de acogida, manteniendo las estirpes familiares patrilineales. Práctica que se realiza incluso conscientemente en contra de la norma europea y occidental del matrimonio libremente, lo que lleva al Tribunal a considerar que concurre en los acusados un error de prohibición vencible, en los términos en que lo instaura el art. 14.3 del Código Penal, que dispone que "El error invencible sobre la

En suma, teniendo en cuenta estos elementos la doctrina ha definido el matrimonio forzado como aquel celebrado entre dos personas en que al menos una de ellas está coaccionada o amenazada. No obstante, la tipificación expresa en el ámbito penal de los matrimonios forzados ha sido recibida con división de opiniones, entre quienes están a favor de la regulación penal y quienes denuncian la incorrección técnica⁶⁷⁵.

C) Tratamiento penal del matrimonio forzado

La tipificación de un nuevo delito de matrimonio forzado responde, según la exposición de motivos de la ley de 2015, al cumplimiento con los compromisos internacionales suscritos por España en lo relativo a la persecución de los delitos que atentan contra los derechos humanos⁶⁷⁶. A pesar, como hemos indicado *supra*, de la oposición doctrinal a este nuevo delito⁶⁷⁷, el CGPJ se mostró a favor de la intervención con el argumento de que la situación actual que obliga a sancionar por las conductas típicas de coacciones, detenciones ilegales, contra la libertad sexual, etc., que, efectivamente, se hayan producido, no ofrecía una satisfactoria protección del bien jurídico lesionado⁶⁷⁸.

El apartado primero del art.172 bis CP sanciona a quien “*con intimidación grave o violencia compela a otra persona a contraer matrimonio*”. Estamos ante una modalidad de coacciones en la que el sujeto pasivo es obligado a hacer algo, en este caso, contraer matrimonio, contra su voluntad. Delito común, en el que el sujeto activo puede ser

ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados.”

⁶⁷⁵ En contra DEL ROSAL BLASCO, B., “Delitos contra la libertad” en (Dir.) Morillas Cueva, L., *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial*. Dykinson, S.L., 2015, p. 175. Según el cual la Directiva 2011/36/ UE no obliga a la tipificación expresa, como delito, del matrimonio forzado, sino a que se consideren delictivas las conductas de trata de seres humanos. En igual sentido GUINARTE CABADA, G., “El nuevo delito de matrimonio forzado” en (Dir.) González Cussac, *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p.562.

⁶⁷⁶ 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. (BOE» núm. 77, 31-3-2015).

⁶⁷⁷ También es criticado por MUÑOZ CUESTA, J., Cuestiones prácticas sobre la reforma penal de 2015, Navarra, Aranzadi, 2015, pp. 128 y ss. Pues entiende que el artículo 16 de la Convención de 1979 protege un derecho y no un valor que oriente teleológicamente la norma.

⁶⁷⁸ Consejo General del Poder Judicial: Comisión de estudios e informes. Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-PoderJudicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-anteproyecto-de-Ley-Organica-por-el-que-semodifica-la-Ley-Organica-10-1995--de-23-de-noviembre--del-Codigo-Penal>

cualquier persona⁶⁷⁹ y en el que el bien jurídico protegido por su ubicación (Capítulo III «coacciones» del Título VI «delitos contra la libertad») es la libertad de obrar de las personas, en este caso la libertad de una persona para decidir si contraer matrimonio o no y de acuerdo con QUINTERO OLIVARES⁶⁸⁰ estamos ante la libertad de expresión y ejecución de las propias decisiones y actos ya que si el objeto de ataque se adelanta a la fase de formación de la voluntad se invadiría el espacio propio de las amenazas.

El artículo 172 bis 2 castiga con la misma pena «*a quien con la finalidad de cometer los hechos a los que se refiere el apartado anterior, utilice violencia, intimidación grave o engaño para forzar a otro a abandonar el territorio español o no regresar al mismo*». El hecho típico consiste en forzar a una persona a abandonar el territorio nacional o, impedirle regresar a él. Encontramos dos requisitos: que se realice con la finalidad de «*cometer los hechos a que se refiere el apartado anterior*» (matrimonio forzado) y, por otra, que se emplee, como medio comisivo para ese forzamiento, violencia, intimidación grave o engaño.

Con la inclusión de la celebración de matrimonios forzados entre las finalidades relevantes de las conductas de trata, el ámbito de operatividad del artículo 172 bis 2 CP puede resultar muy escaso o prácticamente nulo.

Nuevamente, como sucede en el caso de la trata para explotación criminal, nos hallamos frente a una conducta cuya inclusión en el delito de trata se había venido defendiendo por vía interpretativa como una forma de trata para explotación sexual, pero que bien podría haberse incriminado conforme al delito de trata atendiendo nuevamente a la amplitud del concepto de servicios forzados del art. 177 bis 1 CP. El nuevo delito de matrimonios forzados del art. 172 bis CP, con penas sustancialmente inferiores a las del delito de trata, entrañaba el peligro de que se acabase considerando que toda forma de trata destinada a forzar a contraer matrimonio debía reconducirse a esta forma de coacción específica, lo que hubiera conducido a un indebido privilegio punitivo para los tratantes de víctimas destinadas al matrimonio forzado. De ahí que la inclusión específica de la trata con la finalidad de que se celebren matrimonios forzados despeja la duda acerca de

⁶⁷⁹ CISNEROS ÁVILA, F., “Reflexiones sobre el delito de matrimonio (...)”, Op. Cit. [Documento electrónico].

⁶⁸⁰ Así en QUINTERO OLIVARES, G., Comentario a la reforma penal de 2015, Edit. Aranzadi, 2015, Navarra, pp. 209 ss.

que el proceso que conduce al forzado a contraer matrimonio deba subsumirse preferentemente en el delito de trata de seres humanos si concurren los requisitos típicos que el mismo requiere, sin perjuicio de poder acudir como veremos a un concurso de delitos.

Los problemas que plantea este tipo han hecho que un sector de la doctrina penal representado de modo destacado por TERRADILLOS BASOCO⁶⁸¹, ha criticado la inclusión de esta finalidad de explotación, que más bien configura un delito cultural, quizás pensado para minorías extranjeras.

3.6. Toma de postura

Una vez analizadas todas las finalidades de explotación del tipo delictivo que incorporó el legislador a nuestro ordenamiento siguiendo la normativa internacional, podemos observar que aquel no ha prestado atención a otras formas de trata sobre las que llaman la atención los organismos internacionales como la trata de niños con fines de adopción ilegal⁶⁸², para su explotación en conflictos armados, la trata de mujeres con fines de gestación por sustitución o la trata para ensayos clínicos o farmacológicos⁶⁸³, si bien algunas de ellas podrían tener cabida en el tenor literal del artículo 177 bis, nos preguntamos si deberían estar contempladas expresamente y, en este caso, cuál sería la forma más adecuada, cuestiones que trataremos más adelante.

Así las cosas, algunos autores defienden la incorporación de una cláusula general a través de la cual se pueda castigar la trata cualquiera que sea la finalidad de explotación perseguida⁶⁸⁴. Sin embargo, este tipo de cláusula, que muchas veces ya resulta problemática de por sí, podría terminar otorgando relevancia penal a casos de trata preordenada a la creación de situaciones de explotación de la persona que pese a constituir

⁶⁸¹ TERRADILLOS BASOCO, en “Trata de seres humanos”, Op. Cit., p. 76.

⁶⁸² A favor de su castigo, DAUNIS RODRÍGUEZ, A., “El delito de trata de seres humanos (...)”, Op. Cit., p. 105.

⁶⁸³ LLORIA GARCÍA, P., “El delito de trata de seres humanos y la necesidad de creación de una ley integral”, Op. cit., pág. 382, menciona también la captación de jóvenes por grupos islamistas radicales con la finalidad de incorporarlos a células terroristas, que podría reconducirse a la trata con finalidad de explotación para realizar actividades delictivas.

⁶⁸⁴ LLORIA GARCÍA, P., “El delito de trata de seres humanos y la necesidad de creación de una ley integral”, Op. cit., pág. 383.

una lesión de derechos individuales se vienen estimando susceptibles de ser resolubles al amparo de mecanismos no penales.

4. *Iter criminis*

Al constituir el delito de trata de seres humanos un proceso, el estudio del *iter criminis* o camino del delito resulta complejo. La fase interna –ideación, deliberación y resolución criminal– de formación de la voluntad será irrelevante, por serlo para el derecho penal, porque el delito precisa un hecho humano que expresa la voluntad criminal, es decir, la fase externa. Y esta, a su vez, está constituida por los actos preparatorios y los actos que ya entrañan la ejecución (el inicio, al menos) del delito, actos que pueden constituir la realización total de la conducta típica (consumación) o la realización parcial de la misma (tentativa)⁶⁸⁵.

Respecto a los actos ejecutivos, como ya adelantamos el delito de trata es de tendencia y consumación anticipada, ya que no precisa que llegue a tener realidad ninguna de las finalidades de explotación. Basta realizar la acción descrita (captar, transportar, acoger, etc.) con un dolo preordenado a alguno de aquellos fines para la consumación del delito⁶⁸⁶. Algunos autores han considerado que, si la explotación es el resultado material, estamos ante un delito de mera actividad, pues el delito no exige para su consumación que tenga lugar la explotación, sino que la acción de captación, transporte o alojamiento es suficiente para ello⁶⁸⁷.

La Directiva 2011/36 y el Convenio de Varsovia solo obligan a sancionar la tentativa del delito, para lo que es suficiente el art.16 del CP que establece las reglas generales sobre la tentativa. Los demás instrumentos internacionales únicamente señalan la obligatoriedad de que sea punible la tentativa del delito de trata de seres humanos, así también lo prescriben los artículos 2 de la Decisión Marco del Consejo de 2002 y 21.2 del Convenio del Consejo de Europa de 2005⁶⁸⁸. Vemos cómo se produce una punibilidad

⁶⁸⁵ ORTS BERENGUER, E. Y JOSÉ L. GONZÁLEZ CUSSAC, L., *Introducción al derecho penal [Recurso electrónico]: parte general*, Universidad de Valencia, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 131.

⁶⁸⁶ Véase, la Sentencia del Tribunal Supremo 298/2015 de 13 de mayo de 2015.

⁶⁸⁷ Así, MUÑOZ CUESTA, “*Trata de seres humanos (...)*”, Op. Cit. p.20.

⁶⁸⁸ (art. 2 de la Decisión Marco 2002/629/JAI; art. 21.2 del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos; art. 5.2 c) del Protocolo de Naciones Unidas para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños).

de los actos preparatorios excesiva, el mismo delito de trata supone un adelantamiento de las barreras de protección, siendo en sí mismo un acto preparatorio del delito de explotación. Con esta previsión se amplía en exceso el campo punitivo previsto lo que puede generar problemas de delimitación entre actos preparatorios, tentativa y delito consumado, así como con el delito de organización y grupo criminal⁶⁸⁹.

Por lo que respecta a los actos preparatorios punibles, el artículo 17.3 del CP dispone que “*la conspiración y la proposición para delinquir solo se castigarán en los casos especialmente previstos en la ley*” y, el artículo 18.2 del mismo dispone que “*la provocación se castigará exclusivamente en los casos en que la ley así lo prevea*”. Este es el caso de la trata de seres humanos, ya que el art. 177 bis 8 del CP dispone que “*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*”. Contempla la posibilidad de sancionar penalmente la provocación, conspiración y proposición para cometer el delito de trata de seres humanos, fijando una pena inferior en uno o dos grados a la prevista para el delito.

La general complicación de determinar la diferencia entre actos preparatorios punibles y tentativa en nuestro sistema – el propio legislador equipara las dos figuras para su punición y desarrollo típico concretos–, que la doctrina y la jurisprudencia han intentado resolver con varios criterios separadores, así la teoría objetiva que radica esencialmente en la puesta en peligro del bien jurídico protegido, la teoría subjetiva basada en la voluntad exteriorizada hacia una determinada lesión típica cuyo comienzo se sitúa en la propia acción en la que resulte inequívocamente el objeto delictivo propuesto (ambas indefensibles en nuestro Derecho penal) y las teorías intermedias, teoría objetivo subjetiva y la peligrosidad de que se produzca el resultado⁶⁹⁰, en el caso del delito de trata de seres humanos es aún más problemática.

La delimitación entre estos actos preparatorios punibles, la tentativa y la consumación resultará en muchos casos un trabajo complejo, habrá que estar al caso

⁶⁸⁹ TERRADILLOS BASOCO, PORTILLO CONTRERAS, POMARES CINTRAS y GUARDIOLA LAGO, “Trata de seres humanos: art. 177 bis CP”, Op. cit., p. 202/ MARTOS NÚÑEZ, J. A., “El delito de trata de seres humanos: análisis (...)”, Op. cit. p. 117.

⁶⁹⁰ Dificultades que pone de manifiesto al abordar el *iter criminis* MORILLAS CUEVA, L., “Sistema de Derecho penal (...)”, Op. Cit., pp. 845 y ss.

concreto para saber si el tipo se ha consumado o no, si ha habido peligro para el bien jurídico o en la producción del resultado, de manera que tener a personas ya captadas para destinarlas a los fines de explotación laboral o sexual internadas en algún lugar, sin que se hayan comenzado a realizar estas actividades específicas de trata de seres humanos, debe ser estimado como “delito consumado” de trata de personas, en cambio, tenerlas ya dispuestas para realizar estas actividades, pero todavía con posibilidades de escapar o de negarse a la explotación, por parte de las víctimas sería “tentativa”, mientras que otras conductas de preparación del lugar o del medio de transporte solo podrían constituir alguno de los actos preparatorios a que se refiere el apartado 8 del art. 177 bis CP⁶⁹¹. Así, las conductas consistentes en la preparación del viaje, del lugar en el que se van a alojar, son ejemplos de actos preparatorios punibles. Mientras que si la captación o el traslado ya se han producido estaremos ante un delito consumado de trata. La tentativa se producirá, por ejemplo, cuando a pesar de haber desarrollado las actividades necesarias (anuncio en internet, contacto con la potencial víctima, ofrecimiento de ofertas fraudulentas, por ejemplo), la víctima todavía no ha sido captada por no haberse puesto a disposición del autor.

Será, por tanto, necesario para la consumación que los actos del autor den lugar al reclutamiento de la víctima. Para comprobar que la captación se ha producido se pueden tener en consideración actos de la víctima que lo manifiesten, esto es, indicios que exterioricen la captación como un desplazamiento, un contrato, un viaje, etc.

Quizás se pueda justificar el adelanto de las barreras de protección por la gravedad de los hechos ante los que nos encontramos. Otra cuestión es que fuera necesaria su inclusión, atendiendo a la redacción del art. 570 bis del CP, donde se recoge el castigo de la promoción, constitución, organización, coordinación o dirección de una organización criminal, con la finalidad de cometer delitos graves y, específicamente, la trata de seres humanos, caso para el cual se establece una pena mayor. De este modo, en opinión de TERRADILLOS BASOCO⁶⁹² en el art. 570 bis ya quedan contemplados los actos preparatorios político-criminalmente relevantes, siendo cierta esta aseveración para el caso de que se actúe a través de una organización criminal, lo que, por lo demás, será lo

⁶⁹¹ Coincidimos con MUÑOZ CONDE, F., “Derecho Penal. Parte Especial”, Op. Cit., pp. 208 y ss.

⁶⁹² Véase TERRADILLOS BASOCO, J., “Trata de seres humanos...”, Op. Cit., p. 215

habitual dada la infraestructura que se precisa para cometer el delito y las exigencias para entender que existe tal asociación. Por el contrario, LLORIA GARCÍA⁶⁹³ entiende que no resulta desacertada la previsión si se establece para comprender todos los casos de provocación, proposición y conspiración para delinquir, pues en esos primeros momentos de preparación del delito no necesariamente debe darse ya la situación de organización criminal o asociación para delinquir, ni los supuestos de formación de una organización para cometer el delito, previstos en el art. 570 bis, han de suponer siempre una forma de conspiración, provocación o proposición. A lo que añadimos que no tiene por qué tratarse de una organización criminal, pudiendo realizar los actos preparatorios un sujeto individual como analizamos a continuación.

5. Autoría y participación

Una vez analizadas las fases de ejecución del delito procede analizar quién o quiénes ejecutan el delito y en qué medida responden penalmente. En sede de tipicidad ya analizamos al sujeto activo, que no autor, y es que el sujeto activo es un elemento más del tipo de acción, es el sujeto de la proposición que lo define, en tanto que autor es la persona real que lleva a cabo la conducta típica⁶⁹⁴. Para una mejor síntesis atenderemos a la tripartición de las formas de intervención delictiva⁶⁹⁵ que distingue entre autores, inductores y cooperadores o cómplices, acorde a nuestro Código penal.

De acuerdo con OLMEDO CARDENETE⁶⁹⁶, entendemos por autor a aquel que ejecuta ya total o parcialmente la acción típica y, partícipe aquel que interviene en la fase preparatoria o ejecutiva, pero sus acciones son de mero auxilio y no de ejecución⁶⁹⁷. En este sentido, y, teniendo en cuenta que el delito de trata de seres humanos constituye un delito multifásico, cada sujeto activo, esto es, cada sujeto que consume una de las conductas descritas en el tipo (captar, transportar, acoger...) responderá como autor. La

⁶⁹³ LLORIA GARCÍA, P. “El delito de trata de seres humanos y la necesidad de creación de una ley integral”, *Estudios penales y criminológicos*, n.º. 39, 2019, p. 391.

⁶⁹⁴ Véase ORTS BERENGUER, E. Y JOSÉ L. GONZÁLEZ CUSSAC, L., *Introducción al derecho penal (...)*, Op. Cit., p. 139.

⁶⁹⁵ Sólo ella se corresponde también con la concepción social expresada en el uso cotidiano del lenguaje, que distingue entre autores, inductores y cooperadores o cómplices, ROXIN, C. *Derecho Penal. Parte General* [Recurso electrónico] Tomo II. Cizur Menor, Navarra: Civitas, 2014.

⁶⁹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo 191/2015 de 9 de abril de 2015.

⁶⁹⁷ OLMEDO CARDENETE, M., *La inducción como forma de participación accesoria*, 2.a ed., Perú: Pacífico Editores, 2016, pp. 112 y ss.

Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de abril de 2015, por ejemplo, señala que la acción de alojar a la víctima, con conocimiento de su introducción en España, tras una captación con destino a la explotación sexual, convierte a quien lo lleva a cabo en autor de un delito tipificado en el artículo 177 bis del Código Penal. Ello, no obstante, el que ofrece el acogimiento no aparecerá como coautor hasta el momento en que llegue el sujeto tratado al lugar de acogimiento, lo que no quiere decir que, de interrumpirse antes la dinámica comisiva por causas ajenas a la voluntad de los autores, este último no pueda responder como cooperador necesario del delito de trata y, por lo tanto, como autor, siquiera sea formal⁶⁹⁸. Las dificultades se plantean cuando la conducta es realizada por una pluralidad de personas que concurran para la consecución delictiva.

La participación es la cooperación dolosa en un delito doloso ajeno. De esta definición se desprende que la participación es un concepto de referencia, ya que supone la existencia de un hecho ajeno (el del autor o coautores), a cuya realización el partícipe contribuye. De aquí se deduce también que la participación no es un concepto autónomo, sino dependiente del concepto de autor, y que solo en base a este puede enjuiciarse la conducta del partícipe. Es decir, el delito por el que pueden ser enjuiciados los distintos intervinientes en su realización es el mismo para todos (unidad del título de imputación), pero la responsabilidad del partícipe viene subordinada al hecho cometido por el autor (accesoriedad de la participación)⁶⁹⁹.

La Decisión Marco 2002/629 también pedía a los Estados que establecieran previsiones especiales para el castigo de la complicidad, lo que en nuestro ordenamiento jurídico no resulta necesario pues las reglas generales de la participación permiten incriminar los actos de colaboración. La cuestión, sin embargo, radica en que siendo el delito de aquellos que manejan un concepto unitario de autor, y de los que elevan a esta categoría actos de participación, será difícil encontrar supuestos que queden al margen de la autoría, pues los actos de participación quedan como actos ejecutivos por mor de la descripción de los verbos típicos, siendo difícil su aplicación. Aunque la minuciosa regulación de la acción típica del delito de trata parece no dejar margen a formas

⁶⁹⁸ En este sentido, se puede ver la Sentencia del Tribunal Supremo 420/2016 de 18 de mayo de 2016, en la que se afirma que se trata de un delito doloso de consumación anticipada en el que basta la concurrencia del mismo el traslado con el fin de explotación sin que se llegue a la misma.

⁶⁹⁹ MUÑOZ CONDE F., “Derecho penal. Parte Especial”, Op. cit., p 416.

accesorias de participación, se dan casos, a modo de ejemplo la STS n. ° 191/2015, de 9 de abril, confirma la condena por complicidad. En esta el acusado principal amenazaba a la víctima con venderla, los cómplices sabían que la finalidad del viaje de la víctima era ejercer la prostitución y contribuyeron a crear un clima de intimidación y hostilidad, de tal modo que la víctima no podía salir sola a la calle. El rol de los cómplices era recordar a la víctima que tenía que obedecer al autor principal, pues en caso contrario este cumpliría sus amenazas de venderla. De este modo doblegaron la voluntad de la menor atemorizada⁷⁰⁰. Por el contrario, la STS n. ° 146/2020, de 14 de mayo⁷⁰¹ establece que en la trata no hay complicidad, diferencia la complicidad de la cooperación necesaria y la autoría, precisando las siguientes notas diferenciadoras:

1.- La autoría se significa por la directa participación en el hecho típico. No hay accesoriidad ni mera colaboración. Se interviene en ejecución directa. Autor será aquel sujeto que ejecuta la acción expresada en el verbo típico, o lo que es lo mismo, el que realiza los actos que deben producir el resultado previsto en el tipo penal. Bajo la expresión "conjuntamente" el texto legal señala aquellos supuestos donde concurren más de un autor directo en la ejecución del delito, ya bien sea porque todos los participantes han realizado todos los hechos tipificados por la norma o porque se crea una sociedad criminal escalada también denominada "*Societas scaeleris*" en la que los partícipes reparten los papeles de mayor o menor intensidad para la comisión del delito, siendo en este caso necesario que los coautores o partícipes principales, previa o simultáneamente a la comisión de la infracción penal hayan concertado sus voluntades, para la realización del delito, repartiendo así los actos principales del tipo penal que realizará cada uno para la persecución del fin propuesto a través de un pacto expreso, tácito, previo, simultáneo o sobrevenido.

⁷⁰⁰ Sentencia del Tribunal Supremo 191/2015 de 9 de abril de 2015

⁷⁰¹ Sentencia del Tribunal Supremo 146/2020 de 14 de mayo de 2020, FJ 7º.

En la Sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 988/2007 de 20 de noviembre de 2007 se recuerda que el cómplice aporta al hecho delictivo en la fase de preparación o, en algunos casos, en la fase de ejecución. Se caracteriza por un protagonismo secundario que no es imprescindible, en sí mismo, para la ejecución del hecho delictivo, pero facilita o contribuye a su más fácil y perfecta ejecución. El elemento cronológico de la aportación o contribución a la causa criminal es importante ya que el Código Penal exige la colaboración con actos anteriores o simultáneos, nunca posteriores a la ejecución, ya que en este caso nos situaríamos en el espacio que anteriormente se reservaba a los encubridores genéricos. La complicidad se trata de una participación accidental, no condicional y de carácter secundario según Sentencia del Tribunal Supremo 1036/2003 de 2 de septiembre de 2003.

Es necesario para considerar a un sujeto como coautor del delito no solo la existencia de acuerdo entre los coparticipes del hecho, sino que cada uno de ellos realice actos de carácter principal, y que asimismo ostenten el dominio del hecho, que implica tener las riendas del acto delictivo pudiendo decidir que se ejecute o no.

2.- La cooperación necesaria supone una aportación de entidad tan apreciable que su supresión conlleva la inejecución del hecho, la frustración del resultado entrevisto. Su índole característica radica en la esencialidad de la función atribuida o asumida por el adyacente colaborador. Contribución imprescindible parangonable a la actuación directa y primaria del autor genuino. El dominio del hecho se define como nota fundamental en una y otra hipótesis. Si el cooperador realiza su acto el hecho delictivo se produce; si no, no; esto es, lo tiene en sus manos, sabe que si actúa habrá delito y que si no actúa no lo habrá, domina el hecho.

3.- El cómplice contribuye a la ejecución del hecho, pero no de modo tan importante y decisivo que su fracaso aportacional tire por tierra el proyecto realizador del autor. Se trata de una mera ayuda o favorecimiento que allanará dificultades y aliviará esfuerzos, pero sin erigirse en contribución necesaria para la consumación del hecho (carece del dominio del hecho).

El alto Tribunal afirma que en el delito de trata de seres humanos los miembros de una red se considerarán autores y no cómplices, toda vez que no es necesario que todos los sujetos intervinientes estén coordinados en relación a la siguiente o previa etapa en la realización de la trata de personas, caracterizada por ser llevada a cabo, en la mayoría de las ocasiones, como una ejecución en cadena. La expresión "tratante" se refiere a quienes se dediquen a la captación y el transporte de personas, quienes ejerzan control sobre las víctimas de la trata, quienes las trasladen o mantengan en situaciones de explotación, quienes obtengan un lucro directo o indirecto de la trata, sus actos constitutivos y los delitos conexos⁷⁰².

Es cómplice aquél cuya contribución al delito no pueda calificarse ni de autoría, ni de inducción, ni de cooperación necesaria y, entendemos que difícilmente las conductas relacionadas con la comisión del delito de trata de seres humanos puedan desvincularse

⁷⁰² Sentencia del Tribunal Supremo 146/2020 de 14 de mayo de 2020, FJ 7º.

de una de estas figuras. Pero como adelantábamos han recaído sentencias que admiten esta posibilidad. Como recuerda la doctrina del Tribunal Supremo⁷⁰³, la jurisprudencia configura la complicidad como la aportación a la ejecución de actos anteriores o simultáneos, que deben caracterizarse por no ser necesarios, ya que ello nos introduciría en la autoría o en la cooperación necesaria, pero que, sin embargo, deben constituir una aportación de alguna relevancia para su éxito. Deben ser actos no necesarios, de ahí que en algunas sentencias se habla de actos periféricos y de mera accesoriedad⁷⁰⁴, deberá ser una contribución de carácter secundario o auxiliar⁷⁰⁵, la participación ha de ser accidental

⁷⁰³ Sentencia del Tribunal Supremo 396/2019, de 24 de julio de 2019, FJ 13º, en un caso en que se introducen en España mujeres para que ejercer la prostitución desde Nigeria pasando por otros países europeos y una vez en España obtener documentación de la oficina de asilo, procurando así su estancia clandestina con infracción deliberada de los controles de inmigración. Les hacían creer algo no cierto y consistente en ofertas de trabajo legítimo en el servicio doméstico, en establecimientos comerciales o como modelos y en general ofrecían a personas desvalidas unas mejores condiciones de vida, contactaban con mujeres mayores y menores de edad en Nigeria y tras ofrecerles falsamente trabajo como camareras o azafatas las trasladan a España donde les privaban del pasaporte y las obligaban a ejercer la prostitución hasta el pago de una elevada cantidad por los gastos causados, se considera autor por llamar repetidamente a mujeres a las que se le obligaba a ejercer la prostitución diciéndoles que su familia iba a morir si no pagaban la deuda que tenían con tercero, conminándole a obedecer a los que dirigían la prostitución creando un clima de intimidación con ese fin.

⁷⁰⁴ La Sentencia del Tribunal Supremo 1216/2002, de 28 de junio de 2002, aborda el concepto y elementos de la figura del cómplice con ocasión del delito de tráfico de drogas, así como el concepto de encubrimiento como el hecho de auxiliar a los delincuentes para que se aprovechen de los efectos del delito. Castiga actos como la elaboración de droga, prestar casa para instalar laboratorio y participar en la extracción de la droga en ropa.

⁷⁰⁵ Sentencia del Tribunal Supremo 1216/2002 de 28 de junio de 2002 y Sentencia del Tribunal Supremo 2084/2001, de 13 de diciembre de 2001.

y no condicionante o de carácter accesorio⁷⁰⁶. Por otra parte, se exige que la aportación o participación sea eficaz y con cierta relevancia⁷⁰⁷.

Así, por ejemplo, se trata de una colaboración de segundo grado *el caso de aquel que ejercía labores de vigilancia, de todo punto necesarias para mantener el clima intimidatorio en el que se desarrollaba la actividad y para evitar que las mujeres se dieran a la fuga, y ejercía también labores de transporte, labor necesaria para mantener el control de las mujeres y para que ejercieran la prostitución a diario, de forma forzada y en las extremas condiciones*⁷⁰⁸.

Para concluir, por su importancia para con el autor, nos parece importante abordar la cuestión de la relevancia de la confesión del autor, esto es, su valor probatorio.

Es cierto que son numerosas las sentencias en la que el Tribunal Supremo exige la necesidad de practicar otras pruebas distintas de la confesión que corroboren la veracidad de esta, pero ello no significa que la confesión por sí sola, carezca de valor probatorio y que deba acreditarse por medio de otras pruebas distintas. El Tribunal Supremo ha distinguido entre la prueba de la existencia del delito (cuerpo del delito), y la

⁷⁰⁶ Sentencia del Tribunal Supremo 1456/2001 de 10 de julio de 2001, en la que con ocasión del delito de agresiones sexuales, el Tribunal explica los elementos que deben concurrir en la complicidad, el FJ 4º dispone que: la complicidad requiere, como aquí concurre, el concierto previo o por adhesión («*pactum scaeleris*»), la conciencia de la ilicitud del acto proyectado («*consciencia scaeleris*»), el denominado «*animus adiuuandi*» o voluntad de participar contribuyendo a la consecución del acto conocidamente ilícito y finalmente la aportación de un esfuerzo propio, de carácter secundario o auxiliar, para la realización del empeño común. Se distingue de la coautoría en la carencia del dominio funcional del acto y de la cooperación necesaria en el carácter secundario de la intervención, sin la cual la acción delictiva podría igualmente haberse realizado, por no ser su aportación de carácter necesario, bien en sentido propio, bien en el sentido de ser fácilmente sustituible al no tratarse de un bien escaso. El cómplice no es ni más ni menos que un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos del ejecutor material, del inductor o del cooperador esencial que contribuye a la producción del fenómeno punitivo mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del propósito que a aquéllos anima, y del que participa prestando su colaboración voluntaria para el éxito de la empresa criminal en el que todos están interesados. Para que exista complicidad han de concurrir dos elementos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnan los caracteres ya expuestos, de mera accesoriedad o periféricos; y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquél; en el mismo sentido, véase la Sentencia del Tribunal Supremo 867/2002, de 29 de julio de 2002. Más recientemente, sobre la contribución accesorial al acto véase Sentencia del Tribunal Supremo 375/2021 de 5 mayo de 2021, FJ 11º.

⁷⁰⁷ Sentencia del Tribunal Supremo 1430/2002, de 24 de julio de 2002, Sentencia del Tribunal Supremo 1216/2002 de 28 de junio de 2002 y Sentencia del Tribunal Supremo 867/2002 de 29 de julio de 2002, entre otras.

⁷⁰⁸ En este sentido puede verse la Sentencia del Tribunal Supremo 554/2019 de 13 de noviembre de 2019, sobre un supuesto de trata de seres humanos con fin de explotación sexual a través de una red de captación de mujeres rumanas.

prueba de la autoría y en la que se afirma expresamente que "*si la Ley impone al Juez el deber de verificar la existencia del delito confesado para adquirir la convicción respecto de la verdad de la confesión, es porque sola (la confesión) no es prueba suficiente de la existencia misma del delito...(...). El art. 406 LECrim exige distinguir entre la prueba de la existencia del delito (cuerpo del delito) y de la prueba de la autoría. Solo la primera no puede ser probada exclusivamente por la confesión. Con respecto a la autoría, por el contrario, la confesión es por sí misma suficiente*"⁷⁰⁹. El Tribunal Supremo ha considerado que el art. 406 LECrim no puede ser interpretado como una negación del carácter del medio de prueba que a la confesión indudablemente corresponde, sino como una afirmación de este. Por tanto, la confesión, en un correcto entendimiento de dicho precepto, no será idónea, en principio para probar el cuerpo del delito que no consta por otros medios de prueba. Pero constando el cuerpo del delito, la confesión puede, por sí misma, ser prueba suficiente de la autoría⁷¹⁰.

6. Relaciones concursales

6.1. Determinaciones previas

Las relaciones concursales que se producen con el delito de trata de seres humanos son complejas por ser este un tipo mutilado de dos actos, lo que se complica aún más por su amplitud y complejidad. Al ser un proceso, se dan diversas acciones como la captación, el traslado, transporte, etc., que hace más compleja la labor de delimitar la línea diferenciadora entre este y otros tipos penales, y es que, desde las fases iniciales del delito (captación) ya se utilizan medios comisivos que constituyen por sí solos hechos delictivos, como pueden ser amenazas, coacciones, inmigración ilegal (...), dando lugar a las correspondientes relaciones concursales, siendo la fase de explotación de la víctima de trata donde se generarán los mayores problemas. Como decimos, al ser el delito de trata de seres humanos un delito mutilado en dos actos y exigir el tipo penal un elemento

⁷⁰⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1989, RJ 1989/44.

⁷¹⁰ Así, en la Sentencia Audiencia Provincial de Murcia 413/2021, de 17 de diciembre de 2021, que se pronuncia sobre la confesión en el juicio del delito de trata de seres humanos a través de la introducción en España, al margen de las leyes españolas de inmigración y estancia de extranjeros no comunitarios, a una joven nigeriana llamada, correspondiendo al acusado la función de "pasador" encargado de recibir en Europa a las víctimas que viajaban desde Nigeria y, con conocimiento de la intención de someterle a la actividad de prostitución coactiva, organizar y acompañar en el viaje hasta su destino final en España, proveyéndolas de la documentación necesaria para el trayecto.

subjetivo adicional, el hecho de que tiene que concurrir una “*finalidad de explotación*”, los intérpretes se encuentran con diversas relaciones concursales con los delitos que dicha explotación comporta.

A ello hay que añadir la concurrencia con tipos de reciente incorporación al Código Penal, tales como el delito de tráfico de menores con fines de mendicidad, el art. 232.1 CP castiga con la pena de prisión de seis meses a un año a los que “*utilizaren o prestaren a menores de edad o incapaces para la práctica de la mendicidad, incluso si esta es encubierta*”, la captación de menores de edad o incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos previsto en el artículo 189 CP o el delito de tráfico de órganos previsto en el artículo 156 bis CP.

El legislador, en un intento de dar respuesta a estos problemas concursales, incorporó *ad hoc* una cláusula concursal al disponer en el apartado 9 de artículo 177 bis CP que “*las penas se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el art. 318 bis de este código y otros delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación*”.

Son muchos 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 (como 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 CP⁷¹¹.

⁷¹¹ FICALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 5/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración. p. 18. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-C-2011-00005.pdf

[Última visita 12-06-2020] y Sentencia del Tribunal Supremo 861/2015 de 20 de diciembre de 2015.

Se hace necesario un análisis de los tipos penales para determinar la intención del legislador. Hay diferentes opiniones doctrinales sobre si estamos ante un concurso de delitos real o medial⁷¹².

La cláusula concursal *ad hoc* parece suponer que además de las penas del art. 177 bis CP deben imponerse las penas que pueden concurrir por cualquier otro delito que con ocasión de la trata de personas se haya cometido. El Legislador parece intentar una acumulación de penas a través del concurso real de delitos, lo que excluiría, por un lado, la aplicación de las reglas generales que rigen en los supuestos de concurso de leyes y, por otro lado, la de las reglas propias del concurso de delitos medial o ideal a favor del tratamiento propio de los concursos reales, es decir, se ha dudado de si lo que se quiere decir es que siempre debe apreciarse concurso real de infracciones. En realidad, la literalidad del precepto no obliga a alcanzar esta solución y, de hecho, son muy frecuentes los casos en que se aprecia concurso medial⁷¹³. Por su parte, la STS 196/2017⁷¹⁴ admite el concurso de delitos con el art. 173. Cuando la conducta afecte a una pluralidad de personas, lo razonable, atendido el bien jurídico protegido es apreciar en concurso real tantos delitos cuantos sean el número de aquellas, desechando apreciar la continuidad delictiva⁷¹⁵.

Algún autor habla de un concurso infraccional cuando, además del delito de trata de personas, los hechos den lugar a la comisión, efectiva, de otros delitos. Y consideran que veta apreciar concurso medial de delitos entre el de trata y aquéllos a los que sirve como instrumento y clarifica los supuestos de concurrencia entre la trata, los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y los delitos de explotación laboral, admitiendo el concurso de delitos si concurrieren los elementos fácticos de los artículos 177 bis, 318 bis y 311. Cuando la conducta objetiva del 177 bis se dirija no a la imposición de esclavitud o de trabajos forzados, sino a la imposición de condiciones ilegales de trabajo,

⁷¹² Vid. TORRES ROSELL, N., “Artículo 172 bis”, Op. Cit., pp. 1175 y 1176. Defendiendo la opción del concurso medial, vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 20/12/2015, admite ambos, tanto el real como el medial, VILLACAMPA ESTIARTE, C., “El delito de trata de seres humanos (...)” Op. Cit., p. 456.

⁷¹³ Por ejemplo, con un delito de prostitución coactiva Sentencia del Tribunal Supremo 191/2015 de 9 abril de 2015, Sentencia del Tribunal Supremo 144/2018 de 22 marzo de 2018.

⁷¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo 196/2017 de 24 de marzo de 2017.

⁷¹⁵ CUERDA ARNAU, M.L., “Lección X: Torturas y otros delitos contra la integridad moral. Trata de seres humanos”, en González Cussac, J. L. (Coord.) Derecho penal. Parte Especial, Edit. Tirant lo Blanch, 2019, pp. 207-208. En tal sentido Acuerdo del Pleno TS de 31 de mayo de 2016 y Sentencia del Tribunal Supremo 77/2019 12 febrero de 2019.

en los términos del artículo 311 CP, el concurso se dará, a falta del elemento subjetivo del Art. 177 bis, entre los delitos de explotación laboral y, en su caso, de coacciones o amenazas. Y si la conducta se llevare a cabo mediante engaño, entrará en aplicación el Art. 312⁷¹⁶.

En contra, el Tribunal Supremo se ha pronunciado reiteradamente sobre la relación existente entre el delito de trata de seres humanos y el posterior delito de explotación considerando que entre ambos delitos existe un concurso medial⁷¹⁷, estima que la trata y la prostitución (en este caso esta es la explotación) integran un «...*concurso de delitos y no un concurso de leyes, pues aun cuando la finalidad de explotación sexual constituye un elemento del tipo del art 177 bis, la sanción por este delito no absorbe toda la gravedad de la conducta realizada, cuando dicha explotación se llega a consumir efectivamente*». La opción por el concurso de leyes o de delitos se funda en la gravedad de la conducta delictiva, al considerarse que un concurso de leyes beneficiaría injustificadamente al condenado, se opta por el de delitos.

En consecuencia, concluye que *«el delito de trata es un instrumento, un medio para la realización de la finalidad explotadora, lo que nos avoca a un concurso medial. La trata es un medio necesario para la explotación porque esta última carece de una posible existencia autónoma sin la trata, de modo que en estos casos la explotación sexual constituye, en cierta manera, un agotamiento de la conducta de trata, por lo que nos encontramos ante un delito instrumento y un delito fin, lo que hace procedente aplicar, en beneficio de los recurrentes, aunque no lo hayan solicitado expresamente, la regla*

⁷¹⁶ TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Trata de seres humanos”, Op. Cit., p. 216.

⁷¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo 845/2021, de 4 noviembre de 2021, F.J. 1º, sobre un caso de delito de trata de seres humanos mediante la captación desde España por teléfono o a través de las redes sociales, en el ambiente de hombres transexuales en Venezuela, a jóvenes que se encontraban en precaria situación económica y con escasas perspectivas de futuro, ofreciéndoles los medios para venir a España aparentando un viaje turístico (vuelos de ida y vuelta, reserva hotelera en Madrid o Barcelona, seguro médico y una cantidad de dinero en metálico) instruyéndoles sobre lo que tenían que decir en frontera para conseguir la entrada en nuestro país. En algunos casos les hacían saber que en España se dedicarían a ejercer la prostitución como transexuales, y en otros casos les ofrecían otro tipo de trabajo como empleados en peluquerías, pero en todo caso, les hacían ver que iban a poder devolver el dinero adelantado sin dificultad y siendo respetada en todo momento su libertad. El Tribunal declara que De la lectura del art. 177 bis 1 CP resulta que una de las finalidades típicas es la explotación sexual, siendo doctrina de esta Sala que la sanción por este delito no absorbe toda la gravedad de la conducta cuando llega a tener lugar efectivamente dicha explotación, optándose, como regla general, en los casos de concurso entre este delito y los relativos a la prostitución, por la solución del concurso medial de delitos, en la medida que, consumado ese fin de explotación sexual, el delito del art. 177 bis sería un previo instrumento de ese delito fin. En este sentido, también la Sentencia del Tribunal Supremo 324/2021 de 21 de abril de 2021.

prevenida en el art. 77. 1º para el denominado concurso medial». Para el Tribunal «Es claro que existe una conexión típica entre ambos tipos delictivos, delito medio y delito fin, así como una conexión lógica, temporal y espacial entre ambas conductas, la de traer a España a la menor para explotarla sexualmente, y la de su explotación posterior. También es claro que el dolo de los sujetos activos ha abarcado la comisión de ambos delitos, al actuar siguiendo un plan preordenado. Y, por último, es clara la necesidad del delito medio, para poder cometer el delito fin, pues no sería posible la explotación de la prostitución de la menor en España, sin su previo traslado a nuestro país con dicha finalidad, que es la conducta que integra el delito de trata de seres humanos. Concurren, por ello, en el supuesto actual, los requisitos propios del concurso medial»⁷¹⁸.

Ello, no obstante, el mismo Tribunal ha apreciado que no existe un tratamiento unitario para todos los supuestos. Caben casos de concurso real; otros de concurso ideal; y finalmente otros (especialmente los ubicados en el tercer grupo: se consolida la actividad delictiva que en la tipicidad del art. 177 bis aparece solo como un fin) de concurso medial; sin descartar radicalmente hipótesis de concurso de normas (por ejemplo, la intimidación utilizada como medio comisivo absorberá habitualmente las amenazas o coacciones inherentes)⁷¹⁹.

Por tanto, son varias las soluciones que se han dado:

Por ejemplo, el concurso real se ha contemplado con el delito de agresión sexual, el delito de inmigración ilegal o el delito de detención ilegal⁷²⁰. Por contra, se aprecia

⁷¹⁸ Así lo dispone la Sentencia del Tribunal Supremo 53/2014 de 4 de febrero de 2014. Más recientemente se adopta el mismo criterio, así la Sentencia del Tribunal Supremo 700/2021 de 16 de septiembre de 2021 también refiere a un concurso medial entre el delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual, en concurso medial con un delito de prostitución. En el mismo sentido, véase la Sentencia del Tribunal Supremo 695/2021 de 15 septiembre de 2021 y Auto del Tribunal Supremo núm. 232/2022 de 24 de febrero de 2022 que desestima el recurso contra sentencia que condena por los delitos de trata de seres humanos con fines de explotación sexual en concurso medial del artículo 77 del Código Penal con un delito de prostitución del artículo 187.1.

⁷¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 861/2015 de 20 de diciembre de 2015. También la Sentencia del Tribunal Supremo 861/2015, de 20 de diciembre, dice que "no excluye necesariamente el concurso de leyes con las coacciones o amenazas. Pero encierra una pauta interpretativa que invita a inclinarse preferentemente (no siempre) por el concurso real, bien en su modalidad ordinaria, bien como concurso medial (...)". Así, en Sentencia del Tribunal Supremo 136/2021 de 16 de febrero aprecia el concurso ideal entre el delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual cometido en el seno de un grupo criminal y un delito de prostitución coactiva.

⁷²⁰ Véase a modo de ejemplo, el Auto del Tribunal Supremo 164/2014 de 13 de febrero de 2014, el Auto del Tribunal Supremo 1040/2013 de 9 de mayo de 2013, la Sentencia del Tribunal Supremo 422/2020 de 23 julio de 2020. Respecto al concurso con el delito de detención ilegal, el Auto del Tribunal Supremo

concurso medial entre los delitos de trata con finalidad de prostitución y de prostitución coactiva por estar en relación de medio a fin, por lo que se está en presencia de un concurso medial y no real de conformidad con el art. 77 del texto actual del CP⁷²¹. También, con el delito de falsedad documental: El Auto del Tribunal Supremo n.º 2172/2013, de 14 de noviembre, establece que entre la falsedad documental del art. 390.1.2.º, 3º y 4º CP y la trata hay un concurso medial. La víctima declaró que el acusado confeccionó los documentos y la víctima menor le aportó las fotos necesarias para falsificar un permiso parental y burlar los controles aduaneros, fingiendo la intervención notarial y la carta de identidad de la misma. La falsedad es la forma de traerla a España⁷²².

En nuestra opinión se trata de un concurso de delitos, porque el legislador añade ese párrafo con la finalidad de diferenciar las conductas y porque se ven lesionados diferentes bienes jurídicos. Respecto de si es un concurso real o medial, creemos que en la mayoría de los casos estamos ante un concurso medial entre un delito de trata de seres humanos y los posteriores delitos en que concluye este proceso ya que hay una relación medio-fin, y es que no entendemos la realización de las conductas típicas sino es con un fin que se concreta en el delito posterior pero coincidimos con MAQUEDA ABREU⁷²³, en que ciertamente se pueden establecer concursos entre la trata y la explotación, pero esta solución nos lleva a correr el riesgo de romper con la idea de proceso, de itinerancia que acompaña al delito de trata. Por ello creemos que es esencial, para que no se vulnere el principio *non bis in idem*, que si los hechos son valorados para aplicar el tipo de trata de personas ello impide su nueva valoración para apreciar la concurrencia de otro delito.

Como veremos a continuación, algunos de los delitos con los que será posible el concurso son: los delitos de homicidio, lesiones, extracción de órganos corporales,

10167/2014 de 8 de mayo de 2014: la recurrente fue retenida en el domicilio de la recurrente y de su esposo, por éstos. Para evitar que saliera le cerraban la puerta con llave y la amenazaban con hacer daño a su familia si huía y no pagaba "su deuda". Esta situación perduró por espacio de más de 15 días. Por consiguiente, en los hechos probados se describe una situación de privación de libertad deambulatoria de la víctima susceptible de ser calificada conforme al art. 163.3 del Código Penal.

⁷²¹ A modo de ejemplo, véase la Sentencia del Tribunal Supremo 538/2016 de 17 de junio de 2016, la Sentencia del Tribunal Supremo 700/2021 de 16 de septiembre de 2021 y la Sentencia del Tribunal Supremo 695/2021 de 15 septiembre de 2021.

⁷²² Auto del Tribunal Supremo 2172/2013 de 14 de noviembre de 2013.

⁷²³ MAQUEDA ABREU, M.L., "Trata y esclavitud no son lo mismo, pero ¿qué son?" en Cueva (Coord.) Suárez López, J. M., Barquín Sanz, J., Benítez Ortúzar, I. F., Jiménez Díaz, M. J., Sáinz Cantero Caparrós, J. E. *Estudios jurídico-penales y criminológicos: en homenaje a Lorenzo Morillas Lorenzo*, Vol. 2, 2018, p. 1255.

prostitución, pornografía, agresión o abuso sexual, contra los derechos de los trabajadores, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, los matrimonios forzados y cualquier otro que pueda concurrir⁷²⁴ y es que la cláusula concursal "sin perjuicio" abarca hipótesis diferentes. De una parte, otros delitos que vengan relacionados con los medios comisivos (así la violencia puede dar lugar a lesiones y la intimidación a amenazas). De otra, infracciones cuyos verbos típicos de manera fragmentaria pueden coincidir con alguno de los empleados en el art. 177 bis (el traslado o transporte puede integrar a su vez el delito del art. 318 bis) y, un tercer grupo vendrá constituido por aquellos delitos que surgen de la efectiva realización de lo que en el art. 177 bis aparece como finalidad a la que debe obedecer la actuación (explotación laboral o sexual, extracción de órganos, matrimonios forzados, etc.)⁷²⁵.

En la jurisprudencia, se ha aplicado tanto el concurso medial como el concurso ideal de delitos para estas situaciones. Encontramos más sentencias en las que se ha aplicado el concurso medial⁷²⁶ por entender que existe un delito medio y un delito fin,

⁷²⁴ Sobre este reciente delito y la relación concursal con la trata se puede ver ESQUINAS VALVERDE, P., "El delito de matrimonio forzado (art. 172 bis CP) y sus relaciones concursales con otros tipos delictivos", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n.º 20, 2018, pp. 29 y 30. Han considerado que hay un concurso de delitos: AGUADO LÓPEZ, S., "Tráfico de órganos humanos", en BOIX REIG, J. (Dir.), *Derecho penal. Parte especial. Volumen I*, 2ª Ed., Iustel, Madrid, 2016, p. 187; MARAVER GÓMEZ, M., "Trata de seres humanos", en (Coord.) Molina Fernández, F. *Memento Práctico Francis Lefebvre Penal 2019*, 2018 pp. 977-978; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, ob. cit., p. 187; GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios prácticos al Código penal. Tomo II*, Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 240; FELIP I SABORIT, D., "Tráfico de órganos", ob. cit., p. 829; BOLAÑOS VÁSQUEZ, H.J., "Regulación jurídico-penal de la trata de personas según el Protocolo de Palermo. Aplicación práctica desde la teoría del delito", *Revista de derecho migratorio y extranjería*, N.º 34, 2013, p. 303; GÓMEZ RIVERO, M.C., "El delito de tráfico ilegal de órganos humanos", *Revista penal*, n.º 31/2013, p. 137; MARTOS NUÑEZ, J.A., "El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis del Código penal", *Op. Cit.*, p. 110; MAPELLI CAFFARENA, B., "La trata de personas", *Op. Cit.*, p. 58; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L., "Tráfico de órganos humanos y lesiones", *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 107/2012, p. 108; PUENTE ABA, L.M., "La protección frente al tráfico de órganos: su reflejo en el Código penal", *Revista Derecho y proceso penal*, n.º 26/2011, p. 148; y HERRERA MORENO, M., "Delitos relativos al tráfico de órganos (artículo 156 bis CP)", en Polaino Navarrete, M. (Dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*. Tomo I, Tecnos, Madrid, 2010, p. 119.

⁷²⁵ Véanse, en este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida 310/2017, de 14 de julio de 2017; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 321/2016, de 2 de junio de 2016; la Sentencia del Tribunal Supremo 449/2016, de 25 de mayo; la Sentencia del Tribunal Supremo 538/2016, de 17 de junio; la Sentencia del Tribunal Supremo 786/2016, de 20 de octubre; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 333/2015 de 19 de mayo; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida 451/2015, de 1 de diciembre y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 261/2014, de 12 de junio.

⁷²⁶ Por ejemplo, Sentencia del Tribunal Supremo 191/2015 de 9 abril de 2015; la Sentencia del Tribunal Supremo 538/2016 de 17 de junio de 2016 y la Sentencia del Tribunal Supremo 786/2016 de 20 de octubre de 2016.

La Sentencia del Tribunal Supremo 449/2016 de 25 de mayo de 2016 dispone: Por contra, consideramos en este control casacional, de oficio y en beneficio del recurrente, que ambos delitos de trata

pero no falta jurisprudencia en que se observa el concurso ideal, por ejemplo, la SAP de Lleida 310/2017, de 14 de julio; SAP de Madrid 321/2016, de 2 de junio; SAP de Madrid 333/2015, de 19 de mayo y STS 379/2015, de 19 de junio⁷²⁷. La perspectiva mayoritaria se defiende con el argumento de que, por ejemplo, el artículo 156 bis sanciona la extracción de órganos humanos, que es la finalidad que se persigue con la trata de seres humanos del artículo 177 bis.1 d). En cambio, otros autores, de manera minoritaria, sostienen que el concurso de delitos se daría entre la figura del artículo 177 bis y el correspondiente delito de lesiones, pero que entre el delito de trata de seres humanos con fines de extracción de órganos y la figura de tráfico de órganos humanos existiría un concurso de normas⁷²⁸. Analizamos a continuación cada una de las figuras delictivas concurrentes.

6.2. Delitos contra la vida y la integridad

A) Homicidio

Los medios comisivos previstos en el art. 177 bis 1 pueden producir lesiones o, incluso, el fallecimiento de la víctima. Aunque no se emplee violencia si la víctima fallece con ocasión de la trata de personas, entendiéndose con ocasión de la captación, traslado (...) con fin de explotación, la pena a imponer será la resultante de apreciar el delito de trata de seres humanos en su tipo básico en concurso ideal con el correspondiente delito de homicidio. A pesar de lo dispuesto en la regla concursal específica, las reglas generales

con finalidad de prostitución y de prostitución coactiva están en relación de medio a fin, por lo que se está en presencia de un concurso medial y no real de conformidad con el art. 77 del texto actual del CP, ya que en definitiva, el delito de trata de personas fue cometido con la finalidad de dedicar al ejercicio de la prostitución a las víctimas, sujetos pasivos de dicho delito, y cuando ésta es obligada al ejercicio coactivo de la prostitución ex art. 188 del CP, es claro que este delito supone la efectividad del destino que inspiró el delito de trata de personas. En definitiva, el delito de trata de personas fue el delito medial para la comisión del delito de prostitución coactiva con lo que el cálculo de las penas por ambos delitos debe efectuarse no sumando las penas de uno y otro como se efectúa en la sentencia de instancia, sino efectuando el cálculo de la forma prevista en el art. 77 CP en su redacción actual por ser más favorable.

⁷²⁷ Sentencia del Tribunal Supremo 379/2015 de 19 de junio de 2015: El Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos como constitutivos de a) un delito de trata de seres humanos de persona menor de edad con fines de explotación sexual, del art. 177 bis, 1 b), 2 y 4 b) del CP, en concurso ideal del art. 77 del c. penal con b) un delito de prostitución de persona menor de edad del art. 187.1 del CP. c) un delito de coacciones y d) una falta de lesiones del art. 617.1 del c. penal.

⁷²⁸ TAMARIT SUMALLA, J., y GARCÍA ALBERO, R., “Artículo 156 bis”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 6ª Ed., Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 148; y OLAIZOLA NOGALES, I., “A vueltas con la inmigración ilegal y el nuevo delito de trata de personas” en (Coord.) Gustavo Fernández Teruelo, J. *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, 2013, p. 489.

de concurrencia del delito de peligro en relación con el delito de lesión impiden apreciar la agravante de puesta en grave peligro para la vida al quedar absorbida esa puesta en peligro por el delito de lesión, en este caso el de homicidio doloso o imprudente⁷²⁹. El concurso será ideal heterogéneo, en la medida que los delitos producidos por el hecho son de diferente naturaleza.

B) Amenazas y coacciones

Al encontrarse la violencia e intimidación entre los medios comisivos previstos en el art. 177 bis 1 CP podemos pensar en la posibilidad de un concurso con el delito de amenazas o coacciones, pero debemos tener en cuenta que el delito exige que despliegue una entidad suficiente que anule o limite la libertad, de modo que creemos que en este caso la respuesta es clara, tanto el delito de amenazas como el de coacciones quedarían consumidos en la acción típica de la trata, en virtud del principio de absorción.

C) Detenciones ilegales

Es imposible pensar en el delito de trata de seres humanos y no reparar en la posibilidad de que las limitaciones a la libertad ambulatoria que pueden conllevar estas conductas no supongan un delito de detenciones ilegales. Para dilucidar esta cuestión, debemos hacernos una pregunta ¿la privación de libertad es la necesaria para la comisión del delito o se ha ido más allá y concurre el delito de detención ilegal? Consideramos que, en el primer caso, si la privación de libertad es la inherente e imprescindible para cometer el delito de trata de seres humanos quedará absorbida por el mismo, pero si, por el contrario, la víctima es retenida y sometida a un control y privación de libertad que exceda de lo necesario para la comisión del delito de trata de seres humanos concurre un delito de detención ilegal del art. 163 CP en concurso ideal.

6.3. Los delitos relacionados con la explotación posterior

⁷²⁹ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “El delito de trata de seres humanos. Una incriminación (...)”, Op. cit., p. 456. También la FGE en la Circular 5/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración, p.27 dispuso que *si 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 correspondiente delito de resultado.*

A) Delitos contra los derechos de los trabajadores

El artículo 177 bis se refiere como finalidad de explotación a “*la imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre o a la mendicidad*”. Del tenor literal del precepto y de los precedentes legislativos del delito de trata se infiere que esta finalidad no se satisface con la pretensión de explotar el trabajo o servicios de la víctima en el sentido que le es propio: su explotación económica, entendiendo por tal, la apropiación del valor del trabajo con finalidad productiva perjudicando ilícitamente sus derechos sociolaborales⁷³⁰. Nuestro ordenamiento penal no otorga una respuesta específica a estas graves formas de explotación de la persona⁷³¹.

La finalidad de esta modalidad no se limita a la explotación laboral derivada de la imposición de condiciones laborales manifiestamente ilegales⁷³². De modo que si a la víctima de trata de seres humanos se le impongan trabajos o servicios forzados, prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre, esclavitud o a mendicidad, deberá acudir a los genéricos delitos contra los trabajadores para sancionar estas conductas, en cuanto estos recogen como conductas típicas, entre otras, la imposición de condiciones laborales contraviniendo la legislación laboral, implicando la esclavitud y el trabajo forzado condiciones manifiestamente ilegales. Sin embargo, como decimos los delitos contra los derechos de los trabajadores no plasman el desvalor total de estas graves conductas que implican forzar y someter a la persona⁷³³.

La opinión mayoritaria considera que, cuando menos, la rúbrica del Título XV “*Delitos contra los derechos de los trabajadores*” alude a un bien jurídico categorial común, que gira en torno a los derechos propios nacidos de la relación laboral, o sea, a las condiciones de trabajo, sindicación, seguridad social, etc. Dicho de otro modo, se

⁷³⁰ Todos aquellos actos que supongan un peligro o lesión de los derechos reconocidos legalmente a los trabajadores, con independencia de su nacionalidad según PÉREZ ALONSO, E. cit., p. 81. El Informe de 2011 sobre las legislaciones penales en materia de trata de los países SICA (Sistema de la Integración Centroamericana) entiende de forma amplia la finalidad laboral de la trata.

⁷³¹ El Código Penal solo se refiere a la esclavitud en el marco de los delitos de lesa humanidad (art. 607 bis. 2, 10º CP).

⁷³² POMARES CINTAS, E., *El derecho penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p.136.

⁷³³ IGLESIA SKULJ, A., “Trata de mujeres con fines de explotación (...)”, Op. Cit. p. 265 / VILLACAMPA ESTIARTE C., “El delito de trata de seres humanos. Una incriminación (...)”, Op. Cit., p. 479.

protege la indisponibilidad contractual “*in peius*” de los derechos de los trabajadores reconocidos por las leyes, sin perjuicio de reconocer la existencia de bienes jurídicos más específicos en cada una de las concretas figuras delictivas. Ello, no obstante, se pueden encontrar posiciones que destacan incluso la dimensión colectiva del bien jurídico en referencia ya a las concretas figuras delictivas, sobre la base de entender que no se protege a los trabajadores en cuanto individuos necesitados de ayuda, sino a la ‘fuerza de trabajo’ como titular de esos intereses difusos o colectivos que coinciden con el desarrollo de un determinado orden económico y social”⁷³⁴. Por tanto, algunos lo identifican con el interés estatal en controlar el mercado laboral y la protección de los derechos de los trabajadores como colectivo.

El delito de trata no pretende evitar someter a la víctima a toda situación ilícita de explotación de su trabajo. Así, aun cuando el traslado, desplazamiento o captación de la persona se haya realizado mediante procedimientos engañosos, violentos, intimidatorios o abusivos, no sería víctima del delito de trata la que va destinada a la realización de un trabajo o servicio que no se integra en las categorías expresamente contempladas en el apdo. a) 177 bis.1 CP, pero está sujeto a condiciones ilícitas. Por ejemplo, cuando se acepta trabajar, pero se obliga a soportar condiciones laborales ilegales como realizar la prestación sin percibir salario suficiente, bajo jornadas laborales ilimitadas y otras vulneraciones de derechos básicos⁷³⁵.

Respecto de la reducción de la persona a trabajos forzados o servicios obligatorios en régimen de esclavitud o análogo, no existe una figura delictiva específica, salvo la que se refiere a la utilización de menores o incapaces para la práctica de la mendicidad (art. 232 CP⁷³⁶), que será típica a los efectos del delito de trata siempre que reúna las características de las modalidades de explotación laboral a que se refiere el art. 177 bis. 1

⁷³⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Lección XXXI: Delitos contra los derechos de los trabajadores. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Coord.) *Derecho penal. Parte especial*, Edit. Tirant lo Blanch, 2019, p. 556.

⁷³⁵ *Ibidem*. p. 136.

No integrará los fines de explotación laboral a efectos de la trata, aun cuando se les impongan a los trabajadores (extranjeros inmigrantes, legales e ilegales) “condiciones degradantes” Véase SAP, Zaragoza, 597/2008.

⁷³⁶ El Art. 232. 1. CP dispone que *Los que utilizaren o prestaren a menores de edad o incapaces para la práctica de la mendicidad, incluso si ésta es encubierta, serán castigados con la pena de prisión de 6 meses a 1 año. 2. Si para los fines del apartado anterior se traficaren con menores de edad o incapaces, se empleare con ellos violencia o intimidación, o se les suministrare sustancias perjudiciales para su salud, se impondrá la pena de prisión de 1 a 4 años.*

a). En este caso vemos conveniente apreciar un concurso medial, por un lado por la relación medio fin entre la trata y la práctica de la mendicidad (Se capta, transporta, acoge...como medio para someter a la víctima a mendicidad-fin). El artículo 232 CP puede constituir una cláusula de salvaguarda que permita la incriminación de conductas que no quepan en la tipicidad del delito de trata de seres humanos, por no integrar ninguna de las conductas previstas en el art. 177 bis.1 CP.

Y, como adelantábamos, la esclavitud de personas en el contexto de los delitos de lesa humanidad responde a un perfil distinto del de la trata. El art. 607 bis. 2, 10º castiga con la pena de prisión de 4 a 8 años la conducta consistente en someter a alguna persona a esclavitud o mantenerla en ella, cuando dicha conducta forme parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o una parte de ella.

En la esfera específica de los delitos laborales, el Código penal castiga la imposición de condiciones de trabajo ilícitas empleando medios abusivos, engañosos o coactivos (art. 311), pero no es esta la explotación laboral a la que se refiere el delito de trata de seres humanos. Los delitos del art. 311 o del 312.2 *in fine* giran en torno al establecimiento de condiciones de la prestación de trabajo que contradice la normativa laboral, pero no a la imposición “de las prestaciones mismas”.

Los delitos contra los derechos de los trabajadores no cubren por sí solos el desvalor que se infiere de los comportamientos que determinan la condición de trabajador a quien no desea serlo: no es solo atropellar derechos laborales o sociales del trabajador como tal, también es la violación de su libertad de decidir ser o no trabajador, pues es sometido a la condición de esclavo, siervo o similar.

En definitiva, el delito de trata de seres humanos plantea la necesidad de dar respuesta específica a las citadas conductas que se prevén como el destino de las víctimas de la trata, pues, de lo contrario, el tratamiento penal de la explotación laboral efectiva tendrá menor relieve que el propio desplazamiento o traslado de las personas⁷³⁷. De modo que imponer la condición de trabajador, reducir a la persona a la “condición de esclavo” o a la “condición de siervo”, creando una situación de total disponibilidad sobre ella como

⁷³⁷ POMARES CINTAS, E., “El derecho penal ante la explotación laboral y (...)”, Op. cit., p. 139. / ARROYO ZAPATERO, L., “Los delitos contra los derechos de los trabajadores (Especial consideración del art. 499 bis, CP)”, *Revista española de Derecho del Trabajo*, nº 15, 1983, p. 366.

si de un objeto se tratara, es un comportamiento que cobra sustantividad propia y autónoma⁷³⁸.

a) Delito de tráfico ilegal de mano de obra (Art. 312.1 CP).

El art. 312. 1 CP dispone que *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.*

El bien jurídico protegido lo constituye según el Tribunal Supremo un conjunto de intereses concretos y generales, que se infieren del Título en el que se encuentra ubicado este tipo en el Código Penal, protegiéndose la relación laboral y sus condiciones, y sancionándose aquellas conductas que atentan contra la persona empleada, siendo el centro de la conducta la explotación del trabajador⁷³⁹.

Frente a esta postura se ha argumentado que el art. 312.1 CP en ningún momento utiliza el término explotar ni el mismo se puede considerar implícito dentro del concepto del verbo principal del enunciado, que es traficar. Como bien dice el Tribunal Supremo, traficar es negociar o comerciar, y para consumar el delito es necesario que se haga de manera ilegal, es decir, que se realicen negocios o comercio al margen de la normativa laboral vigente. Se protege, así, la contratación y traslación de personas empleadas al margen de los cauces legalmente establecidos. El objeto o bien jurídico protegido debe ser la indemnidad de la relación laboral⁷⁴⁰.

El tipo consiste en comerciar o negociar con la situación de trabajadores por cuenta ajena, dado el propio significado gramatical. Asimismo, esta conducta comporta una intención de enriquecimiento o de lucro en el autor, puesto que es la propia semántica de los vocablos “comerciar” y “negociar” la que lleva aparejada dicha intención⁷⁴¹.

Descartamos el concurso de leyes con el delito de trata de seres humanos, ya que el artículo 312.1 del CP no se refiere al trabajo forzado, sino que se refiere a la colocación de trabajadores al margen de los mecanismos legales y a la cesión ilegal de mano de obra. El artículo 312.1 CP protege el tráfico de las relaciones laborales que se establecen dentro

⁷³⁸ Véase Sentencia del Tribunal Supremo 995/2000 de 30 de junio de 2000.

⁷³⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 321/2005 de 10 de marzo de 2005.

⁷⁴⁰ En este sentido véase MEGÍAS BAS, A., “El delito de tráfico ilegal de mano de obra”, *Anales de Derecho*, Número 32, 2014, págs. 1-24.

⁷⁴¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 10/2008 de 8 de enero de 2008.

del mercado de trabajo. En caso de que con ocasión de la captación con fin de trabajo forzoso se produzca la contratación y comercio de trabajadores al margen de los mecanismos legales si se puede apreciar un concurso ideal heterogéneo.

b) Delito de recluta o de determinación al abandono del puesto de trabajo (art. 312-2, parte 1)

El artículo 312.2 CP castiga en primer lugar a *quienes recluten personas o las determinen a abandonar su puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas*.

Reclutar significa reunir gente para un propósito determinado. Por tanto, a la vista de este amplio significado gramatical, en esta primera modalidad de acción tienen cabida ya tanto los casos de recluta de personas que anteriormente no poseían puesto de trabajo alguno como los casos de personas que ya lo tenían. La expresión “determinar” a abandonar el puesto de trabajo debe ser entendida como equivalente a “hacer tomar una resolución” de abandono.

Es un tipo mixto alternativo. Común a ambas modalidades de conducta es el especial desvalor de acción, característico de este delito, esto es, “*ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas*”.

Exige un resultado material, integrado por la efectiva recluta (concebida como contratación) de personas y el efectivo abandono del puesto de trabajo⁷⁴². Cuando la recluta del trabajador a través de una oferta de trabajo falsa o engañosa tenga como finalidad su explotación laboral en alguna de las modalidades especialmente graves exigidas por la trata de personas estaremos ante el concurso de leyes. Mientras que cuando no sea posible acreditar la existencia de la finalidad de explotación de la víctima será sin duda posible su aplicación, cuando la captación se haya realizado mediante engaño.

Se podría apreciar un concurso de leyes, y de acuerdo con el art. 8 CP, el art. 177 bis CP absorbería el desvalor de la conducta contenida en el 312.2 CP, por lo que será aplicable de forma preferente el art. 177 bis CP. Al sancionarse a través de la trata la lesión de la dignidad humana y la puesta en peligro de los derechos laborales, se desvalora

⁷⁴² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Lección XXXI: Delitos contra los derechos de los trabajadores. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en (Coord.) González Cussac, J. L. Derecho penal. Parte especial, Edit. Tirant lo Blanch, 2019, p. 561.

la afección que se produce a los derechos laborales del trabajador. Coincidimos con DAUNIS RODRÍGUEZ en que respecto a la afección al buen funcionamiento del mercado laboral que también se ve afectado por la conducta descrita, puede entenderse que por sí sola no merece un reproche penal, por lo que la posibilidad de establecer un concurso de delitos entre el 312.2.1 CP y el 177 bis CP se desvanece. Circunstancia que no impide que se activen las correspondientes normas del derecho laboral para sancionar el incumplimiento de las reglas que presiden la contratación y colocación de trabajadores⁷⁴³.

c) Delito de emplear a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones perjudiciales (art. 312-2, parte 2)

El artículo 312.2 continúa castigando a *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*.

Se trata de una figura delictiva de naturaleza análoga a la que se incluye en el art. 311.1 CP, si bien difieren en que en la figura en comentario no se exige el específico desvalor de acción de la figura del art. 311.1, de un lado, y, en cambio, se requiere que el sujeto pasivo aparezca integrado exclusivamente por “súbditos extranjeros sin permiso de trabajo”. El resultado material del tipo (“emplear en condiciones que perjudiquen, etc.”) debe ser interpretado en un sentido similar a como se concibe la expresión análoga del art. 311.1⁷⁴⁴.

El art. 312. 2 *in fine* CP ha sido criticado por la doctrina por suponer una reiteración innecesaria de conductas, siendo posible su subsunción en el art. 311. 1 CP. Su inclusión como delito autónomo puede encontrarse en la voluntad de clarificar que los extranjeros sin permiso de trabajo son titulares del derecho al trabajo y deben ser protegidos ante posibles vulneraciones de los derechos laborales. Inicialmente, se mantuvo que los inmigrantes irregulares no eran titulares del derecho al trabajo y, por tanto, sus derechos laborales no podían ser vulnerados. Fue el Tribunal Supremo el encargado de poner fin a esta tesis al considerar que, si bien es cierto que en el artículo

⁷⁴³ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., “El delito de trata de (...)”, Op. cit., pp.

⁷⁴⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Lección XXXI: Delitos contra los derechos (...)”, p. 562.

35 de la Constitución española no se pueden incluir a los inmigrantes irregulares, también es cierto que este derecho se ejercita solo frente a los poderes públicos no pudiendo alegarse como mecanismo de impunidad frente a quienes contratan a tales inmigrantes conscientes de su situación. Cuando un particular, de forma consciente y voluntaria contrata a un inmigrante irregular, no por ello, puede imponerle condiciones claramente atentatorias contra la dignidad humana basándose en que este no es titular de derecho al trabajo⁷⁴⁵, lo que llevaría a una concepción que crearía unas situaciones inaceptables de desigualdad social, porque el empleador podría imponer a los trabajadores ilegales las condiciones laborales más discriminatorias sin riesgo alguno de infracción legal, a pesar de resultar severamente comprometidos valores inherentes a la persona, que como la dignidad del art. 10 CE, no conoce fronteras⁷⁴⁶.

d) Delito de imposición de condiciones laborales (art. 311 y 312.2 *in fine* CP)

El art. 311. 1º CP sanciona con penas de prisión de seis meses a seis años y multa de seis a doce meses *a los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual.*

El Código penal castiga la imposición de condiciones de trabajo ilícitas empleando medios abusivos, engañosos o coactivos, pero no es esta la explotación laboral a la que se refiere el delito de trata de seres humanos (imposición de trabajo forzoso). Los delitos del art. 311 o del 312.2 *in fine* giran en torno al establecimiento de condiciones de la prestación de trabajo que contradice la normativa laboral, pero no a la imposición “de las prestaciones mismas”. Por tanto, los delitos contra los derechos de los trabajadores no cubren por sí solos el desvalor que se infiere de los comportamientos que determinan la

⁷⁴⁵ POMARES CINTAS, E., “El derecho penal ante la explotación laboral y (...)”, Op. cit., p. 76.

La Sentencia del Tribunal Supremo 995/2000 de 30 de junio de 2000 refleja esas condiciones atentatorias a la dignidad como hacerle firmar el «contrato de esclavo», cuya sola lectura produce sonrojo, y menos tratar de convertirlo en «broma» cuando el firmante lo acepta porque quería a toda costa legalizar la situación, sometiéndose a esa calificación y el trato subsiguiente, así como el trabajar sin cobrar, sólo por la alimentación «... 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, que esto se lo hacía O., le decía que tenía que responderle mi amo cuando le dijera esclavo, él no se lo decía pero lo hacía, 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...».

⁷⁴⁶ Sentencia del Tribunal Supremo 348/2017 de 17 de mayo de 2017.

condición de trabajador a quien no desea serlo: no es solo atropellar derechos laborales o sociales del trabajador como tal, también es la violación de su libertad de decidir ser o no trabajador, pues es sometido a la condición de esclavo, siervo o similar. Puede sostenerse un concurso de delitos entre el delito de trato degradante y el delito laboral correspondiente⁷⁴⁷.

No obstante, esta apreciación, la jurisprudencia ha apreciado concurso ideal-medial entre el delito de trata de seres humanos y el que llaman delito de explotación laboral refiriéndose al art. 312.2 CP⁷⁴⁸. El Tribunal Supremo ha considerado que *“la conducta que describe el art. 312.2, sanciona la explotación laboral, en cualquier actividad al contratar a trabajadores extranjeros, que no cuentan con permiso de trabajo, y además, para ser distinguido este comportamiento de la sanción administrativa, la ley penal anuda un desvalor especial que se traduce en que las condiciones impuestas deben ser notoriamente perjudiciales para el trabajador, de modo que se originen situaciones de explotación en el trabajo. No importa que la clase de trabajo llevado a cabo haya sido la prostitución [...]”*⁷⁴⁹.

B) Delitos contra la libertad sexual

Entre los delitos con los que puede concurrir el delito de trata de seres humanos se encuentran los delitos contra la libertad sexual regulados en el Capítulo V Título VIII del CP, especialmente los contemplados en los arts. 187 en relación con las víctimas mayores de edad, y el art. 188 CP cuando las víctimas sean menores de edad.

Entre los fines que persigue la trata de seres humanos destaca, por el número de condenas, la explotación sexual que, adelantamos, se constituye en concurso medial según la mayor parte de la jurisprudencia y la doctrina, al disponer el apartado 9 del artículo 177 bis que *“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*

⁷⁴⁷ POMARES CINTAS, E. “El Delito de Trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2011, p. 26.

⁷⁴⁸ Véase Audiencia provincial de Sevilla 494/2021 de 26 noviembre de 2021.

⁷⁴⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 208/2010 de 18 de marzo de 2010 y Sentencia del Tribunal Supremo 554/2019 de 13 de noviembre.

código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación”, mostrándose contundente en este sentido la sentencia de 17 de junio de 2016 cuando afirma: “Sobre la subsunción de estos hechos en un delito de trata de seres humanos, en concurso medial con otro de prostitución coactiva, no es necesario extendernos, pues la situación descrita se corresponde con una jurisprudencia ya más que reiterada de esta Sala Casacional al interpretar las conductas definidas en los artículos 177 bis y 188 (hoy 187) del Código penal, como es exponente la sentencia 191/2015, de 9 de abril, conforme a la cual la acción de alojar a la víctima, con conocimiento de su introducción en España, tras una captación con destino a la explotación sexual, convierte a quien lo lleva a cabo en autor de un delito tipificado en el artículo 177 bis del Código penal”⁷⁵⁰. Siendo la regla penológica la del artículo 77.3 del Código penal, por lo que el punto de partida es la pena que en concreto se habría impuesto al delito más grave, en este caso la trata de seres humanos cuyo arco penológico se mueve entre 5 y 8 años, la cual ha de ser incrementada al menos en un día⁷⁵¹.

No obstante, para una mejor comprensión es conveniente estudiar por separado los tipos más relevantes en lo que a la explotación sexual se refiere, concretados en los artículos 187 y 188 del Código Penal.

a) Delito de prostitución coactiva mayores de 18 años (art. 187 CP)

El Capítulo V Título VIII del CP regula en su artículo 187 la llamada prostitución coactiva en los siguientes términos: *1. El que, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, determine a una persona mayor de edad a ejercer o a mantenerse en la*

⁷⁵⁰ En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo 191/2015 de 9 de abril de 2015; la Sentencia del Tribunal Supremo 295/2016 de 8 de abril de 2016; la Sentencia del Tribunal Supremo 538/2016 de 17 de junio de 2016 y más recientemente, la Sentencia de la Audiencia Nacional 1/2019 de 18 de febrero de 2019.

⁷⁵¹ Sentencia del Tribunal Supremo 861/2015 de 20 diciembre de 2015: Dada la estrecha vinculación y casi superposición entre el delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual y la prostitución consistente precisamente en esa explotación sexual (hay muchos elementos comunes a ambos tipos penales: la explotación sexual en cierta forma constituye la realización del objetivo buscado por el autor de la trata de seres humanos : nótese, por ejemplo, que en algún supuesto puede darse la paradoja de que la explotación de la prostitución que resultara más penada si además el autor "acoge" -proporcione alojamiento- a la víctima: a la pena del art. 187 habrá que añadir la del art. 177 bis). sobre ese mínimo incrementaremos la pena en muy escasa medida: un mes más (art. 66.1. 6º CP).

prostitución, será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses.

Se impondrá la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses a quien se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma. En todo caso, se entenderá que hay explotación cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

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.

2. Se impondrán las penas previstas en los apartados anteriores en su mitad superior, en sus respectivos casos, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de esta o funcionario público. En este caso se aplicará, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.

b) Cuando el culpable pertenezca a una organización o grupo criminal que se dedique 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.

3. Las penas señaladas se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las agresiones o abusos sexuales cometidos sobre la persona prostituida.

El apartado 1º del artículo 187.1 tipifica el delito de determinación coactiva a la prostitución de adultos, llamado por algunos autores proxenetismo coercitivo. Las acciones penalmente relevantes tienen que afectar de forma significativa a la voluntad de la víctima de este delito. Este delito va a presuponer la confrontación de dos voluntades de sentido opuesto, la del responsable penal que quiere que un tercero realice actos de prostitución, seguramente para lucrarse de las ganancias que de los mismos se derivan, y

la de la víctima quien, a causa de las maniobras del primero, queda expuesta en contra de su voluntad al comercio sexual que entraña la prostitución y a su victimización sexual⁷⁵².

De forma unánime la doctrina y la jurisprudencia identifica el bien jurídico penalmente protegido con la libertad sexual al castigarse el ejercicio de la prostitución sin el consentimiento de quien la ejerce, mediante la utilización de violencia, intimidación, engaño o abusando de su situación de necesidad. Según la STS n.º 400/2018, de 12 de septiembre de 2018 dicho delito protege la autodeterminación del sujeto en la esfera sexual, cuando resulta comprometida a través de los medios que el tipo perfila⁷⁵³.

Como ya indicamos al tratar los elementos subjetivos del tipo, la prostitución no es un concepto definido por la legislación penal pero la jurisprudencia ha aportado conceptos y, algunas precisiones, siendo la contraprestación económica elemento fundamental. Así, la prostitución se ha considerado como la prestación de servicios de índole sexual con tendencia a la reiteración o a la habitualidad y mediante un precio consistente generalmente en una cantidad de dinero⁷⁵⁴ que incluyen actividades de carácter sexual como la actividad de alterne o los masajes eróticos⁷⁵⁵.

Es un delito común que se ha configurado como un tipo mixto alternativo que presenta dos posibles modalidades comisivas dolosas expresadas a través de los verbos típicos “determinar” o “mantener”.

La determinación de una persona adulta a la prostitución implica que es el sujeto activo del delito quien hace que la víctima realice actos sexuales a cambio de una remuneración mientras que el mantenimiento de un adulto en la prostitución presupone que la persona ya estaba en esa actividad, fuese libremente o de forma coactiva. Ahora bien, el hecho de causar en otra persona adulta de forma directa el ejercicio de la prostitución (sea por vez primera, sea después del cese en esa actividad) o de conseguir que continúe en ella (lo que implica que la persona ya estaba en esa actividad) no adquiere

⁷⁵² Vid. GONZÁLEZ TASCÓN, M.M., “Aspectos jurídico-penales de la explotación sexual de las personas adultas en la prostitución y de otras conductas relacionadas”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2020, p. 15.

⁷⁵³ Sentencia del Tribunal Supremo 400/2018 de 12 de septiembre de 2018.

⁷⁵⁴ Vid. La Sentencia del Tribunal Supremo 378/2011 de 17 de mayo de 2011; la Sentencia del Tribunal Supremo 484/2007 de 29 de mayo de 2007 F.J. 1º y la Sentencia del Tribunal Supremo 1080/2006 de 2 de noviembre de 2006, F.J. 2º.

⁷⁵⁵ Vid. La Sentencia del Tribunal Supremo 728/2005 de 9 de junio de 2005, F.J. 3º y la Sentencia del Tribunal Supremo 1428/2000 de 23 de septiembre de 2000, F.J. 16º.

por sí sólo transcendencia penal. El principio de lesividad que rige el Derecho penal y el reconocimiento de la libertad de prostituirse al amparo de la libertad sexual exige que la conducta penalmente relevante comporte una puesta en peligro o lesión de la libertad en su proyección sexual, lo que necesariamente significa que la determinación o el mantenimiento de la persona adulta en la prostitución tiene que hacerse mediante el empleo de medios idóneos para poner en peligro o lesionar el bien jurídico protegido. Estos medios se recogen de forma alternativa en el tipo penal, de manera que es suficiente con el empleo de uno de ellos para cometer el delito⁷⁵⁶, es decir, *empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad*.

Con carácter general, puede sostenerse que la prueba de la existencia de estos medios comisivos no puede obtenerse mediante el empleo de parámetros puramente cuantitativos que busquen artificialmente medir la intensidad de la amenaza o la compulsión. Es indudable que el tipo impone para su existencia una acción del sujeto activo de la suficiente entidad como para neutralizar esa libertad en la esfera sexual, 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 superioridad⁷⁵⁷.

Se ha precisado que la prostitución, como la realización de actos sexuales, tanto se refiere a la mujer como al hombre, homosexual o heterosexual y sin que como matiza la jurisprudencia tenga que referirse a la realización del acto sexual pleno, que se sancionan actividades de tercería sexual, tipificándose formas de cooperación en actos que en sí mismos (la auto prostitución) no son delictivos, así como conductas de propio aprovechamiento y que por corrupción se entiende el comercio carnal prematuro o precoz, infamante y envilecedor. Además, la Sala Segunda afirma que el delito no requiere que la persona determinada haya llegado a mantener relaciones sexuales por precio siendo suficiente con haberla colocado en la posición de tener que hacerlo en situaciones en las

⁷⁵⁶ Así, la Sentencia del Tribunal Supremo 438/2004 de 29 marzo de 2004, FJ. 6°.

A todos ellos se refiere la Sentencia del Tribunal Supremo 23/2015 de 4 de febrero de 2015, FJ. 4°, cuya doctrina, por ejemplo, se repite en la Sentencia del Tribunal Supremo 538/2016 de 17 de junio de 2016, FJ. 3°.

⁷⁵⁷ La Sentencia del Tribunal supremo 15/2008 de 16 de enero de 2008, FJ 1°.

que su necesidad es clara⁷⁵⁸. Pero en el caso de que sí se mantengan, el apartado tercero prevé una cláusula concursal para los supuestos en los que además de realizar alguna de las conductas castigadas en el art. 187 CP se realiza alguna conducta constitutiva de abusos o agresiones sexuales. Se aplicará un concurso de delitos entre el delito de prostitución y el correspondiente de abusos o agresiones sexuales.

La cláusula concursal *ad hoc* parece venir a confirmar el Acuerdo del Pleno de 2007 y la jurisprudencia que lo desarrolló, haciendo referencia indirecta a una acumulación de penas como consecuencia de la existencia de un concurso de delitos. Es precisamente en estos supuestos donde la cláusula concursal del art. 177 bis CP genera mayor controversia doctrinal. Fundamentándose en esta cláusula mantienen que la relación entre el delito de trata de seres humanos y el concreto delito de explotación, en este caso de determinación coactiva a la prostitución, es la propia de un concurso de delitos. La cláusula concursal vendría a impedir la consunción del delito de trata en el concreto delito de explotación obligando a penar ambas conductas delictivas.

En suma, estamos ante un concurso de delitos, y no de normas, en la medida en que ninguno de ellos por sí sólo absorbería todo el desvalor del hecho. El concurso de normas podría, además de dejar sin desvalorar el atentado contra la dignidad de la persona, conducir en estos casos paradójicamente a una atenuación de la pena para quien logra a través de los citados medios que la persona realice la actividad de prostitución en comparación con quien no consigue satisfacer tal fin.

La tesis que más acogida ha tenido ha sido la relativa a la aplicación de un concurso medial de delitos, que fue asumida por el Tribunal Supremo⁷⁵⁹, fundamentando

⁷⁵⁸ En este sentido, Sentencia del Tribunal Supremo 350/2008 de 17 junio de 2008: los delitos del Título VII del CP tiene por objeto conductas que determinan que el sujeto pasivo "no es capaz de decidir libremente" y admite que "los medios comisivos pueden ser múltiples y de muy diversa índole, aunque legalmente equiparados a efectos punitivos".

Según Sentencia del Tribunal Supremo 372/2005 de 17 de marzo, FJ 4ª: esta figura penal castiga la conducta consistente en determinar, empleando violencia, intimidación o engaño o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella. Es evidente que 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. De tal modo que, aunque no concurriera el abuso (compulsión existencial), si se diera alguno de los demás descritos en orden al cercenamiento de la voluntad de decisión de la víctima, el delito igualmente existiría.

⁷⁵⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 53/2014 de 4 de febrero de 2014, FJ. 12º. Más recientemente, la Sentencia del Tribunal Supremo 77/2019 de 12 de febrero de 2019, FJ. 5º y también en las Audiencias

su decisión en la ya mencionada disposición 9 del artículo 177 bis, en la imposibilidad de que el delito de trata puede absorber toda la gravedad de la conducta realizada cuando la finalidad de explotación sexual que le guía se consuma de forma efectiva, y en la percepción en cierto modo en la prostitución coactiva de un agotamiento de la conducta de trata, al constituir la trata una acción preparatoria de la prostitución coactiva posterior en la que se materializa la intencionalidad o finalidad del delito inicial. Todo ello le lleva a apreciar que existe una conexión lógica, temporal y espacial entre ambas conductas y a la identificación del delito de trata como un delito instrumento y de un delito fin en el delito de prostitución cuando en el caso concreto ha sido la trata lo que ha hecho posible la explotación de la prostitución de la persona tratada⁷⁶⁰. También es claro que el dolo de los sujetos activos ha abarcado la comisión de ambos delitos, al actuar siguiendo un plan preordenado⁷⁶¹. No obstante, en el término explotación sexual del art. 177 bis CP podrían incluirse otra serie de conductas sexuales como los espectáculos exhibicionistas o la pornografía que no tienen cabida en la tipificación de la determinación coactiva a la prostitución, siempre y cuando éstos sean impuestos a la víctima⁷⁶².

Únicamente de esta forma puede solventarse el dislate penológico injustificado que podría suponer con apreciar el concurso y, con ello, privilegiar penológicamente a aquellos tratantes que además de tratar con la persona han lesionado la libertad sexual de la persona al imponer el ejercicio de la prostitución a la víctima. De mantener la existencia de un concurso aparente de leyes tan sólo quedaría la posibilidad de acudir al principio de alternatividad que garantizaría la preferencia del delito de trata de personas al tener prevista una pena más grave. Tampoco ésta parecería la solución más adecuada pues esta conducta típica no abarca el plus de desvalor que conlleva la conducta⁷⁶³.

Provinciales: Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 2ª) núm. 29/2020 de 22 de enero de 2020.

⁷⁶⁰ En este sentido GONZÁLEZ TASCÓN, M.M., “Aspectos jurídico-penales de la explotación sexual de las personas adultas (...)”, Op. Cit., pp. 33 y 34.

⁷⁶¹ MONGE FERNÁNDEZ, A., “Aspectos concursales del delito de trata de seres humanos” en Santos Martín Ostos, J. D. L., *La tutela de la víctima de trata: una perspectiva penal, procesal e internacional*. Barcelona, J.M. Bosch Editor, 2019, Recuperado de <https://elibro.net/es/ereader/ual/121207?page=148>. p. 148.

⁷⁶² Vid. Sentencia del Tribunal Supremo 651/2006, de 5 de junio de 2006, F.J. 3º.

⁷⁶³ Esta solución puede verse en el voto particular formulado por el magistrado D. José Antonio Martín Pallín a la Sentencia del Tribunal Supremo 994/2005, 30 de mayo de 2005.

En oposición a lo anterior, algunas sentencias han considerado el concurso real de delitos⁷⁶⁴, pero de tratarse de un concurso real la única posibilidad de limitar el desmesurado resultado de penas a imponer vendría otorgado por la regla 1ª del art. 76 CP que determina el máximo de cumplimiento efectivo de la condena no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas, máximo que en este caso no podrá exceder de 20 años. Por ese motivo, la solución más adecuada es mantener que el delito de trata entrará en concurso, normalmente medial, con el correspondiente delito de explotación cuando se explote sexualmente a la víctima⁷⁶⁵.

En último lugar, cuando la trata desemboca en explotación sexual, obligando a la víctima a prostituirse e imponiéndole condiciones “laborales” perjudiciales para sus derechos, nos preguntamos si el delito de trata de personas podrá concurrir en estos casos no sólo con el delito de determinación coactiva a la prostitución sino también con el correspondiente delito contra los trabajadores. Y es que, en algunos casos, la explotación de la prostitución ajena se ha considerado una modalidad de explotación laboral, por lo que si a la persona prostituida se le impusiesen condiciones laborales que restrinjan o supriman sus derechos laborales se daría un concurso de delitos con el correspondiente delito contra los derechos de los trabajadores. El TJCE tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la naturaleza de la prostitución como actividad económica que puede ser ejercida por cuenta propia en el asunto *Jany* cuando se realiza de forma libre y voluntaria, o incluso de forma asalariada tal y como ha reconocido nuestro Tribunal Supremo⁷⁶⁶.

Sin ánimo de reiterar lo ya tratado en el apartado relativo a los elementos subjetivos del tipo, esta posibilidad la tenemos que rechazar, por la consideración ya formulada en el mismo, y que no es otra que negar el carácter laboral de la relación en base a que el art. 187 CP castiga con penas privativas de libertad al “*que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aún con el consentimiento de la misma*”, aun no siendo ilícita la existencia de trabajadores del sexo, no podría constituirse una relación

⁷⁶⁴ Sentencia del Tribunal Supremo 651/2006 de 5 de junio de 2006, F.J. 3º.

⁷⁶⁵ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Circular 5/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración, p. 65.

⁷⁶⁶ El Tribunal Supremo, sostiene un concepto amplio de ocupación laboral en el que ha venido incluyendo la dedicación a la prostitución. Vid Sentencia del Tribunal Supremo 208/2010 de 18 de marzo de 2010, F.J. 1º, Sentencia del Tribunal Supremo 1045/2003 de 18 de julio de 2003 F.J. 4º, Sentencia del Tribunal Supremo 293/2011 de 14 de abril de 2011, F.J. 4º. De forma temprana la Sentencia del Tribunal Supremo 1407/1991 de 12 de abril de 1991, F.J. 6º.

laboral por no poder existir un empresario del sexo, lo que impediría presumir que existe ajenidad y el resto de notas de laboralidad.

b) Prostitución de menores e incapaces (Art. 188 CP)

El Art. 188.1 CP castiga con pena de prisión de 2 a 5 años y multa de 12 a 24 meses al que “*induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o se lucre con ello, o explote de algún otro modo a un menor o a una persona con discapacidad para estos fines*”.

Estamos ante un delito común, el sujeto pasivo debe ser menor de edad o persona con discapacidad. En este caso si se incluye al incapaz, a diferencia del delito de trata de seres humanos cuando elimina el requisito de los medios comisivos (solo se refiere al menor), la condición de discapacidad podrá tenerse cuante como agravante.

Son conductas típicas inducir, promover, favorecer o facilitar, de modo que se configura como un tipo mixto alternativo, el delito se comete si el sujeto activo realiza cualquiera de las conductas descritas, pero aun cuando realiza varias, el delito es uno solo⁷⁶⁷. A diferencia de la prostitución de mayores de edad, los medios comisivos no son elementos del tipo sino agravantes, no siendo necesaria la violencia o intimidación para que se dé el tipo y, es un delito doloso que admite cualquier modalidad de dolo (directo, indirecto o eventual), el error vencible sobre la edad de la víctima determinará la atipicidad al no existir la modalidad imprudente⁷⁶⁸.

A continuación, establece una serie de agravaciones: Si la víctima es menor de 16 años, si se emplea violencia o intimidación, condición de autoridad, agente de esta o funcionario público, peligro para la vida o salud de la víctima, que el hecho sea cometido por dos o más personas y la pertenencia a organización. Añade la L.O. 8/2021, de 4 de junio, *de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia* dos

⁷⁶⁷ Vid. GUINARTE CABADA, G. Y VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., “Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores”, en (Coord.) Lameiras Fernández, M. y Orts Berenguer, E. *Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial*, 2014, p. 143.

⁷⁶⁸ Así en GUARDIOLA LAGO, M. J., “Delitos relativos a la prostitución y a la corrupción de menores” en (Coord.) Araceli Manjón-Cabeza Olmeda, Arturo Ventura Püschel; Gonzalo Quintero Olivares (Dir.), Juan Carlos Carbonell Mateu (Dir.), Fermín Morales Prats (Dir.), Nicolás García Rivas (Dir.), Francisco Javier Álvarez García (Dir.) *Esquemas de la parte especial del derecho penal (I)*, 2011, p. 181.

situaciones en el apartado 3: especial vulnerabilidad de la víctima y prevalimiento de situación de convivencia o parentesco.

El apartado 4 castiga, a diferencia del art. 187 CP al “cliente”, “*al que solicite, acepte u obtenga, a cambio de una remuneración o promesa, una relación sexual con una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección*”.

Respecto a la relación concursal con el delito de trata de seres humanos debemos remitirnos a lo ya dicho en relación con la conducta sobre mayores de edad del apartado anterior. El Tribunal Supremo ha apreciado unas veces concurso medial⁷⁶⁹ estableciendo la pena conforme a la regla segunda del art 77 CP, sancionando el concurso medial del delito de trata de personas del artículo 177 bis 1 con el delito de prostitución de menores del artículo 188.1 ° y 2° del Código penal, con la pena prevista para la infracción más grave en su mitad superior y, en otras el concurso ideal⁷⁷⁰. Coincidimos con la primera postura del tribunal a favor del concurso medial, pues creemos que es la trata lo que ha hecho posible la explotación de la prostitución de la persona tratada⁷⁷¹.

Finalmente, el artículo 189 CP castiga la captación de menores o incapaces con la finalidad de utilizarlos en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, junto a la utilización de estos con esos fines. Así como la captación y utilización de menores o incapaces para elaborar cualquier clase de material pornográfico.

En este caso, puede pensarse que estamos ante un concurso de leyes – concurso aparente de normas⁷⁷² –, pues tanto el art. 177 bis como el 189 se refieren a una captación y una finalidad de explotación. Será así si un solo tipo es suficiente para abarcar la total significación antijurídica del comportamiento punible⁷⁷³. Si atendemos al principio de especialidad (art. 8 CP) se aplicaría el art. 189 CP, el problema es que este prevé una pena

⁷⁶⁹ A modo de ejemplo véase la Sentencia del Tribunal Supremo 270/2016 de 5 abril de 2016.

⁷⁷⁰ Sentencia del Tribunal Supremo 396/2019 de 24 julio de 2019.

⁷⁷¹ Así se ha pronunciado la jurisprudencia más reciente Vid. Sentencia 307/2021 de 9 abril de 2021.

⁷⁷² La doctrina mayoritaria apuesta por la denominación concurso de leyes, pero algunos autores defendieron el término concurso aparente de normas como Sáinz-Cantero, J.A., *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*. 3ª Edición, Barcelona, 1990, p. 370. Así lo señala MORILLAS CUEVA, L., “De la concreción conceptual y alcance del concurso de leyes penales” en *El derecho penal en el siglo XXI Liber amicorum en honor al profesor José Miguel Zugaldía Espinar*, Tirant lo Blanch, 2021, p. 313.

⁷⁷³ Sentencia del Tribunal Supremo 39/2020 de 6 de febrero de 2020, FJ 2°.

menor que el delito de trata, cuestión que solo se puede superar si se aplica el principio de alternatividad.

C) Delito de extracción de órganos corporales (Art. 156 bis CP)

El Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 15 de noviembre de noviembre, en alude a la “extracción de órganos” como uno de los fines de explotación de la trata, pero su regulación específica se encuentra en la Resolución 59/156, de 20 de diciembre de 2004, relativa a la “Prevención, Lucha y Sanción contra el Tráfico de Órganos Humanos”⁷⁷⁴ y en la Declaración de Estambul sobre el Tráfico de Órganos y el Turismo de Trasplantes, celebrada del 30 de abril al 2 de mayo de 2008⁷⁷⁵.

La reforma de 2010 introdujo en nuestro Código penal el artículo 156 bis, que como señalaba el Preámbulo, *pretendía dar respuesta "al fenómeno cada vez más extendido de la compraventa de órganos humanos"*. El mismo dispone que los que de cualquier modo promovieren, favorecieren, facilitaren, publicitaren o ejecutaren el tráfico de órganos humanos serán castigados con la pena de prisión de seis a doce años tratándose del órgano de una persona viva y de prisión de tres a seis años tratándose del órgano de una persona fallecida. A continuación, establece una definición de “tráfico de órganos” como *“La extracción u obtención ilícita de órganos humanos ajenos. Dicha extracción u obtención será ilícita si se produce concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes:*

1.ª que se haya realizado sin el consentimiento libre, informado y expreso del donante vivo en la forma y con los requisitos previstos legalmente;

2.ª que se haya realizado sin la necesaria autorización exigida por la ley en el caso del donante fallecido,

3.ª que, a cambio de la extracción u obtención, en provecho propio o ajeno, se solicitare o recibiere por el donante o un tercero, por sí o por persona interpuesta, dádiva

⁷⁷⁴ Vid. Resolución 59/156, de 20 de diciembre de 2004, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas A/RES/59/156.

⁷⁷⁵ Conferencia Internacional sobre Turismo de Trasplante y Tráfico de Órganos. Vid. www.declarationofistanbul.org.

o retribución de cualquier clase o se aceptare ofrecimiento o promesa. No se entenderá por dádiva o retribución el resarcimiento de los gastos o pérdida de ingresos derivados de la donación.

La preparación, preservación, almacenamiento, transporte, traslado, recepción, importación o exportación de órganos ilícitamente extraídos y el uso de órganos ilícitamente extraídos con la finalidad de su trasplante o para otros fines.

El apartado segundo castiga a los que, en provecho propio o ajeno:

a) solicitaren o recibieren, por sí o por persona interpuesta, dádiva o retribución de cualquier clase, o aceptaren ofrecimiento o promesa por proponer o captar a un donante o a un receptor de órganos;

b) ofrecieren o entregaren, por sí o por persona interpuesta, dádiva o retribución de cualquier clase a personal facultativo, funcionario público o particular con ocasión del ejercicio de su profesión o cargo en clínicas, establecimientos o consultorios, públicos o privados, con el fin de que se lleve a cabo o se facilite la extracción u obtención ilícitas o la implantación de órganos ilícitamente extraídos.

Esta regulación fue objeto de diversas críticas, se criticó su ubicación sistemática en los delitos de lesiones, la indeterminación de las conductas típicas, el bien jurídico tutelado y la elevada sanción.

El artículo 156 bis preveía en su primer apartado un tipo mixto alternativo que implica varias conductas como promover, favorecer, facilitar, publicitar o ejecutar y, a su vez éste tres hechos delictivos (conductas de extracción, preparación y uso de los órganos). El legislador describe, por tanto, tres fases sucesivas que conforman el proceso completo del tráfico de órganos humanos y se sancionan de la misma forma. El segundo apartado, por su parte, sanciona las conductas de recepción y ofrecimiento con conocimiento del origen ilícito. El precepto continúa con una serie de agravaciones en los casos contemplados, disponiendo el apartado noveno que las penas previstas para el delito de tráfico de órganos humanos se impondrán sin perjuicio de las que puedan corresponder por el delito del artículo 177 bis del CP, y demás delitos efectivamente cometidos⁷⁷⁶.

⁷⁷⁶ Véase PÉREZ FERRER, F. “Nuevos desafíos del delito (...)”, Op. Cit., p. 114.

En 2019 esta regulación cambia a través de la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero⁷⁷⁷. El motivo esencial alegado por el legislador en el apartado VI del Preámbulo de la Ley Orgánica para justificar la reforma es llevar a cabo una armonización de nuestra figura delictiva con las previsiones del Convenio. Como argumento adicional se aduce la necesidad de fortalecer el sistema instaurado por la Ley 30/1979 “*ante la constatación de riesgos crecientes, tales como la proliferación de grupos de delincuencia organizada de carácter transnacional que hacen uso de la violencia, el engaño o las amenazas, o aprovechan situaciones de precariedad del supuesto donante para adquirir altos beneficios*”.

El legislador ha decidido mantener la tan criticada ubicación del precepto entre los delitos de lesiones y la elevadísima penalidad en los tipos básicos. Por si fuera poco, la obligación de imponer la pena superior en grado cuando concurra alguno de los nuevos tipos agravados, según los casos en su mitad superior, permite condenas que pueden alcanzar en varios supuestos los dieciocho años de prisión, como consecuencia de la acumulación de agravaciones se puede llegar hasta los veintisiete años de prisión. Además, el nuevo art. 156 bis amplía todavía en mayor medida el ámbito de lo punible, a lo que se añade la equiparación de conductas que poseen un desvalor muy dispar.

El art. 156 bis CP, de manera queda estructurado ahora como seguidamente se expone:

El apartado 1 tipifica *la promoción, favorecimiento, facilitación, publicitación o ejecución del tráfico de órganos humanos*, y a continuación ofrece una definición de «tráfico de órganos humanos». En primer lugar, se considera tráfico la extracción u obtención ilícita de un órgano ajeno, determinando la ilicitud de la extracción u obtención la concurrencia de cualquiera de estas tres circunstancias: *1.ª falta de consentimiento libre, informado y expreso del donante vivo; 2.ª falta de autorización legal en el caso del donante fallecido; y 3.ª que a cambio de la extracción u obtención del órgano el donante o un tercero hayan solicitado, recibido o aceptado ofrecimiento de dádiva o retribución, sin que se considere como tales el resarcimiento de los gastos o la pérdida de los ingresos*

⁷⁷⁷ Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para transponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional.

derivados de la donación. En segundo lugar, se entiende por tráfico de órganos también *la preparación, preservación, almacenamiento, transporte, traslado, recepción, importación o exportación de órganos ilícitamente extraídos.* En tercer y último lugar, *es considerado tráfico el uso de órganos ilícitamente extraídos con la finalidad de su trasplante o para otros fines.*

Uno de los cambios en la redacción más importantes afecta al objeto al que han de ir referidas las conductas típicas, dado que el precepto indica ahora expresamente que objeto del tráfico pueden serlo tanto los órganos de personas vivas como los de fallecidas, en la línea del Convenio y de otros textos internacionales anteriores, como la Directiva 2010/45/UE. En realidad, el tenor literal del art. 156 bis en su versión de 2010 no excluía el tráfico con órganos de fallecidos, sino que se limitaba a indicar que las conductas típicas habían de recaer sobre «órganos humanos ajenos». Sin embargo, la mayoría de la doctrina se mostraba favorable a excluir del tipo los supuestos de tráfico con órganos de fallecidos, interpretando el término «ajeno» como «órgano de otro», es decir, de otra persona viva, distinta del donante. Así lo hacían quienes entendían que el precepto protegía exclusivamente el bien jurídico integridad física y salud del donante⁷⁷⁸.

Antes de entrar en el análisis jurídico, debemos mencionar que la doctrina se ha planteado, qué debe entenderse por “órganos”, ya que el Código penal no ofrece ninguna definición al respecto. Tanto las normas nacionales como las internacionales que regulan la donación y el trasplante de órganos, por el contrario, ofrecen una misma definición de “órgano”. La Directiva 2010/45/UE establece que el “órgano” es *“una parte diferenciada del cuerpo humano formada por diferentes tejidos, que mantiene su estructura, vascularización y capacidad para desarrollar funciones fisiológicas con un gran nivel de autonomía. Se considera, asimismo, órgano la parte de este cuya función sea la de ser utilizada en el cuerpo humano con la misma finalidad que el órgano completo, manteniendo los requisitos de estructura y vascularización”* (art. 3). También se ha acogido idéntico concepto de “órgano” en el Convenio contra el Tráfico de órganos humanos del Consejo de Europa (art. 2). Y, ejemplificando esta definición, que reproduce literalmente, el Real Decreto 1723/2012 enumera los siguientes órganos: *“los riñones, el corazón, los pulmones, el hígado, el páncreas, el intestino y cuantos otros con similar*

⁷⁷⁸ GARCÍA ALBERO, “El nuevo delito de tráfico (...), Op. Cit., p. 187.

criterio puedan ser obtenidos y trasplantados de acuerdo con los avances científicos y técnicos”⁷⁷⁹. De manera que quedará fuera del ámbito de aplicación de este tipo penal la trata de seres humanos con fines de extracción de tejidos o células.

En segundo lugar, debe concretarse la acción “*extracción*”, la extirpación, que se define en el Diccionario de la RAE como “*la operación quirúrgica, quitar un órgano o una formación patológica*” y que también se sanciona en los artículos 149 y 150 del Código penal.

a) Bien jurídico protegido

La determinación del bien jurídico protegido es una cuestión controvertida, en este sentido nos remitimos para evitar reiteraciones innecesarias a lo dicho en el apartado relativo a los elementos subjetivos del tipo, en que destacaban tres posiciones: una referente a su ubicación sistemática y su concreta configuración típica que apuntan a la tutela de un interés individual (salud del donante), otra, que sostiene que su incriminación específica sólo tiene sentido desde el punto de vista de la protección de un interés supraindividual (salud pública, y concretamente sistema nacional de trasplantes) y, finalmente, el carácter pluriofensivo de este tipo.

b) Sujetos

El artículo 156 bis 1 CP se configura como un delito común que puede llevar a cabo cualquier persona física (o persona jurídica en virtud del nuevo apartado 7), mientras que el delito previsto en el apartado 3 del mismo precepto, sería un delito especial, que solo puede realizar el receptor del órgano. La mención de la ajenidad respecto de los órganos excluía de la punición al donante. No obstante, el nuevo artículo 156 bis 1 CP parece construirse también sobre el requisito típico de la ajenidad del órgano, en determinados casos permite considerar “ajeno” al órgano propio. Así, el artículo 156 bis 1 letra a) 3ª CP establece una interpretación auténtica de tráfico de órganos cuando dispone lo siguiente: “*A estos efectos, se entenderá por tráfico de órganos humanos: la extracción u obtención ilícita de órganos humanos ajenos. Dicha extracción u obtención será ilícita si se produce concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes: (...) 3ª. que, a cambio de extracción u obtención, en provecho propio o ajeno, se solicitare o*

⁷⁷⁹ artículo 3 del RD 1723/2012. Concepto también aceptado por la doctrina mayoritaria. Véase TAMARIT SUMALLA, J., “Artículo 156 bis”, Op. Cit., p. 1078.

recibiere por el donante o un tercero, por sí o por persona interpuesta, dádiva o retribución de cualquier clase o se aceptare ofrecimiento o promesa. No se entenderá por dádiva o retribución el resarcimiento de los gastos o pérdida de ingresos derivados de la donación”⁷⁸⁰.

Respecto al sujeto pasivo, dado que estamos ante un delito pluriofensivo, será la sociedad y también el donante del órgano afectado.

c) Conducta típica

El artículo 156 bis del Código Penal se configura como un tipo mixto alternativo que castiga conductas de muy distinta significación (promover, favorecer, facilitar, publicitar o ejecutar), vinculadas a alguno de estos tres comportamientos de referencia: la extracción u obtención ilícita de órganos humanos ajenos; la preparación, preservación, almacenamiento, transporte, traslado, recepción, importación o exportación de órganos ilícitamente extraídos, o el uso de órganos ilícitamente extraídos con la finalidad de su trasplante o para otros fines. Basta con que, de forma alternativa, se lleve a cabo cualquiera de las conductas anteriores para que se considere realizado el tipo⁷⁸¹.

El apartado 9 dispone que *“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 177 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos”*.

El delito de trata de seres humanos con fines de extracción de órganos se articula sobre la base de tres elementos: la acción, los medios de determinación de la voluntad de la víctima y la finalidad de extracción de órganos corporales. La Circular 5/2011 manifestó que *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 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 trasplante*.

Respecto al elemento subjetivo del delito, estamos ante un tipo de comisión dolosa, ya que su autor debe tener conocimiento de la ilegalidad de su conducta y, pese a

⁷⁸⁰ PÉREZ FERRER, F. “Nuevos desafíos del delito (...)”, Op. Cit. p. 111.

⁷⁸¹ Ibidem. pp. 114-115.

ello, voluntad de llevarlo a cabo. Algunos autores señalan que podría bastar para ello con la concurrencia de dolo eventual, no siendo necesario que conozca con seguridad todas las circunstancias típicas, sino simplemente que las tenga por posibles⁷⁸².

El concepto de tráfico ilegal de órganos mantenido en instancias internacionales es prácticamente coincidente con la definición que de la trata de seres humanos con fines de extracción de órganos se mantiene en el Protocolo de Palermo, el Convenio de Varsovia y la Directiva 2011/36, en la Declaración de Estambul el objeto de la trata ya incluía a las personas fallecidas o sus órganos. El delito de tráfico ilegal de órganos se articula, por tanto, como una forma específica de tratar con personas, con la finalidad de extraer sus órganos para un ulterior trasplante. También en el ámbito de la Unión Europea, la Directiva 2010/45/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre normas de calidad y seguridad de los órganos humanos destinados al trasplante, en su Considerando 7, muestra la relación existente entre tráfico ilegal de órganos y la trata de seres humanos con el fin de extraer los órganos.

No obstante, desde un punto de vista internacional no todas las conductas que configuran el delito de tráfico de órganos humanos son subsumibles en el tipo penal de trata de personas. De acuerdo con la Declaración de Estambul, el tráfico de órganos abarcaría el tráfico de células y tejidos humanos. Sin embargo, este supuesto ha sido expresamente excluido por el Legislador de entre el catálogo de conductas típicas del delito.

Por lo que se refiere al concurso con el delito de trata de seres humanos, la captación de una persona, con alguno de los medios comisivos propios de la trata, para la extracción de sus órganos podría calificarse como una forma de favorecer o facilitar la obtención o el tráfico ilegal de órganos, produciéndose el problema concursal. Según alguno puede existir un concurso de leyes entre el art. 177 bis y el 156 bis CP cuando la persona tratada lo ha sido con la finalidad de extraerle el órgano para su posterior trasplante o bien para traficar con el mismo⁷⁸³, debiendo acudir al principio de especialidad a favor del delito de tráfico de órganos (art.8 CP).

⁷⁸² En este sentido GONZÁLEZ BARNADAS, O.: “El delito de tráfico de órganos humanos en el ordenamiento jurídico español”, *DS: Derecho y Salud*, Vol. 27, núm. 2, 2017, 134.

⁷⁸³ VILLACAMPA ESTIARTE, C. “El delito de trata de seres humanos. Una incriminación (...)”, *Op. Cit.*, p. 438-439

Otros abogan, en oposición, por la existencia de un concurso de delitos en estos casos. De modo que el delito tráfico de órganos se configuraría como el delito de explotación debiendo apreciarse la existencia de un concurso de delitos⁷⁸⁴, ideal para algunos o medial según las circunstancias⁷⁸⁵.

Antes se sostenía que cuando a la persona a la que se le va a extraer un órgano ha sido captada mediante el pago de una cantidad de dinero o cualquier otro tipo de beneficio económico, sin la presencia de ningún otro medio comisivo (salvo que se tratase de un menor) no existe una coincidencia entre ambos delitos porque en el delito de trata de seres humanos el ofrecimiento de pagos o beneficios económicos no se incluía como medio comisivo, por lo que no habrá coincidencia, debiéndose aplicar en estos casos el delito de tráfico de órganos, salvo que la víctima fuese un menor⁷⁸⁶. Postura que ya no es sostenible, pues en la actualidad el ofrecimiento de pagos si es un medio comisivo del delito de trata de seres humanos.

Desde que entró en vigor el ilícito del artículo 177 bis del Código penal no ha recaído ninguna sentencia condenatoria por trata de seres humanos con fines de extracción de órganos. Sin embargo, la SAP de Barcelona 793/2016, de 13 de octubre, confirmada por la STS 710/2017, de 27 de octubre, contempla hechos que podrían haber sido calificados de trata de seres humanos con fines de extracción de órganos.

El primero de ellos se dio a conocer en marzo de 2014. La Policía Nacional detuvo a cinco personas que habían ofrecido 40.000 euros a inmigrantes sin recursos para que se prestaran a la extracción del hígado. En relación con este caso se ha dictado la SAP de

⁷⁸⁴ No procede entender desplazada la trata (subsidiariedad-concurso de leyes) según GARCÍA ALBERO, “El nuevo delito de tráfico de órganos”, en Álvarez García, F. J., (Dir.), González Cussac, J. L., (Dir.) *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Edit. Tirant lo Blanch, 2010, p. 192.

También en VILLACAMPA ESTIARTE, C., “El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde (...)”, Op. Cit., y PÉREZ FERRER, F.: “Sobre el delito de trata de seres humanos en el Código Penal español tras la reforma de la LO 1/2015, de 30 de marzo”, *Estudios jurídico-penales y criminológicos en homenaje al Prof. Lorenzo Morillas Cueva*, Suarez López, J.M./ Barquín Sanz, J./Benítez Ortúzar, I./Jiménez Díaz, M.J./Sáinz-Cantero Caparrós, J. E. (Coord.), Vol. 2, 2018, pp. 1471 ss.

⁷⁸⁵ MUÑOZ CONDE F., “Derecho penal. Parte Especial”, Op. Cit., p. 134

⁷⁸⁶ GÓMEZ TOMILLO, M., “Artículo 156 bis” en Manuel Gómez Tomillo (Dir.) *Comentarios al Código Penal*, 2011. p. 620; En el mismo sentido, VILLACAMPA ESTIARTE, El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el derecho internacional”, Op. Cit., p. 438-439; SANTANA VEGA, D., “Título VII bis de la trata (...)”, Op. Cit.,

Reforma LO 5/2010, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p.425; FGE, Circular 5/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración, p.26.

Valencia 482/2019, de 7 de octubre⁷⁸⁷. En ella se afirma que cuatro personas “buscaron a personas sin recursos o en situación de necesidad económica con el fin de localizar bajo precio o mediante otro tipo de recompensas un donante vivo de hígado con el objeto de recibirlo mediante trasplante”. Contactaron con varias personas, “todas en situación especialmente vulnerable bien por su procedencia o además por su situación de penuria económica”, a las que se efectuaron las pruebas para comprobar su compatibilidad con el receptor (un acaudalado libanés) en una clínica de Valencia. Los hechos relatados, según disponía el auto que dio lugar al proceso penal (auto de procedimiento del Juzgado de Instrucción n.º 3 de Valencia, de 2 de julio de 2015), revisten los caracteres de un delito de tráfico de órganos del artículo 156 bis del Código penal, así como de otro de trata de seres humanos con fines de extracción de órganos del artículo 177 bis 1 d). Sin embargo, en la sentencia solo se ha condenado en aplicación del delito del artículo 156 bis.

El segundo caso de trata de seres humanos con fines de extracción de órganos enjuiciado en España es el único que por el momento ha concluido con una sentencia condenatoria, aunque en aplicación del artículo 156 bis del Código penal. Se trata de la SAP de Barcelona 793/2016, de 13 de octubre⁷⁸⁸. En esta sentencia se condena a cuatro personas: dos hermanos, su padre y un amigo de la familia. Los hechos probados, en relación estrictamente con la trata de seres humanos con fines de extracción de órganos, son los siguientes: A uno de los hermanos se le diagnosticó una hipertensión arterial renal y después de diversas semanas de tratamiento de hemodiálisis fue derivado a un hospital para recibir un trasplante. Sin embargo, los cuatro procesados se encargaron de buscar un potencial donante vivo.

Finalmente, el elegido fue un ciudadano marroquí en situación irregular en España “*con importantes limitaciones idiomáticas (al menos para expresarse), quien no tenía vínculo familiar alguno en nuestro país, y que residía en una vivienda ocupada por*

⁷⁸⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 482/2019 de 7 de octubre de 2019, en un caso de tráfico de órganos en que el procesado del Líbano, quejado de una enfermedad hepática que requería trasplante de hígado y sabedor del prestigio de esta cirugía en nuestro país, decide contactar con familiares suyos residentes en España, para que realicen gestiones para encontrar donantes vivos. Los procesados contactaron con la Clínica Quirón de Valencia y encargaron la realización de pruebas a ocho pacientes, en concreto analítica completa resonancia magnética y TAC abdominal, todo ello encaminado a saber si las personas contactadas eran aptas para ser donante, todas estas personas eran especialmente vulnerables tanto por su procedencia, como por su penuria económica.

⁷⁸⁸ Confirmada por Sentencia del Tribunal Supremo 710/2017 de 27 de octubre de 2017.

personas sintecho [...] y subsistía pidiendo limosna o trabajo a la gente. Dicha situación de extrema necesidad fue aprovechada por los procesados quienes ofrecieron al futuro donante la cantidad aproximada de 6.000 euros si aceptaba entregar uno de sus riñones al enfermo". Puesto que eran compatibles y superaron el preoperatorio, debían acreditar ante el Comité Ético del hospital correspondiente y ante el Juzgado del Registro Civil que tramitaría el expediente de Jurisdicción voluntaria relativo a la donación inter vivos de un órgano vital, la supuesta relación de amistad existente entre el potencial receptor y el potencial donante. En ejecución de un plan concebido por los condenados y con el fin de cumplir con tal requisito, concertaron cita en la Notaría para elaborar un documento de declaración jurada acreditativo de la supuesta amistad entre ambos. Sin embargo, una vez en la Notaría, el potencial donante, temeroso de las consecuencias que para su salud podría tener someterse a la operación de trasplante, se negó a firmar⁷⁸⁹.

Por estos hechos probados se condenó al enfermo, en virtud del artículo 156 bis.2, a la pena de prisión de 4 años y al resto de los intervinientes en los hechos (excepto al potencial donante), en virtud del artículo 156 bis.1, a la pena de prisión de 6 años. No obstante, estos hechos deberían haber dado lugar, en coherencia con el razonamiento jurídico que se expone en la resolución, a una condena en aplicación del delito de trata de seres humanos con fines de extracción de órganos (art. 177 bis.1. d) y no del ilícito penal de tráfico de órganos humanos (art. 156 bis)⁷⁹⁰.

D) Delito de matrimonio forzado (Art. 172 bis CP)

Ya precisamos en el apartado en que concretamos las distintas finalidades de explotación los problemas terminológicos que plantea el reciente delito de matrimonio forzado del artículo 172 bis del CP, así como el tratamiento penal que nuestro ordenamiento jurídico da al mismo. Definíamos el matrimonio forzado como aquel celebrado entre dos personas en que al menos una de ellas está coaccionada o amenazada. Y veíamos cómo la tipificación expresa en el ámbito penal de los matrimonios forzados

⁷⁸⁹ *Ibidem*.

⁷⁹⁰ Se exponen los argumentos en contra del fallo de esta resolución judicial en MOYA GUILLEM, C., "Aproximación crítica a la primera sentencia por tráfico de órganos (Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 793/2016, de 13 de octubre de 2016)", *Diario La Ley*, n.º 8895/2017.

ha sido recibida con división de opiniones, entre quienes están a favor de la regulación penal y quienes denuncian la incorrección técnica.

El apartado primero del art.172 bis CP sanciona a quien “*con intimidación grave o violencia compela a otra persona a contraer matrimonio*”. Estamos ante una modalidad de coacciones en la que el sujeto pasivo es obligado a hacer algo, en este caso, contraer matrimonio, contra su voluntad. Delito común, en el que el sujeto activo puede ser cualquier persona⁷⁹¹. Modalidad de coacción cuyo bien jurídico es la libertad de ejecutar las decisiones previamente adoptadas, es decir, ejecutar lo ya decidido y no la libertad en el proceso de toma de la decisión.

Algunos autores entienden que no exige que se produzca el resultado pretendido, de manera que la eventual celebración del matrimonio formaría parte del agotamiento del delito, el cual de conformidad a los artículos 45 y 73 del CC⁷⁹², sería nulo por falta de consentimiento. Por ello, en tanto que tiene la misma penalidad que el tipo básico de coacciones del art. 172.1 CP, su utilidad ha sido discutida por la doctrina. En cualquier caso, el matrimonio forzado debe presentarse como inminente al tiempo de producirse los actos de grave intimidación o violencia. Por el contrario, si tenemos en cuenta el artículo 61 del Código Civil que establece que “*el matrimonio produce efectos desde su celebración*”, la consumación se producirá cuando la persona compelida haya contraído

⁷⁹¹ CISNEROS ÁVILA, F., “Reflexiones sobre el delito de matrimonio forzado del artículo 172 bis del CP”, *Diario La Ley*, n. ° 9072, Sección Tribuna, 2017, Editorial Wolters Kluwer.

⁷⁹² Art. 73 CC: es nulo, cualquiera que sea su forma de celebración: 1) el matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial (en esta causa de nulidad se subsume el matrimonio de conveniencia). 2) El matrimonio celebrado entre personas a que se refieren los arts. 46 y 47 CC (menores no emancipados, los que están ligados con vínculo matrimonial, los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción y los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado, los condenados por haber participado en la muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal) (en esta causa de nulidad se van a subsumir el matrimonio prematuro, la bigamia, el matrimonio inválido); 3) el que se contraiga sin la intervención del Juez, Alcalde o funcionario ante quien deba celebrarse, o sin la de los testigos (en esta causa de nulidad se subsume el matrimonio inválido); 4) el celebrado por error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento (en esta causa de nulidad se subsume el matrimonio inválido); y 5) el contraído por coacción o miedo grave (dependiendo de quién provoque la coacción o el miedo, en esta causa de nulidad se subsume el matrimonio forzado o el matrimonio inválido), Véase PARDO MIRANDA, M. “¿Era necesario un tipo específico de coacciones para el delito de matrimonio forzado?: analizando el art. 172 bis del código penal”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, n. ° 20, 2019, p. 7.

el matrimonio y no con el simple ejercicio de la violencia o intimidación que no consiga su propósito⁷⁹³.

Respecto a los sujetos de este delito, el art.172 bis se configura como delito común sin que el tipo requiera especiales condiciones del sujeto activo. Lo serán tanto la persona que obliga a celebrarlo, como un tercero ajeno a la relación matrimonial interesado en que se produzca, incluso un tercero de buena fe. En relación con el sujeto pasivo, téngase presente que el sujeto pasivo puede ser hombre o mujer. Sin obviar que lo estudios indican una mayor prevalencia del fenómeno entre las mujeres y niñas⁷⁹⁴.

Nos interesa en este apartado, la relación de concurso que podemos apreciar entre este delito y el delito de trata de seres humanos y es que el legislador en 2015 reconoció el matrimonio forzado como uno de los fines a los que puede ser destinada la víctima del delito de trata de seres humanos. Justificó la incorporación del matrimonio forzado en el ámbito de la trata de seres humanos invocando la Directiva 2011/26/UE, relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y, más en concreto, el reconocimiento que la misma efectúa al matrimonio forzado como uno de los fines a los que pueden ser destinadas las víctimas de trata. Como se ha encargado ya de poner de manifiesto la doctrina y como indicábamos *supra*, la Directiva no obligaba al Estado español a tipificar el matrimonio forzado como modalidad de trata, puesto que el texto europeo no se refiere a este fenómeno en el articulado sino meramente entre sus considerandos. Otra cosa es, que el matrimonio forzado pueda reunir los caracteres propios del delito de trata⁷⁹⁵.

Se ha interpretado mayoritariamente como un concurso real de delitos⁷⁹⁶, si bien en este contexto resulta más acertado el concurso medial ya que la conducta del traslado constituye medio necesario para llevar a cabo el matrimonio forzado y ejecutar el tipo⁷⁹⁷.

⁷⁹³ GUINARTE CABADA, G., “El nuevo delito de matrimonio (...), Op. Cit., p.563.

⁷⁹⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, C. y TORRES ROSELL, N., “El matrimonio forzado en España. Una aproximación empírica”. *Revista Española de Investigación Criminológica*, 2019, 17: 1-32. Sobre una muestra real de 150 entidades prestadoras de servicios a víctimas, 62 de las cuales habían identificado a víctimas de matrimonios forzados, rellenando 57 fichas de víctimas, les permitió identificar que todas las víctimas eran mujeres, menores de 21 años en un 77% de los casos (en el 33% menores de edad), en su mayor parte procedentes del Magreb (42%) o África subsahariana (25 %), aun cuando había un 21% de españolas, que mayoritariamente profesaban religión musulmana (69%).

⁷⁹⁵ En este sentido véase TORRES ROSELL, N., “Matrimonio forzado (...)”, Op. Cit., p. 901.

⁷⁹⁶ En este sentido TORRES ROSELL, N., “Matrimonio forzado (...)”, Op. Cit., pp. 1175 y 1176.

⁷⁹⁷ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “El delito de Trata de Seres Humanos (...)”, Op. Cit., p. 456.

Otros autores entienden que se trata de un concurso de normas y que el delito de trata debería reservarse para aquellos supuestos más graves en que se produjera un atentado a la dignidad de un individuo.

No obstante, el art. 177 bis CP es más amplio en la determinación de los medios utilizables que el art. 172 bis CP, al incluir la intimidación no necesariamente grave, el engaño o el abuso de necesidad o vulnerabilidad, ello podría hacer que aquél se apreciara en más casos que este último. Y, además, tal art. 177 bis CP sería aplicable, y con una pena notablemente superior, también en aquellos ejemplos en que la violencia o intimidación se ejercieran, pero el matrimonio forzado no llegara a celebrarse.

El apartado 2 del artículo 172 bis castiga a *“quien con la finalidad de cometer los hechos a los que se refiere el apartado anterior, utilice violencia, intimidación grave o engaño para forzar a otro a abandonar el territorio español o no regresar al mismo”*

Más dudosa se perfila la relación concursal con esta conducta, habida cuenta de que el núm. 2 del art. 172 bis CP contempla un supuesto antecedente a la propia perfección del matrimonio que bien podría integrar un caso de trata ahora ya sancionable sin duda vía art. 177 bis CP habida cuenta de los medios comisivos que requiere que el art. 172 bis 2 CP, aunque con una pena sustancialmente inferior a la que corresponde al tipo básico de la trata. Parece un supuesto de trata tipificado al margen del delito contemplado en el art. 177 bis CP cuya necesaria pervivencia, por el efecto distorsionador que puede provocar, cabe poner en duda. Más allá de dicha interpretación, que puede convertir en superfluo el tipo del art. 172 bis.1 CP, una de las posibilidades para otorgar cierto sentido al precepto pasa por considerar que puede constituir una cláusula de salvaguarda o de cierre del sistema que permita la incriminación de conductas de forzamiento antecedentes a la realización de matrimonios forzados que no quepan en la tipicidad del delito de trata de seres humanos, por no integrar ninguna de las conductas previstas en el art. 177 bis.1 CP⁷⁹⁸.

Además, dicha conducta también se podría incardinar en el tipo agravado de coacciones del párrafo segundo del delito del artículo 172.1 CP, que establece que

⁷⁹⁸ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La trata de seres humanos tras la reforma (...)”, Op. cit., pp. 7 y 8. Disponible en: <http://liberata.org/wp-content/uploads/2016/03/2015-La-Trata-de-Seres-Humanos-tras-la-Reforma-del-Co%CC%81digo-Penal-2015.pdf>

«cuando la coacción ejercida tuviera como objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental se le impondrán las penas en su mitad superior, salvo que el hecho tuviera señalada mayor pena en otro precepto de este Código», pues forzar a una persona a abandonar el territorio español o a no regresar al mismo vulnera un derecho humano, en concreto el establecido en el artículo 13.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que establece que «*toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso el propio y a no regresar a su país*»⁷⁹⁹.

Por último, señalar que la subsunción del matrimonio forzoso en el delito de trata de seres humanos ya era legalmente posible en el ordenamiento jurídico español, ya que la Convención suplementaria respecto de la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud dispone en su art. 1 que todas las formas de matrimonio forzoso son definidas como prácticas análogas a la esclavitud, que reducen a uno de los cónyuges a la condición de una persona sobre la que se ejercen una parte o la totalidad de los poderes atribuidos al derecho de propiedad.

6.4. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (Art. 318 bis CP)

La Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, regulaba en el artículo 313.1 la inmigración clandestina de trabajadores⁸⁰⁰, pero los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros se incorporaron al Código penal con el artículo 318 bis de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social⁸⁰¹. Con posterioridad fue objeto de varias reformas por la Ley orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de extranjeros; por la Ley orgánica

⁷⁹⁹ Consejo General del Poder Judicial: Comisión de estudios e informes. Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, pp. 142. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-PoderJudicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-anteproyecto-de-Ley-Organica-por-el-que--semodifica-la-Ley-Organica-10-1995--de-23-de-noviembre--del-Codigo-Penal>

⁸⁰⁰ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. El Artículo 313 castigaba a *El que promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España, será castigado con la pena prevista en el artículo anterior. Seguidamente castiga con la misma pena a el que, simulando contrato o colocación, o usando de otro engaño semejante, determinare o favoreciere la emigración de alguna persona a otro país.*

Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1995-25444>

⁸⁰¹ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-544>

13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas; por la Ley orgánica 5/2010, de 22 de junio, que separa del art. 318 bis el delito de trata de seres humanos y; por último, por la Ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

La Ley orgánica 4/2000 amplía la tutela penal contra el tráfico ilegal a todas las personas, sean o no trabajadoras. El Título III se denomina «*De las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador*», añadiendo al Código penal vía disposición final segunda un nuevo Título XV bis innominado «*Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*», cuyo único artículo, el 318 bis, castigaba, con la denominación de tráfico ilegal de personas, tanto la trata de seres humanos, como la inmigración clandestina.

La LO 4/2000 carecía de una Exposición de Motivos que justificara la introducción del artículo 318 bis, algunos autores se mostraron a favor de este porque entendían que venía a paliar una laguna legal, la imposibilidad de castigar la criminalidad que se producía entorno a la inmigración cuando la finalidad de ésta no era ni la laboral, ni la explotación sexual, o dicha finalidad no quedaba acreditada⁸⁰².

El artículo 318 bis surgido de la Ley orgánica 11/2003 incrementa las penas y diferencia entre tráfico ilegal e inmigración clandestina, y, su apartado 2 señalaba que «*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*»⁸⁰³. Uno de los

⁸⁰² RODRÍGUEZ MESA, M. J., “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, Edit. Tirant lo Blanch, 2001, pp. 17. Entre otros.

⁸⁰³ Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. Su exposición de motivos número IV dispone que La modificación de los artículos 318 y 318 bis del Código Penal (y la necesaria adaptación técnica a los mismos del 188) tienen como finalidad *combatir el tráfico ilegal de personas, que impide la integración de los extranjeros en el país de destino*. La Unión Europea ha desplegado un notable esfuerzo en este sentido, ya que el Tratado establece, entre los objetivos atribuidos a la Unión, la lucha contra la trata de seres humanos, aproximando cuando proceda las normas de derecho penal de los Estados miembros. La prioridad de esta acción se recordó en el Consejo Europeo de Tampere, y se ha concretado en las recientes iniciativas del Consejo para 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.

Nuestro ordenamiento jurídico ya recogía medidas para combatir este tipo de delincuencia, realizando la presente reforma una tarea de consolidación y perfeccionamiento de las mismas. El nuevo texto contiene un importante aumento de la penalidad al respecto, estableciendo que el tráfico ilegal de personas -con independencia de que sean o no trabajadores- será castigado con prisión de cuatro a ocho años. Con ello, los umbrales de penas resultantes satisfacen plenamente los objetivos de armonización que

objetivos principales de la reforma fue que el nuevo texto del artículo 318 bis contuviera un importante aumento de la penalidad, y satisfacer así los objetivos de armonización que se contienen en la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, de 19 de julio de 2002 destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares⁸⁰⁴.

Con anterioridad a la reforma del artículo 318 bis CP por la Ley Orgánica 11/2003, se distinguían tres conductas punibles de tráfico de personas sancionada cada una de ellas por un tipo penal diferente: tráfico de personas en general del artículo 318 bis, tráfico de trabajadores del artículo 313.1 y tráfico sexual del artículo 188.2. La concurrencia de los tres tipos ocasionaba algunos problemas de concursos de normas que se resolvían, según la doctrina mayoritaria y la circular de la Fiscalía General del Estado 1/2002, acudiendo al principio de especialidad⁸⁰⁵.

La Ley de 2003 introdujo en la conducta típica la “inmigración clandestina” como alternativa al tráfico ilegal de personas y se amplió considerablemente el alcance de esta al incluir los términos "directa o indirectamente" en la descripción típica.

Años más tarde la Ley orgánica 13/2007 solo modifica el apartado 1 del artículo 318 bis del Código penal, ampliando su ámbito territorial, pues en las dos anteriores redacciones se decía «*desde, en tránsito o con destino a España*», y después, habla de «*desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea*».

Como sabemos, la situación descrita terminó con la Ley orgánica 5/2010 que separa ambos delitos, por un lado, tipifica la trata de seres humanos en el artículo 177 bis, de otra parte, la inmigración clandestina en el 318 bis. Esta derogación planteó varias cuestiones. Por un lado, el 313.1 castigaba la inmigración clandestina de trabajadores con pena de prisión de 6 meses a 3 años y, la conducta descrita en el 318 bis (tráfico ilegal de personas), era más amplia que la tipificada en el artículo 313.3 (inmigración clandestina)

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.

⁸⁰⁴ PÉREZ FERRER, F., *Análisis dogmático y político-criminal de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Dykinson, Madrid, 2006, [Recurso electrónico].

⁸⁰⁵ LÓPEZ CERVILLA, J.M., “Tráfico ilícito de personas. La Reforma del artículo 318 bis del Código Penal (I)”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 58, n.º 1977, 2004. p. 7.

por lo que, como señalaba la Circular FGE 1/2002, en los supuestos de tránsito ilegal por territorio nacional o de salida ilegal del mismo de personas, trabajadoras o no, se aplicaría el artículo 318 bis, al ser supuestos no contemplados expresamente en el artículo 313.1 que se ceñía a la inmigración.⁸⁰⁶

El actual artículo 318 bis castiga dos conductas: El apartado 1º “ayudar a entrar o transitar” y, en segundo lugar, “ayudar a permanecer”. El apartado 3 agrava las penas de (cuatro a ocho años de prisión) “*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 (...)*” o “*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*”.

Se trata de un delito que responde al seguimiento de las directrices comunitarias en materia de control de los flujos migratorios y de prevención y lucha contra la trata de seres humanos, y de protección de los derechos de sus víctimas, que se encuentran detrás de las Decisiones marco 2002/90/CE, de 28-11 y 2002/629/JAI, de 19-7-2002, ambas del Consejo, y de la Directiva 2011/36/UE, que sustituye a la segunda.

El delito es de mera actividad y aunque sean varias las personas afectadas estaremos, como en el tipo del art. 313 ante la existencia de un solo delito en cada tráfico ilegal y “*se consuma con la realización de actividades de captación, transporte, intermediación o cualquier otra que suponga promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina o el tráfico ilegal, con independencia del resultado conseguido*”. La normativa determinante de la ilegalidad del tráfico será la Ley de Extranjería, la LO 4/2000 de 11 de diciembre, reformada en 2000, dos veces en 2003, concretamente en el Título II “Del régimen jurídico de las situaciones de los extranjeros” y por LO 8/2015, de 22 de julio, y su Reglamento, aprobado por Real Decreto de 2 de julio de 2001⁸⁰⁷.

Con carácter general, los artículos 25 y siguientes de la Ley de Extranjería regulan los requisitos para la entrada en territorio español, estableciendo que el extranjero que

⁸⁰⁶ LÓPEZ CERVILLA, J.M., “Tráfico ilícito de personas (...)”, Op. cit., p. 8.

⁸⁰⁷ Debería 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, Véase Sentencia del Tribunal Supremo 284/2006 de 6 de marzo de 2006.

pretenda entrar en España deberá hacerlo por los supuestos habilitados al efecto, hallarse provisto del pasaporte o documento 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, así como los documentos que justifiquen las condiciones y objeto de su estancia.

Una cuestión que suscitó era si podían ser sujetos pasivos de este delito los ciudadanos de la Unión Europea. Si bien, ya en su regulación anterior a 2015, no resulta aplicable a ciudadanos de países de la Unión Europea como expresamente se dice en la redacción del nuevo tipo⁸⁰⁸. En este sentido, sería determinante la libre circulación de personas en la Unión Europea, cuestión que analizamos más detalladamente en el siguiente apartado, siendo fundamental referirnos previamente al bien jurídico.

A) Bien jurídico protegido

La determinación del bien jurídico protegido por el delito del artículo 318 bis del CP ha dividido a la doctrina entre los que consideran que se protege el interés estatal en el control de los flujos migratorios y los que buscan un bien jurídico más acorde con la rúbrica del Título «delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros».

Esta discusión no es nueva, con anterioridad a la reforma llevada a cabo por la LO 11/2003, algunos autores defendieron que el bien jurídico protegido es el interés estatal en el control de los flujos migratorios. Así, Arroyo Zapatero señala que el bien jurídico que la tipificación del delito de inmigración ilegal trata de tutelar o proteger es la política migratoria del Estado y la política migratoria trata de evitar que la presión migratoria desborde la capacidad financiera y asistencial del Estado⁸⁰⁹. Por su parte, ÁLVAREZ entiende que el bien jurídico protegido no puede hallarse en la protección de los derechos de los extranjeros, según el mismo la regulación concreta del precepto único contenido en el nuevo Título, apunta a que se busca primordialmente la ordenación y regulación de los flujos migratorios por los cauces y conforme a los criterios legales⁸¹⁰.

⁸⁰⁸ LUZÓN CUESTA, J. M., “Compendio (...)” Op. cit. p. 274; Sentencia del Tribunal Supremo 15/2008 de 16 de enero de 2008; Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª de 29 de mayo de 2007.

⁸⁰⁹ ARROYO ZAPATERO, L., “Propuesta de un eurodelito (...)”, Op. cit. p. 32.

⁸¹⁰ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, G., “La protección contra la discriminación del extranjero en el CP” en *El extranjero en el derecho penal español, sustantivo y procesal* (Adaptado a la nueva LO 4y2000,) Manuales de Formación Continuada número 5, CGPJ, 2000.

Otros autores buscan un bien jurídico más acorde con la rúbrica del título y entienden que el bien jurídico tutelado en el título XV bis no es otro que el derecho que tiene todo inmigrante legal a alcanzar una plena integración social. Bajo esta genérica denominación se incluye el conjunto de derechos y libertades reconocidos en el título I de la Constitución en los términos de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. El fundamento material del injusto del artículo 318 bis reside en la privación o menoscabo del disfrute de tales libertades por parte del extranjero víctima del tráfico ilegal. El bien jurídico que protege el artículo 318 bis es el estatus jurídico de extranjero: los derechos y libertades reconocidos al mismo por el ordenamiento jurídico español. No se trata de proteger directamente los bienes jurídicos individuales del extranjero, sino los derechos que les reconoce el ordenamiento jurídico como un colectivo de ciudadanos⁸¹¹.

PÉREZ CEPEDA, tras la reforma de la Ley Orgánica 11/2003, señaló que el fundamento de la sanción penal del artículo 318 bis no es proteger exclusivamente los derechos individuales de los ciudadanos extranjeros (vida, integridad, salud, libertad dignidad...) que se ven lesionados o puestos en peligro cuando son introducidos ilegalmente en nuestro país por traficantes, sino que este delito se constituye como un instrumento de tutela frente a lesiones a la dignidad humana de miembros de un grupo sensible. El bien jurídico protegido sería la dignidad humana, pero no se trata únicamente de la dignidad humana individual, sino de la orientación colectiva de la dignidad humana como valor supremo y principio constitucional máximo⁸¹².

Con la reforma de 2015 se ha considerado como bien jurídico el control de los flujos migratorios, complementado por la protección de los derechos de los inmigrantes trasladados a España, como la libertad, la seguridad y la dignidad⁸¹³.

⁸¹¹ SERRANO-PIEDCASAS, J.R., “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros” en Lorenzo Copello, P. (Coord.), *Inmigración y derecho penal. Bases para un debate*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002. p. 332/ en el mismo sentido, pero con cierta discrepancia RODRÍGUEZ MESA, M. J., “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, Op. cit. p. 58.

⁸¹² PÉREZ CEPEDA, A. I., “Globalización, tráfico internacional ilícito de personas (...)”, Op. cit., p.

⁸¹³ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo 569/2006 de 19 de mayo de 2006 y Sentencia del Tribunal Supremo 153/2007 de 28 de febrero de 2007.

SERRANO PIEDESCASAS⁸¹⁴ entiende que el bien jurídico tutelado es derecho de los extranjeros a alcanzar la plena integración social, o lo que es lo mismo, el derecho a disfrutar en plenitud de los diversos derechos que articula la ley 4/2000. A tal conclusión llega, sobre la aceptación de la corrección de la rúbrica del Título XV bis a la hora de identificar el objeto de tutela “los derechos de los ciudadanos extranjeros”, y tras haber analizado el *status* jurídico del extranjero que deriva de la constitución y de la jurisprudencia constitucional. La inmigración clandestina como delito de peligro abstracto para el interés estatal a preservar, dado que una sola acción migratoria irregular no tiene per se capacidad objetiva para perturbar el bien jurídico. Es más, en realidad, la lesión del interés estatal en la ordenación y control de los flujos migratorios, así como de los intereses subyacentes al mismo, sólo llegaría a producirse por la reiteración de la conducta típica de manera continuada, es decir, sería la resultante de la suma de múltiples delitos de inmigración clandestina. Por ello, parece más adecuado atribuirle la naturaleza de un delito de peligro para el interés tutelado, pero no de lesión pues ésta sólo se produciría por la acumulación de tales delitos⁸¹⁵.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, por el contrario, supone que el bien jurídico tutelado es un bien jurídico supraindividual institucionalizado del orden socioeconómico en sentido amplio “conjunto de condiciones e instituciones básicas para el mantenimiento del sistema socioeconómico vigente, tanto en su aspecto puramente económico como en la dimensión social del mismo” y que los derechos individuales de los extranjeros son puros instrumentos representativos del verdadero bien jurídico afectado, que no sería otro que el interés en el control de los flujos migratorios como aspecto que incide en la ordenación socioeconómica del Estado⁸¹⁶.

SÁINZ-CANTERO⁸¹⁷ no comparte estas posturas, pues la consideración de bien jurídico tutelado “interés del Estado en el control de los flujos migratorios” tiene objeciones, de las que destaca que en la tutela de un interés habría que considerar infractor tanto al que propicia el tráfico ilegal de personas, como literalmente hace el artículo 318 bis, como al propio inmigrante. Además, entiende que se produce una identificación

⁸¹⁴ SERRANO-PIEDCASAS, J.R., “Los delitos contra los derechos (...)”, Op. cit., p. 385-386.

⁸¹⁵ SERRANO-PIEDCASAS, J.R., “Los delitos contra los derechos (...)”, Op. cit., p. 382.

⁸¹⁶ RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, Op. cit., p. 3-4.

⁸¹⁷ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Edit. Atelier, 2002, pp. 44 y ss.

absoluta del concepto de “tráfico ilegal de personas” con la “promoción de la inmigración irregular”. También señala, que *“entender que la represión del tráfico de personas se limita a la evitación de la inmigración ilegal, supondría desconocer la realidad de esos otros casos en que, habiendo sido legal la entrada o el tránsito de personas por el territorio, las condiciones a las que se someten los sujetos y en que dicho tráfico se desarrolla son lesivas, efectiva o potencialmente, de sus más fundamentales derechos”*. El mismo aclara que *“las formas de tutela penal que se plasman en las normas y los tipos que contienen dependen no solo del interés jurídico que se pretende tutelar, sino también de la forma de agresión frente a la que se pretende articular la tutela”*. La realidad demuestra que los ciudadanos extranjeros, además de poder padecer atentados en sus bienes jurídicos esenciales, tal cual puede suceder a los nacionales, y por ello merece la tutela del ordenamiento penal en términos de igualdad, están expuestos a formas de agresión distintas y específicas como es el caso del tráfico ilegal de personas. Completar la tutela de bienes jurídicos existentes de forma previa con nuevos preceptos es compatible con formas de injusto previas. Llega a la conclusión de que el bien jurídico tutelado son los derechos de los ciudadanos extranjeros y se pregunta qué derechos.

SERRANO PIEDECASAS señaló que son los derechos que componen el concepto de “plena integración social” del extranjero, concretamente, los que se articulan en la ley 4/2000.

Lo que niega el disfrute de los derechos al extranjero según SÁINZ-CANTERO no es el “tráfico ilegal” sino la “entrada o estancia irregular”. *“Bien jurídico no puede ser el derecho a la plena integración social por atribuirle la ley cuantos derechos le corresponden desde el punto de vista legal, porque el inmigrante irregular no solo carece de ellos, sino que incluso no tiene tan siquiera la expectativa de disfrutarlos, pues tal expectativa solo se reconoce ex lege al inmigrante regular”*. Concluye, que el bien jurídico tutelado por el artículo 318 bis, es el conjunto de derechos que componen el llamado status jurídico del extranjero, y que se ven o pueden ver afectados al ser sometido el sujeto al tráfico ilegal de personas. Entre tales derechos hay que incluir los llamados derechos comunes a nacionales y extranjeros, que derivan de su consideración como

persona, así como aquellos otros que siendo de “configuración legal” solo eventualmente se reconocen al extranjero⁸¹⁸.

Surgen dudas si tenemos en cuenta casos tratados por la jurisprudencia como puede ser la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 12 de febrero de 2003 en que se condenó a la acusada unida por vínculo matrimonial con súbdito extranjero, a quien pretendía introducir en territorio español sin la documentación necesaria. En resolución de 30 de marzo de 2004, la misma Audiencia condenó a dos años de prisión, a quien pretendía introducir en la Península a una mujer sin el permiso necesario, con la finalidad de ayudarla a mejorar sus condiciones de vida. La Audiencia Provincial de Almería, en Sentencia de 29 de junio de 2005, impuso al acusado una pena de 4 años de prisión por intentar introducir en territorio peninsular, sin que se demostrase el ánimo de lucro⁸¹⁹.

Ante estos casos, ¿se puede mantener que el bien jurídico protegido son los derechos de los extranjeros? ¿las personas que fueron condenadas pretendían o han lesionado los derechos de los extranjeros cuando pretendían ayudarlos?

Hay que tener en cuenta que el inmigrante no se ve privado de esos derechos por el sujeto activo del delito sino por los mandatos de la ley de extranjería. Por otro lado, en nuestro país el inmigrante, aún irregular, goza de determinados derechos, como el derecho a la educación de sus hijos o a la asistencia sanitaria, por lo que para calibrar si la entrada ilegal le ha causado un daño, habrá que comparar su situación como irregular con la situación que tenía en su país de origen⁸²⁰.

La jurisprudencia ha expresado que el bien jurídico protegido en el art. 318 bis 1, *"no lo constituye sin más los flujos migratorios, atrayendo al derecho interno las previsiones normativas europeas sobre tales extremos, sino que ha de irse más allá en tal interpretación -que supondría elevar a la categoría de ilícito penal la simple infracción de normas administrativas, sino especialmente dirigido al cuidado y respeto de los derechos de los extranjeros y de su dignidad en tanto seres humanos, evitando a*

⁸¹⁸ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Edit. Atelier, 2002, pp. 44-75.

⁸¹⁹ Sirvan a modo de ejemplo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga 10/2003 de 12 febrero 2003, Sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga 15/2004 de 30 de marzo de 2004 y Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería 162/2005 de 29 de junio de 2005.

⁸²⁰ En este sentido, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La inmigración como delito (...)*, Op. Cit., p. 57.

través de tal delito de peligro abstracto que sean tratados como objetos, clandestina y lucrativamente, con clara lesión de su integridad moral. En definitiva, el bien jurídico reconocido debe ser interpretado más allá de todo ello, para ofrecer protección al emigrante en situación de búsqueda de una integración social con total ejercicio de las libertades públicas y explica así el grave incremento punitivo del artículo 318 bis frente al 313.1 del CP". Confluyen en este tipo dos clases de intereses complementarios: por un lado, el interés del Estado de controlar los flujos migratorios evitando que éstos sean aprovechados por grupos de criminalidad organizada y por otro evitar situaciones de explotación que atentan a los derechos y seguridad de las personas⁸²¹.

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo lo ha confirmado al señalar que en lo que se refiere al bien jurídico que tutela el art. 318 bis del Código Penal esta Sala lo ha fijado en el interés social de controlar los flujos migratorios y en la libertad, la seguridad y la dignidad de los inmigrantes trasladados a España⁸²².

Como se decía en la STS 188/2016, de 4 de marzo "*lo que se sanciona es la ayuda intencionada, con y sin ánimo de lucro, a la vulneración por los inmigrantes ajenos a la Unión Europea, de la normativa legal reguladora de su entrada, tránsito y permanencia en territorio español, con la finalidad de respetar la unidad del Derecho Europeo en una materia de interés común, como es el control de los flujos migratorios*". No obstante, el precepto sigue estando encuadrado bajo la rúbrica relativa a los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, presididos por el derecho a la preservación de su dignidad, lo que impide prescindir de una suficiente consideración a este bien jurídico, por lo que será preciso que las circunstancias que rodean permitan apreciar la existencia de alguna clase de riesgo relevante para tales derechos como consecuencia de la conducta típica⁸²³.

⁸²¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas 245/2020 de 30 de octubre de 2020, y en similar sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo 569/2006 de 19 de mayo de 2006 y la Sentencia del Tribunal Supremo 153/2007, de 28 de febrero de 2007.

⁸²² Véase a modo de ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo 569/2006 de 19 de mayo de 2006; Sentencia del Tribunal Supremo 153/2007 de 28 de febrero de 2007; Sentencia del Tribunal Supremo 770/2007 de 19 de septiembre de 2007; Sentencia del Tribunal Supremo 801/2007 de 28 septiembre de 2007 y Sentencia del Tribunal Supremo 823/2007 de 15 de octubre de 2007. Más recientemente, la Sentencia del Tribunal Supremo 396/2019 de 24 julio de 2019.

⁸²³ Sentencia del Tribunal Supremo 396/2019 de 24 julio de 2019.

B) Tipo básico (art. 318 bis. 1).

El apartado 1 del artículo 318 bis dispone que *“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. Si los hechos se hubieran cometido con ánimo de lucro se impondrá la pena en su mitad superior”*.

Se trata de un tipo doloso, que en su forma básica no recoge el ánimo de lucro, que la Directiva 2011/36/UE sí contempla. Lo que genera dificultades de deslinde con las correspondientes infracciones administrativas pues, impropriamente, nada añade el tipo penal a la infracción de traslado irregular, en tanto que la protección de la dignidad de la persona no aparece nítidamente contemplada, comprometiendo así el carácter “ultima ratio” del derecho penal. Por eso, la reforma operada por la LO 1/2015, va más allá de las circunstancias de atenuación contemplada en el apartado 5 e introduce la exención de pena cuando la finalidad del autor sea “únicamente prestar ayuda humanitaria”⁸²⁴.

La inmigración clandestina es un delito de mera actividad que se consume con ayudar al inmigrante a entrar, transitar o permanecer en España, con independencia del resultado perseguido, por lo que la consecución del fin previsto –la inmigración– pertenece a la esfera del agotamiento del delito.

La sentencia de 27 de octubre de 2016 (TS 2.^a, recurso 10879/2015) señala que *“El nuevo tipo penal, mucho más benévolo, lo único que pretende es sancionar conductas constitutivas de inmigración ilegal conforme a los criterios de la normativa de la Unión Europea, y se configura como un tipo delictivo que excluye expresamente los supuestos de ayuda humanitaria, y también las infracciones cometidas por los inmigrantes, que solo podrán ser sancionadas administrativamente, por lo que la conducta del propio inmigrante ilegal no es delictiva. Lo que se sanciona es la ayuda intencionada a la entrada o tránsito en territorio español de los inmigrantes ajenos a la Unión Europea,*

⁸²⁴ Ídem.

con vulneración de la normativa legal reguladora, así como su permanencia en nuestro territorio, en este caso solamente cuando la conducta se realice con ánimo de lucro, todo ello con la finalidad de respetar la unidad del Derecho europeo en una materia de interés común, como es el control de los flujos migratorios. Y solo en los supuestos agravados de puesta en peligro de la vida o la integridad del inmigrante, se atiende además al bien jurídico pregonado en la rúbrica del título, como Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”.

La cuestión más polémica que presenta el tipo es la interpretación del término «ayudar», señalando MUÑOZ MESA⁸²⁵ que por «ayudar» debe entenderse cualquier conducta dirigida a conseguir que el extranjero entre, se desplace o permanezca en España en contra de la legalidad, razonando la STS 659/2016 de 19 de julio, el cambio de la conducta típica, en estos términos: *“La utilización del término “ayude” sitúa la cuestión en términos similares a los derivados de la redacción anterior, pues cabe en su significado una amplísima variedad de conductas, que solo requieren para ser valoradas como ayuda, que supongan una aportación de algo que facilite lo que pretende la persona a quien se presta. Quedarían, pues, excluidas de la autoría solamente aquellas aportaciones de claro segundo nivel, lo cual no ocurre en el caso, en el que el recurrente era el encargado de recibir, o en otros casos de enviar, el dinero que permitía la entrada de esas personas en territorio español”*⁸²⁶.

Hasta la reforma de 2015 la conducta típica consistía en «promover, favorecer o facilitar» el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de «personas», en plural, pero la Ley orgánica 1/2015 solo emplea, en sus apartados 1 y 2, el verbo «ayudar» –tanto para la entrada o tránsito como para la permanencia– y lo utiliza en singular, diciendo «ayude a una persona», sin embargo, en el tipo agravado del apartado 3, utiliza el plural diciendo «hubiera puesto en peligro la vida de las personas», por lo que los argumentos que antes vimos para la trata no son aplicables a los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, de forma que habrá un solo delito con independencia del número de inmigrantes clandestinos. La jurisprudencia del Tribunal Supremo⁸²⁷ señala que aunque

⁸²⁵ MUÑOZ MESA S., “La reforma del delito contra los derechos (...)”, Op. cit., [Recurso electrónico].

⁸²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo 659/2016 de 19 julio de 2016, FJ 3º.

⁸²⁷ Sentencia del Tribunal Supremo 399/2009 de 11 abril de 2009 describe la doctrina establecida: En el tipo objetivo de esta figura delictiva, la primera de sus modalidades es la de promoción, que equivale

el tipo básico se refiere a personas, en plural, no es necesario que la actividad afecte a más de una persona, si bien, ello determina que, aunque sean varias las personas afectadas, existirá un solo delito en cada tráfico ilegal, y más recientemente, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 3 de febrero de 2017 indica que, en un supuesto de inmigración ilegal a través de un cayuco: *«El número de dieciocho inmigrantes está igualmente acreditado por la documental que suponen las partes objetivas del atestado y su posterior ratificación en el acto del juicio, aun cuando ha de tenerse en cuenta que la conducta protagonizada por el acusado supone una sola infracción criminal, con independencia del número de extranjeros concernidos»*⁸²⁸.

C) Sujetos del delito

El sujeto activo de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros puede serlo cualquier persona, siempre que lleve a cabo la conducta típica, al tratarse de delitos comunes que no establecen ninguna limitación del círculo de los posibles autores. En todo caso, alguna cualificación especial del autor o referida al carácter organizado de

a provocación, incitación o procurar su consecución, y tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 1059/2005 de 28 de septiembre, que está incluida en esa conducta típica cualquier acción prestada al inicio o durante el desarrollo del ciclo emigratorio o inmigratorio y que auxilie a su producción en condiciones de ilegalidad. A ello hay que añadir que el modo más frecuente de comisión, como sucede en este caso, es el del movimiento de personas desde el extranjero a España. Por otra parte, al incluirse en el tipo básico los términos "directa o indirectamente" el legislador ha querido también integrar en el tipo aquellos comportamientos que, dirigidos a esa misma finalidad, no tuvieran relación inmediata con el hecho favorecedor del tráfico ilegal o la inmigración clandestina.

Y ese tráfico, entendido como traslado de personas, ha de ser ilegal, esto es, que se produzca al margen de las normas establecidas para el cruce legítimo de las fronteras o con fraude de esas normas, habiendo señalado las Sentencias de esta Sala 52/2006 de 19 de enero y 284/2006, de 6 de marzo, que se produce la inmigración clandestina y el tráfico ilegal en todos los supuestos en que se lleva a cabo el traslado de personas de forma ilícita, es decir sin sujetarse a las previsiones que se contienen para la entrada, traslado o salida en la legislación de extranjería.

Deben considerarse, pues, entradas ilegales las efectuadas mediante fraude, supuestos en los que, siendo voluntad inicial la de acceso para permanecer en España, se elude el control administrativo oportuno, bien mediante el empleo de documentación falsa con la que se pretende ocultar la verdadera identidad, bien a través de documentación, que, sin ser falsa físicamente, no responde a la realidad de las cosas, como será el supuesto de visados obtenidos mediante falsas alegaciones.

Hay que señalar que se trata de un delito de mera actividad que se consuma con la realización de actividades de captación, transporte, intermediación o cualquier otra que suponga promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina o el tráfico ilegal, con independencia del resultado conseguido. La consecución del fin previsto, la inmigración, pertenece a la esfera del agotamiento del delito.

Por última, aunque en el tipo básico se refiere a personas, en plural, no es necesario que la actividad afecte a más de una persona, si bien, ello determina que, aunque sean varias las personas afectadas, existirá un solo delito en cada tráfico ilegal.

⁸²⁸ Más recientemente, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas 245/2020 de 30 de octubre de 2020.

los intervinientes puede fundamentar una agravación de la pena de las previstas en los tipos agravados que se establecen en el propio art. 318 bis CP.

En los supuestos en los que el sujeto activo sea una autoridad, agente de ésta o funcionario público, será de aplicación la agravante específica del artículo 318 bis párrafo cuarto, se trata de abuso de una situación de superioridad derivado de la posición desigual que ostenta el funcionario público y de la que se sirve para favorecer la realización característica del delito⁸²⁹.

Por lo que respecta al sujeto pasivo, si el bien jurídico protegido es el interés estatal en el control de los flujos migratorios en el territorio español, de acuerdo con la política migratoria común establecida en el marco de la Unión Europea. Se trata de un bien jurídico de carácter colectivo, cuyo titular es el propio Estado o la comunidad en su conjunto, por lo que estos serían los sujetos pasivos en sentido propio de este delito.

Como indicamos, antes de la reforma, una cuestión que planteó el delito de inmigración clandestina fue si un ciudadano de un país de la Unión Europea podía ser sujeto pasivo del delito. Se ha considerado que al existir libre circulación de personas en el ámbito de la Unión Europea carece de sentido, por casi imposibilidad material de afección del bien jurídico, hablar de inmigración clandestina entre nacionales de cualquier país comunitario. Esta posición se vio apoyada legalmente por la definición que del delito de inmigración clandestina ofrece la Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares. En su art. 1.1 se refiere expresamente a “una persona que no sea nacional de un Estado miembro” y entre, transite o permanezca en el territorio de un Estado miembro, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre entrada, tránsito o permanencia de extranjeros. Todo ello hace pensar, en definitiva, que los sujetos activos de la acción del delito de inmigración clandestina serán los extranjeros extracomunitarios en situación irregular⁸³⁰.

⁸²⁹ PÉREZ FERRER, F., *Análisis dogmático y político-criminal de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Dykinson, Madrid, 2006, [Recurso electrónico].

⁸³⁰ Entre otros, LÓPEZ CERVILLA, J.M., “El extranjero como víctima del delito análisis de los tipos penales (artículos 318 bis, 313-1 y 312.2. 2º del Código Penal)”, *Estudios jurídicos*, n.º. 2004, p. 2660 y CUGAT MAURI, M., “Sujetos protegidos por el delito de tráfico de personas del Art. 318 Bis Cp”, en (Coord.) Ruiz Rodríguez, L.R., Rodríguez Mesa, M.J., *Inmigración y sistema penal: retos y desafíos para el siglo XXI*, 2006, pp. 217 y ss.

En opinión de SERRANO PIEDECASAS el sujeto pasivo debe ser únicamente un extranjero. Tal condicionamiento se deduce de la titulación del XV bis “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”. La LO 4/2000 vino a concretar el significado de lo que debe entenderse por tal al establecer en su artículo primero que a los efectos de esta se considera extranjero a los que carezcan de la nacionalidad española. Extranjeros será, por tanto, no solo los ciudadanos provenientes de países que no pertenezcan a la Unión Europea, sino también los comunitarios⁸³¹.

SÁINZ-CANTERO señaló que la referencia de la rúbrica a los “ciudadanos extranjeros” no cierra en términos absolutos la posible consideración, también de los españoles, como sujetos pasivos de esta modalidad delictiva, en la medida en que junto a la expresa reducción presente en la rúbrica del Título XV bis, el tenor del precepto, por el contrario, realiza una generalización a nuestro juicio muy expresiva, utilizando el genérico concepto de personas. Al defender como bien jurídico protegido el conjunto de derechos que componen el estatuto jurídico del extranjero, según este, nada obsta a que sujeto pasivo pueda ser un español, en cuando a que el mismo puede ser considerado con relación al tráfico como ciudadano extranjero. Obviamente, tal consideración, no la tendrá mientras se encuentre en territorio español, pero la adquirirá inmediatamente en cuanto lo abandone, y pase a ser extranjero en otro territorio⁸³².

No obstante, estas cuestiones quedaron resueltas cuando el legislador concretó “*que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea*” y “*a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo*”.

De la misma forma que vimos para la trata de seres humanos, los apartados 3 y 4 del artículo 318 bis también prevén tres tipos agravados, pero elevando en este caso la pena de prisión de 4 a 8 años, cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:

- Por la condición de la víctima. 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, bien entendido que para la agravación solo basta el grave peligro, no que además el mismo se materialice en un resultado. Desaparece del texto la mención al menor o incapaz porque, como hemos dicho, se incurre en un solo delito con

⁸³¹ SERRANO-PIEDCASAS, J.R., “Los delitos contra los derechos (...)”, Op. cit., p. 335.

⁸³² SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., “Los delitos contra los derechos (...)”, Op. cit., p. 96.

independencia del número de personas que se introduzcan ilegalmente en España, sean mayores o menores de edad.

— Por la condición del sujeto pasivo. Cuando el autor hubiese realizado los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de esta o funcionario público, además de la inhabilitación absoluta de 6 a 12 años.

Cuando los hechos se hubieran cometido en el seno de una organización que se dedicare a la realización de tales actividades, si bien a 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.

Dadas las penas tan graves que se aplican a los tipos agravados, el apartado 6 del artículo 318 bis prevé que los Tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por este puedan imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada.

Respecto de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, valga todo lo dicho anteriormente para la trata, pero la pena a imponer a la persona jurídica será de 2 a 5 años de multa, o bien, la del triple al quíntuple del beneficio obtenido, si la cantidad resultante fuese más elevada.

D) Finalidad

En la anterior regulación, la conducta tenía que realizarse con el fin de que se produjera un “*tráfico ilegal de personas*”, expresión sustituida ahora por los verbos “*entrar*” o “*transitar*” y que, en definitiva, se refiere a la circulación, movimiento, tránsito o cambio de sitio, en este caso, de personas. Se contempla así tanto la inmigración de extranjeros a España, como el tránsito de extranjeros por España e igualmente la emigración desde España a otro país. “El tráfico ha de ser ilegal, esto es, producirse al margen de las normas establecidas para el cruce legítimo de las fronteras o como fraude de esas normas, lo que incluye tanto el cruce clandestino de la frontera, como la utilización de fórmulas autorizadas de ingreso transitorio en el país (visado turístico,

por ejemplo) con fines de permanencia, burlando o incumpliendo las normas administrativas que lo autoricen en tales condiciones⁸³³.

E) Valoraciones finales

Tras la tipificación del delito de trata de seres humanos en la LO 5/2010, de 22 de junio, como delito autónomo, la diferenciación entre el tráfico ilícito de migrantes (art 318 bis Código Penal y la trata de personas (art 177 bis Código Penal) ha sido confusa en nuestro derecho positivo. La gravedad de las penas establecidas para la inmigración ilegal ha generado errores y en ocasiones se ha sancionado a través del primer tipo conductas que tendrían mejor encaje en la trata. Ambas conductas entrañan el movimiento de seres humanos, generalmente para obtener algún beneficio. Sin embargo, en el caso de la trata deben darse dos elementos adicionales con respecto a la inmigración ilegal: una forma de captación indebida, con violencia, intimidación, engaño, abuso de poder o pago de precio y un propósito de explotación⁸³⁴. De este modo son tres las diferencias esenciales que podemos concretar:

— El consentimiento: En el caso de tráfico ilícito de migrantes, que suele realizarse en condiciones peligrosas y/o degradantes, los migrantes consienten en ese tráfico. Las víctimas de la trata, por el contrario, nunca han consentido o, si lo hicieron inicialmente, ese consentimiento ha perdido todo su valor por la coacción, el engaño o el abuso de los traficantes, es un consentimiento viciado.

— La explotación: El tráfico ilícito termina con la llegada de los migrantes a su destino, en tanto que la trata implica la explotación persistente de las víctimas de alguna manera para generar ganancias ilegales a los traficantes.

— La transnacionalidad: El tráfico ilícito es siempre transnacional, mientras que la trata puede no serlo. Ésta puede tener lugar independientemente de si las víctimas

⁸³³ Sentencia del Tribunal Supremo 1059/2005 de 28 de septiembre de 2005.

⁸³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo 396/2019 de 24 julio de 2019, en un caso sobre una trama de trata de personas para dedicarlas a la prostitución. Introducían en España a mujeres para ejercer la prostitución desde Nigeria pasando por otros países europeos, contactaban con mujeres mayores y menores de edad en Nigeria y tras ofrecerles falsamente trabajo como camareras o azafatas las trasladaban a España donde les privaban del pasaporte y las obligaban a ejercer la prostitución hasta el pago de una elevada cantidad por los gastos causados.

son trasladadas a otro Estado o sólo desplazadas de un lugar a otro dentro del mismo Estado⁸³⁵.

La terminología tampoco es equivalente, la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo núm. 302/2007, de 3 de abril distingue entre trata de personas e inmigración estableciendo lo siguiente: *“tráfico ilegal e inmigración clandestina, no son conceptos equivalentes, como se comprueba con la simple lectura del precepto penal que distingue ambos modos de comisión en la descripción del tipo objetivo, máximas anudados con la copulativa “o”. Y tampoco lo son en su misma significación jurídica, pues por tráfico hemos de entender no (simplemente) “tránsito” de personas, sino comercio o aprovechamiento de cualquier clase, ordinariamente con objeto de obtener un lucro, personal o económico, debiendo ser este ilegal, esto es, contraviniendo la normativa administrativa de fronteras, lo que nos sitúa en un elemento normativo del tipo. Mientras que por inmigración clandestina hemos de entender cualquier burla, más o menos subrepticia, de los controles legales de inmigración, fuera también de cualquier autorización administrativa”*⁸³⁶. Más recientemente lo ha corroborado la jurisprudencia, expresando que mientras la trata persigue la explotación, la inmigración busca el aprovechamiento económico del inmigrante. En la trata el consentimiento es irrelevante, en la inmigración el consentimiento tiene validez. La trata no precisa transnacionalidad, mientras que la trata la lleva implícita. La trata es un delito contra la persona, el de inmigración contra el Estado⁸³⁷.

El concurso se producirá y, por tanto, con el delito de trata de seres humanos concurrirá el delito de tráfico ilegal de personas o inmigración clandestina cuando el traslado de la víctima de trata tenga un componente transnacional, produciéndose un cruce de fronteras, es decir, cuando la víctima de trata de personas sea un ciudadano extranjero

⁸³⁵ Vid. UNODC. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/sobre-unodc/Fact_Sheet_Dados_Trafico_de_Pessoas_geral_ESP.pdf

⁸³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo 302/2007 de 3 de abril de 2007, en un caso de promoción, favorecimiento del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España. Un ciudadano de nacionalidad rumana, convino con otras personas que se encontraban en Rumanía traer a España a varias chicas mayores de edad que viajaban desde este país para dedicarse a la prostitución. Para ello contribuyó a costear los gastos de viaje de las chicas desde Rumanía, comprometiéndose a recogerlas en Madrid y a traerlas a Santander para que trabajasen como chicas de alterne en un Club.

⁸³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo 63/2020 de 20 de febrero de 2020.

no comunitario que es trasladado desde o a España u otro Estado de la Unión Europea la conducta constituirá un delito de tráfico ilegal de personas tipificado en el art. 318 bis CP.

Respecto a qué concurso de delitos se da (ideal, real o medial), las opiniones son diversas. Algunos autores entienden que la cláusula concursal obliga a apreciar un concurso real entre los delitos que concurran con la trata y, por tanto, ésta debe ser la solución aplicable a este concurso⁸³⁸. Por su parte, la Fiscalía General del Estado, por la vinculación que en la práctica criminal se produce entre la trata y el tráfico mantiene que estamos ante un concurso medial entre el tipo básico de inmigración clandestina y el que corresponda de trata de seres humanos⁸³⁹, en el mismo sentido hay pronunciamientos jurisprudenciales⁸⁴⁰, lo que no podemos apoyar (en todos los casos) por entender que, en este caso, no hay una relación de medio-fin, porque si bien podríamos pensar que el delito de tráfico ha sido medio necesario para cometer el delito de trata de seres humanos, es esencial para la configuración la necesidad del medio, es decir, debe ser condición imprescindible para cometer el delito fin⁸⁴¹, y no siempre será así. Otros autores, mantienen la existencia de una unidad de hecho y aprecian la existencia de un concurso ideal de delitos entre el delito de trata y el delito de inmigración clandestina en su tipo básico⁸⁴².

Incluso, hay quienes han considerado que si la descripción típica del art. 177 bis CP no excluye que la captación, transporte, traslado, acogimiento o recepción lo sea de una persona extranjera a la que se introduce ilegalmente en territorio español, puede defenderse que ésta absorbe el delito del art. 318 bis CP y de la exigencia adicional de una finalidad de explotación mantenerse que el delito de trata de seres humanos es en realidad un delito especial frente al de tráfico ilegal de personas⁸⁴³ y, por tanto, sería un concurso de leyes. El concurso de leyes difiere del concurso ideal de delitos en que este requiere la unidad de hecho y que no se excluyen entre sí los distintos preceptos punitivos

⁸³⁸ Vid. BENÍTEZ PÉREZ-FAJARDO, “El delito de trata de personas”, en Op. Cit., p. 193; SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO, Derecho penal. Parte especial, Op. Cit., p. 207.

⁸³⁹ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 5/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración, p. 120.

⁸⁴⁰ Así en Sentencia del Tribunal Supremo 144/2018 de 22 de marzo de 2018.

⁸⁴¹ A ello se refiere MORILLAS CUEVA, L. “Sistemas de Derecho penal (...)”, Op. Cit., p. 989.

⁸⁴² VILLACAMPA ESTIARTE, “El delito de trata de seres humanos (...)”, Op.Cit., p. 482 y SANTANA VEGA, D., “Título VII bis de la trata (...)”, Op. Cit., p. 425.

⁸⁴³ En este sentido, MAYORDOMO RODRIGO, EPC, núm. XXXI, 2011, p. 374 y ss.; MUÑOZ CONDE, Derecho penal. Parte Especial, Op. Cit. pp. 207-365.

que lo contemplan; y del concurso real de delitos, que concurre cuando existe una pluralidad de hechos y cada uno de ellos está tutelado por un precepto penal diferente, pero con una significación antijurídica no coincidente, de modo que para responder al diverso contenido del injusto de los hechos, deben ser aplicadas las diversas normas que resultan de referencia⁸⁴⁴.

Vemos que no ha sido una cuestión pacífica determinar cuál ha sido la intención del legislador, el Tribunal Supremo ha declarado que estamos ante acciones diferentes que, además, atentan contra bienes jurídicos diferentes, por lo que ambos preceptos se aplicarán separadamente, en relación de concurso real⁸⁴⁵.

En último lugar, consideramos importante la distinción en cuanto al sujeto pasivo (individual o plural). En el delito de inmigración ilegal, aunque sean varias las personas afectadas, existirá un solo delito en cada tráfico ilegal⁸⁴⁶. En cambio, en el delito de trata de seres humanos el sujeto pasivo del delito presenta la condición de sujeto pasivo individual, y en consecuencia habrán de apreciarse tantos delitos de Trata como víctimas haya⁸⁴⁷.

Explica el Tribunal Supremo que *“esta cuestión, por su novedad, fue llevada a Pleno no jurisdiccional para la unificación de criterios, que se celebró el día 31 de mayo de 2016, donde se acordó que el delito de trata de seres humanos definido en el artículo 177 bis del Código Penal, obliga a sancionar tantos delitos como víctimas, con arreglo a las normas que regulan el concurso real. Cuando el precepto excluye todo tipo de consentimiento de la víctima en estos comportamientos delictivos, que proyectan su protección por encima de cualquier otra consideración, es evidente que la ley penal contempla a la víctima como un sujeto pasivo individual. La consideración*

⁸⁴⁴ Sentencia del Tribunal Supremo 29/2020 de 4 de febrero, FJ 4º. El Tribunal reitera que la unidad de hecho o de comportamiento, no siempre es el reflejo de una individualidad natural, esto es, de una única actuación u omisión que afecta a la realidad exterior, sino que puede apreciarse en aquellos otros supuestos en los que varios hechos lesionan del mismo modo el bien jurídico tutelado por las distintas normas concurrentes, en lo que se conoce como unidad jurídica de acción.

⁸⁴⁵ Así lo reitera la jurisprudencia, a modo de ejemplo puede verse Sentencia del Tribunal Supremo 807/2016 de 27 octubre de 2016.

⁸⁴⁶ Puede verse en este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas 245/2020 de 30 de octubre de 2020, relativa a un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros por patronear una patera inapropiada para una travesía de cinco días desde las costas africanas hasta Canarias que carecía de capacidad para albergar a las 30 personas que viajaban apiladas muy juntas y sin espacio.

⁸⁴⁷ Sentencia del Tribunal Supremo 538/2016 de 17 de junio de 2016.

exclusivamente personal de la dignidad como bien jurídico protegido por la norma, no toleraría fácilmente sancionar como un solo delito conductas tan reprochables como, por ejemplo, un transporte de un alto número de menores con finalidad de ser dedicadas a la trata de seres humanos. De manera que nos hemos de pronunciar porque el delito de trata de seres humanos tiene un sujeto pasivo individual, y no plural⁸⁴⁸.

7. Penalidad

7.1. La penalidad en el tipo básico del delito

El artículo 177 bis 1 establece pena de prisión de 5 a 8 años para el tipo básico de trata de seres humanos. Este precepto responde, nuevamente, a las normas internacionales, en concreto el art.4.1 de la Directiva 2011/36 establece que “*los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las infracciones contempladas en el artículo 2 se castiguen con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos cinco años*”. Obliga a los Estados a castigar el delito de trata de personas con una pena privativa de libertad cuya duración máxima no sea inferior a 5 años. Es necesario puntualizar las elevadas penas previstas, aun cuando han sido invocados los instrumentos internacionales como base para la sanción del tipo penal, esta crítica puede verificarse con respecto a las penas establecidas por el art. 4 de la Directiva 2011/36/UE y el art. 23 del Convenio de Varsovia⁸⁴⁹. Las penas previstas son particularmente elevadas para los supuestos del tipo básico, excediendo las exigencias del derecho internacional, convirtiéndose en desproporcionadas cuando se activan los subtipos agravados o el delito entra en concurso con otras prohibiciones del acervo punitivo.

El art. 177 bis CP dispone para la realización de las conductas prohibidas en su tipo básico una sanción de cinco a ocho años de prisión, que supera sensiblemente lo previsto por el Derecho comunitario, fundamentalmente, en su límite superior. Así, mientras que la Directiva de 2011 fija la pena mínima en los cinco años de prisión, la

⁸⁴⁸ *Ibidem*. Los mismos criterios sobre la pluralidad delictiva se reiteran en la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 196/2017 de 24 de marzo de 2017.

⁸⁴⁹ IGLESIAS SKULJ, A., “Trata de mujeres con fines de explotación (...)”, *Op. Cit.*, p. 262/ En el mismo sentido, VILLACAMPA ESTIRATE, C., “El delito de trata de seres humanos (...)”, *Op. Cit.*, p. 448/ TERRADILLOS BASOCO, J., “Trata de seres humanos (...)”, *Op. Cit.*, p. 212.

antecesora Directiva de 2002 exigía sancionar con ocho años de prisión los supuestos de trata en los que concurriera alguna de las siguientes circunstancias agravantes: la puesta en peligro deliberada o por grave negligencia de la vida de la víctima, que la víctima fuese particularmente vulnerable, que los actos se cometiesen mediante violencia grave o que se hubiese causado a la víctima daños particularmente graves y, finalmente, que los actos se cometiesen en el marco de una organización delictiva. Como se observa, son supuestos frente a los que el art. 177 bis CP responde con penas de ocho a doce años de prisión, al recogerlas como agravantes para las que dispone la elevación de la pena dispuesta en el tipo básico en un grado⁸⁵⁰. Se ha criticado que la pena asociada al delito de trata de seres humanos sea más elevada que las dispuestas para los delitos resultantes de la efectiva explotación⁸⁵¹.

En primer lugar, puede pensarse en un posible error (consciente o inconsciente) del legislador reformista al trasponer las penas previstas de la legislación comunitaria al ordenamiento interno, por no percatarse que la Decisión Marco de 2002 disponía una pena de ocho años de prisión para los supuestos agravados y no para las conductas del tipo básico. En segundo lugar, puede pensarse en el ánimo especialmente represivo y punitivo en la lucha contra la trata de seres humanos, al entenderse protagonizada por la delincuencia organizada. Finalmente, puede deberse a la insuficiente respuesta punitiva prevista por los propios delitos de explotación y no una exagerada punición de la trata. Sea como fuere, algunas autoras, en interés de atemperar este dislate punitivo, han optado por proponer la criminalización de los actos de explotación no sólo a través de sus correspondientes figuras penales sino también como un delito contra la integridad moral del art. 173 CP (siempre y cuando pueda verificarse que se cumplen los requisitos típicos de dicha prohibición)⁸⁵².

Los principales problemas del art. 177 bis CP con el cumplimiento del principio de proporcionalidad de las penas no se producen por la aplicación del tipo básico sino, más bien, al apreciarse los subtipos agravados, que elevan de forma exagerada la

⁸⁵⁰ En este sentido, DAUNIS RODRÍGUEZ, A., “El delito (...)”, Op. cit., p. 179.

⁸⁵¹ POMARES CINTAS, E., “El delito de trata de seres humanos con fines de explotación (...)”, Op. cit., p. 15.

⁸⁵² No referimos a VILLACAMPA ESTIARTE, C., “El delito de trata de seres humanos. Una incriminación (...)”, Op. cit., p. 480 y POMARES CINTAS, E., “El delito de trata de seres humanos con fines de explotación (...)”, Op. Cit..., pp. 26-27.

penalidad asociada a la prohibición cuando proceda la aplicación conjunta de los mismos. Así, a modo ejemplo, cuando la víctima sea menor de edad y el sujeto activo el jefe de una organización delictiva, la pena a imponer podrá alcanzar los dieciocho años de prisión. Una pena muy superior a la exigida por el derecho comunitario, al limitar, según lo previsto en la Directiva de 2011, a diez años de prisión la respuesta punitiva a los supuestos más graves de trata de seres humanos⁸⁵³.

Es difícil imaginar casos en los que solo haya que acudir al tipo básico, porque las circunstancias agravantes abarcan un espectro tan amplio y frecuente que están puestas con vocación de convertirse en la aplicación normal y no excepcional⁸⁵⁴ como se puede observar en la jurisprudencia. Así, la STS n.º 146/2020, de 14 de mayo castiga por el delito de trata con subtipo agravado de organización en concurso medial con la prostitución. Horquilla entre 8 años y un día a 12 años. Se valoran como factores para imponer la pena de 9 años la omnipresencia, directa o indirecta, de la intervención de la acusada en los episodios vividos por la víctima y el largo periodo transcurrido entre la captación de la víctima y la detención de la acusada (respectivamente abril de 2015 y mayo de 2016) que revela persistencia⁸⁵⁵.

La jurisprudencia refleja que son factores a tener en cuenta a la hora de graduar la pena la gravedad de los hechos⁸⁵⁶, por ejemplo, según el peligro al que es sometida la víctima, así como el grado de implicación del sujeto activo, los tribunales atienden a cuestiones como la participación o no en todas las fases del proceso y grado de responsabilidad⁸⁵⁷ y la gravedad que revista su conducta y la duración del sometimiento⁸⁵⁸.

⁸⁵³ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., “El delito (...)”, Op. Cit. pp. 100-181.

⁸⁵⁴ MAPELLI CAFFARENA, B., ‘La Trata de personas’, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 2012, Tomo 65, p. 59.

⁸⁵⁵ Véase la Sentencia del Tribunal Supremo 146/2020 de 14 de mayo de 2020.

⁸⁵⁶ De este modo la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares 26/2019, de 29 de octubre se ha valorado para graduar la pena la gravedad de los hechos al ponerse en peligro la vida de la víctima por trasladarla en patera desde Libia hasta Italia y por obligarla a abortar.

⁸⁵⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia 159/2020, de 10 de junio: Diferencia de la pena impuesta a las acusadas. Una interviene en todas las fases e la trata como organizadora principal y se vale del temor creado por el vudú. La otra acusada tiene menor responsabilidad. Dejaba salir ocasionalmente a la víctima, le permitía quedarse con parte del dinero procedente de la prostitución y no intervino en el ritual de vudú.

⁸⁵⁸ Véase la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 123/2019, de 18 de octubre: Son factores de individualización de la pena la existencia de prostitución con violencia física efectiva y el

Evidentemente, la exasperación punitiva que se produce al apreciar tales subtipos agravados genera importantes dudas acerca del necesario cumplimiento del principio de proporcionalidad de las penas, sobre todo cuando comparamos la prohibición con otros delitos del acervo punitivo que también lesionan bienes jurídicos individuales, donde las penas previstas son sensiblemente inferiores como en el homicidio⁸⁵⁹.

Cabe mencionar que la reforma de 2015 incluye una segunda novedad que cabe valorar más positivamente, pues incide en la protección de la víctima frente a estas conductas, excediendo de la mera incriminación, pese a preverse en el Código Penal. Se trata de la inclusión en el artículo 57 CP del delito de trata de seres humanos como uno de aquellos cuya comisión permiten la imposición de las penas de alejamiento del artículo 48 CP, novedad que fue ya positivamente valorada por el Consejo de Estado, si bien planteando que su aplicabilidad se limitase a los tipos cualificados del delito⁸⁶⁰.

Finalmente, por lo que respecta a la responsabilidad civil, de la jurisprudencia extraemos algunas conclusiones:

La voluntad del acusado de aplicar el importe del dinero que la policía le incauta al pago de la responsabilidad civil no constituye reparación del daño ya que ese dinero no lo ha entregado voluntariamente y se le aplica el comiso. Otra cantidad que si entrega es baladí frente al importe de la responsabilidad civil⁸⁶¹. Pues conforme al Artículo 127 CP *“Toda pena que se imponga por un delito doloso llevará consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar”*. Celebramos que tras la reforma de

tiempo de duración de la situación de sometimiento, en este caso varios meses después de haber sido sometida con engaño.

⁸⁵⁹ TERRADILLOS BASOCO, J. M., “Trata de seres humanos”, Op. Cit., p. 212.

⁸⁶⁰ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “El delito de trata (...)”. Op. Cit., pp. 399-419.

⁸⁶¹ En este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 123/2019 de 18 de octubre de 2019, en un caso en que una ciudadana de nacionalidad rumana, con un hijo menor a su cargo y sin formación profesional ni académica con el engaño de trasladarse a Barcelona donde, según le dijo el acusado, podría obtener unos 200 euros mensuales pidiendo limosna en la calle mejorando así su precaria situación económica. Sin embargo, el acusado le ocultó que habría de ejercer la mendicidad con un total sometimiento a él, sin capacidad para decidir dónde o cómo ejercerla y sin poder disponer del dinero que obtuviese. No sólo eso, también le ocultó que, una vez en Barcelona, no se limitaría a ejercer la mendicidad, sino que iba a ser obligada a ejercer la prostitución.

2015 sea aplicable el comiso ampliado obligatorio del art. 127 bis CP, entre otros, también a los bienes, efectos o ganancias procedentes del delito de trata de seres humanos.

Es válido que se imponga como responsabilidad civil la misma cantidad de la deuda exigida por el tratante al acusado. Obligar al ejercicio de la prostitución para pagar la deuda supone un daño moral que puede considerarse sin dificultad como denigrante al reunirse los requisitos jurisprudenciales de impacto emocional, inquietud, angustia y sufrimiento psíquico⁸⁶².

La indemnización por responsabilidad civil se fija por el dinero que la víctima dice haber pagado al tratante. El importe del daño moral se fija con arreglo al prudente arbitrio y la equidad pudiendo ser suficiente una motivación genérica e implícita⁸⁶³.

En último lugar, es conveniente mencionar que en relación con el delito de blanqueo de capitales, la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, debería haber incluido en el artículo 301 del Código Penal una agravación para los supuestos en que los bienes tengan su origen en el delito de trata de seres humanos y ello de forma análoga a la agravación, vigente en el artículo 301 párrafo primero apartado número 2 referente a la relación de los bienes con alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas⁸⁶⁴.

7.2. La responsabilidad de las personas jurídicas en el delito de trata de seres humanos

A lo largo de 2015 se llevaron a cabo en España varias reformas de la legislación penal produciéndose la nueva regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas incluida en la LO 1/2015, de 31 de marzo, de Reforma del Código Penal y a la generación del Estatuto jurídico de la víctima del delito mediante la ley 4/2015, de 27 de abril, transposición de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012. El Preámbulo establece que la finalidad es ofrecer a las víctimas

⁸⁶² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares 26/2019 de 29 de octubre de 2019.

⁸⁶³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 123/2019 de 18 de octubre de 2019.

⁸⁶⁴ GARCÍA SEDANO, T., *El delito de trata de seres humanos: el artículo 177 bis del Código Penal*. Madrid, España, Editorial Reus. 2020, p. 163 Recuperado de <https://elibro--net.ual.debiblio.com/es/ereader/ual/185116?page=163>.

una respuesta reparadora no solo en el proceso penal sino también otros efectos traumáticos en la esfera moral.

7.3. Por su parte, los instrumentos jurídicos internacionales aluden a la necesidad de involucrar a las personas jurídicas en el espectro preventivo contra la trata de personas, pero en general lo hacen de manera muy tímida, permitiendo a los Estados que dicha prevención no tenga el vigor de Derecho Penal, sino que se contentan a menudo con una protección civil o con sanciones administrativas⁸⁶⁵. En cumplimiento de estos mandatos, el legislador introdujo a través de la LO 5/2010 CP, la responsabilidad de las personas jurídicas en el arts. 31 bis, atendiendo básicamente al modelo de transferencia de responsabilidad, mediante el cual se imputa a la persona jurídica el hecho injusto cometido por sus representantes, administradores o empleados, disponiéndose en el tipo penal concreto las sanciones que deberán imponerse a la comisión del hecho delictivo correspondiente⁸⁶⁶. Y, en esta línea, el art. 177 bis 7 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 quintuple 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, el cual prevé la imposición de una multa proporcional. Algunos autores entienden acertada la opción de la multa proporcional⁸⁶⁷, aunque no puede obviarse que estamos ante una actividad cuyos beneficios son difíciles o complejos de cuantificar, sobre todo, en aquellos casos en los que la explotación no llegue a realizarse o se produzca por un tercero ajeno a la actividad de trata que se castiga⁸⁶⁸. Además, el legislador no ha considerado que la trata en sí no genera beneficios, los beneficios derivan de los actos posteriores de explotación, imposición de trabajos forzados, explotación sexual, etc.⁸⁶⁹.

El artículo 31 bis CP establece dos vías para la imputación de la persona jurídica:

⁸⁶⁵ GARCÍA RIVAS, N., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en la trata sexual y protección de las víctimas”, en Lloria García, P. (Dir.) *La violencia sobre la mujer en s. XXI: Género, derecho y TICS*, Edit. Aranzadi, 2019. p.68.

⁸⁶⁶ DIEZ RIPOLLÉS, J. L., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española”, *Revista de Análisis para el Derecho*, 1/2012, 2012, p. 14.

⁸⁶⁷ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “El delito de trata de seres humanos. Una incriminación (...)”, *Op. Cit.*, p. 471.

⁸⁶⁸ TERRADILLOS BASOCO, J. M., “Trata de seres humanos”, *Op. Cit.*, p. 215. Llega a afirmar incluso que la trata de personas, salvo casos contados, no tendrá beneficios.

⁸⁶⁹ LLORIA GARCÍA, P. “Trata de (...)”, *Op. Cit.*, pp. 329-352.

1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

La responsabilidad de las personas jurídicas se completa al disponer el art. 177 bis 7 CP la posibilidad de imponer algunas de las medidas dispuestas en el art. 33.7 b) a g) CP, esto es, la disolución de la persona jurídica, que producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, de su capacidad de actuar en el tráfico jurídico o de realizar cualquier clase de actividad, aunque sea lícita; la suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años; la clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años; la prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito; la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad social, por un plazo que no podrá exceder de quince años; y la intervención judicial, para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años. Es importante señalar que la única pena obligatoria imponible a la persona jurídica es la de multa, resultando las restantes potestativas. Entendemos, por tanto, que la imposición de tales sanciones deberá ser motivada por el Juzgador, atendiendo al supuesto concreto y la relevancia que demostró la persona jurídica en la comisión de la actividad de trata. No obstante, el propio art. 66 bis 1 CP dispone tres criterios legales que pueden facilitar la labor del operador jurídico a la hora de valorar la apreciación de tales penas privativas de derechos: a) su necesidad para

prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos; b) sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores y, c) el puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control⁸⁷⁰.

La cuestión que debemos plantearnos en este momento es el modelo de imputación de dicha responsabilidad, pudiendo optar entre uno de heterorresponsabilidad –responsabilidad por hecho ajeno– en el que los ilícitos de las personas físicas se imputan a la sociedad, y su opuesto, el de autorresponsabilidad –responsabilidad por hecho propio– en el que el delito cometido por la persona física es consecuencia de la defectuosa organización de la persona jurídica o se ha visto favorecida por ella, decantándose la Circular 1/2016, de 22 de enero, de la Fiscalía General del Estado, por la responsabilidad indirecta o vicarial, sin embargo, la Ley orgánica 1/2015 opta por la responsabilidad directa, señalando su exposición de motivos que *«con ello se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial»*, al igual que el Tribunal Supremo que en sentencia de 29 de febrero de 2016 indica que la norma posee *«una clara vocación de atribuir a la entidad la responsabilidad por el hecho propio»*⁸⁷¹, recalcando en la de 16 de marzo de 2016 que *«Nuestro sistema, en fin, no puede acoger fórmulas de responsabilidad objetiva, en las que el hecho de uno se transfiera a la responsabilidad del otro, aunque ese otro sea un ente ficticio sometido, hasta hace bien poco, a otras formas de responsabilidad. La pena impuesta a la persona jurídica solo puede apoyarse en la previa declaración como probado de un hecho delictivo propio»*⁸⁷².

⁸⁷⁰ DAUNIS RODRÍGUEZ, A. “El delito de trata (...)”, Op. cit., pp. 165 y ss.

⁸⁷¹ Vid. La Sentencia del Tribunal Supremo 154/2016 de 29 febrero de 2016, que sostiene con ocasión de un delito de tráfico de drogas, que el núcleo de la responsabilidad de la persona jurídica no es otro que el de la ausencia de las medidas de control adecuadas para la evitación de la comisión de delitos, que evidencien una voluntad seria de reforzar la virtualidad de la norma, independientemente de aquellos requisitos, más concretados legalmente en forma de las denominadas “*compliances*” o “modelos de cumplimiento”.

⁸⁷² Vid. Sentencia del Tribunal Supremo 221/2016 de 16 marzo de 2016, que abordó algunos de los problemas más relevantes ligados a la interpretación del art. 31 bis del CP, que afirma que la responsabilidad de la persona jurídica ha de hacerse descansar en un delito corporativo construido a partir de la comisión de un previo delito por la persona física, pero que exige algo más, la proclamación de un hecho propio con arreglo a criterios de imputación diferenciados y adaptados a la especificidad de la persona colectiva. De lo que se trata, en fin, es de aceptar que sólo a partir de una indagación por el Juez instructor de la efectiva operatividad de los elementos estructurales y organizativos asociados a los modelos de prevención, podrá construirse un sistema respetuoso con el principio de culpabilidad.

7.4. Exención de responsabilidad penal

El apartado 11 del artículo 177 bis incorpora un supuesto de exención de responsabilidad criminal de la víctima de trata al disponer que:

“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”.

Se trata de una excusa absolutoria cuya aplicación requiere el cumplimiento de dos requisitos, primero, que el delito haya sido cometido como consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida la víctima, segundo, que exista una adecuada proporcionalidad entre la situación de explotación y el hecho criminal realizado.

El problema es que puede llevar a una doble incriminación, ya que, ante la falta de un adecuado protocolo de detección de víctimas de esta modalidad de trata, estas personas terminan siendo consideradas responsables de los delitos cometidos en la fase de explotación⁸⁷³. Si bien, este precepto pretende trasladar al derecho español la recomendación establecida por el artículo 26 de la Convención de Varsovia según el cual *“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/CE⁸⁷⁴.

⁸⁷³ RODRÍGUEZ LÓPEZ, S. “La trata de seres humanos para la explotación de actividades delictivas: nuevos retos a raíz de la reforma penal de 2015”, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, n.º 42, 2016, p.

⁸⁷⁴ Según 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

Según la Fiscalía General del Estado, 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. 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 concurran 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 tratante⁸⁷⁵.

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, etc.

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. 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

obligadas a cometer como consecuencia directa de haber sido objeto de cualquiera de los actos contemplados en el artículo 2.

⁸⁷⁵ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración. p. 19 y ss. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-C-2011-00005.pdf

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 "insuperabilidad" del miedo)⁸⁷⁶.

Para concluir, 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)⁸⁷⁷. También sería conveniente eliminar el requisito de "proporcionalidad", siendo suficiente que los haya cometido con ocasión de su situación, lo que supone una excusa suficiente el tener limitada su voluntad por dicha situación que le lleva a cometer los hechos delictivos.

8. Tipos agravados

La pena prevista por el tipo básico de trata de seres humanos es de cinco a ocho años de prisión. El legislador establece una penalidad muy severa que supera con creces lo ordenado por el artículo 4.1 de la Directiva 36/2011 que prevé 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 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 cualificados⁸⁷⁸. Estas cualificaciones delictivas se estructuran en tres niveles de

⁸⁷⁶ Ídem.

⁸⁷⁷ Ídem.

⁸⁷⁸ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-C-2011-00005>

agravación. Un primer nivel, el de los tipos cualificados contemplados en el núm. 4 del artículo, un segundo nivel agravatorio, contemplado en el núm. 5 y un tercer nivel agravatorio, el del núm. 6. del art. 177 bis⁸⁷⁹.

El precepto prevé “*pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo 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. 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 esta 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. Y, 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”.

⁸⁷⁹ Esta estructura de los tipos cualificados es analizada por VILLACAMPA ESTIARTE, C., “El delito de trata de personas: análisis del nuevo artículo 177 bis CP desde la óptica (...), Op. Cit., pp. 849 y ss.

Nuevamente, el precepto copia a la Directiva 2011/36/UE, con agravantes como el peligro grave de la vida o de la integridad física o psíquica de la víctima, la minoría de edad o la especial vulnerabilidad por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, con imposición de la pena superior en grado, que se impondrá en su mitad superior si concurre más de una circunstancia, pudiendo alcanzar en estos casos una pena privativa de libertad de entre 10 y 12 años⁸⁸⁰.

Vemos que las agravaciones previstas por el legislador pueden clasificarse para su estudio en dos categorías, las relativas al sujeto pasivo (peligro para la vida, minoría de edad, especial vulnerabilidad) y, las que se refieren al sujeto activo (condición de autoridad, pertenencia a organización).

8.1. Agravaciones que atienden al sujeto pasivo

Los supuestos cualificados del delito previstos en el núm. 4 del artículo se han reducido a dos modalidades agravatorias, en lugar de las tres previstas en el texto vigente entre 2010 y 2015. Si bien, se concreta la denunciada indeterminación de la puesta en grave peligro a la víctima del delito a que aludía la anterior versión, al que ya se refería la Directiva 2011/36/EU. El precepto no llegaba a precisar qué bien jurídico debía afectarse, sino que formula el supuesto agravatorio de forma especialmente genérica y abstracta, haciendo referencia únicamente a *un grave peligro para la víctima*, lo que suponía una excesiva indefinición que podía generar cierta inseguridad jurídica, aunque algunos autores lo vieron como una ventaja, toda vez que, en la realidad criminológica puede ser difícil distinguir por ejemplo cuando la patera pone en peligro la vida o solo la integridad física, lo que por supuesto no puede resolverse ex post cuando el peligro ya se ha realizado en un resultado lesivo⁸⁸¹. Sin embargo, la redacción aprobada resulta más acorde a las demandas de la Directiva, al referir el peligro a la vida y a la integridad tanto física como psíquica de la víctima.

⁸⁸⁰ La concurrencia de unas y otras agravaciones dará lugar a hiper-agravaciones no siempre conciliables con el principio de proporcionalidad según LLORIA GARCÍA, P., “Trata de (...)”, Op. Cit., p. 376.

⁸⁸¹ CUGAT MAURI, M., “La trata de seres humanos: la universalización del tráfico de personas y su disociación de las conductas infractoras de la política migratoria (arts. 177 bis, 313, 318 bis)”, en Quintero Olivares, G. (Dir.), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Edit. Aranzadi, 2010, p-162.

La letra b) del artículo 177 bis 4 CP, añadió algunos criterios para valorar la especial vulnerabilidad de la víctima, junto a las ya previstas relativas a la discapacidad o enfermedad, el estado gestacional de la víctima o la minoría de edad, a la que específicamente alude el artículo 4.2.a) de la Directiva. Junto a ello, la vulnerabilidad de la víctima atendiendo a su situación se ha perfilado, exigiendo que ello se deba a su situación personal. Considera el CGPJ en su informe que circunscribir la vulnerabilidad situacional únicamente a la derivada de situaciones personales resulta demasiado restrictivo, pues puede deberse a la situación familiar, social o económica, opinión que puede suscribirse. Por el contrario, considerar a las menores víctimas vulnerables sin más puede entrañar el riesgo de conducir a la aplicación del tipo cualificado en todo caso, atendiendo, además, a que la trata de seres humanos en que las víctimas son menores no requiere del empleo de ningún medio comisivo. En ese sentido, debería valorarse de futuro la adecuación de acudir al tipo cualificado sólo cuando circunstancias cuales la corta edad del menor o el empleo de medios comisivos justifiquen la consideración de la conducta como portadora de mayor contenido de injusto, huyendo de la aplicación automática de este tipo cualificado en el caso de víctimas menores de edad⁸⁸².

A) Puesta en grave peligro de la víctima

Antes de la reforma de 2015 había dos posiciones doctrinales respecto a qué debía interpretarse por “puesta en peligro”: una de carácter restrictivo, ya que limitaba la aplicación del tipo agravado cuando la puesta en peligro afectara a la vida de la víctima, como bien jurídico protegido⁸⁸³ y, una segunda postura, que interpretaba la puesta en peligro no solo referida a la vida de la víctima, sino también la afcción de otros bienes jurídicos relevantes tales como la salud o la integridad física de las personas⁸⁸⁴. Sea como fuere, la puesta en peligro de la vida o la integridad física o psíquica de la víctima debe ser dolosa, pese a que los compromisos internacionales que nos obligan incluyen también

⁸⁸² VILLACAMPA ESTIARTE, C., “El delito de trata (...)”, Op. cit., p.

⁸⁸³ En esta primera línea de interpretación se ha pronunciado DAUNIS RODRÍGUEZ, A., “El delito de trata...”, Op. Cit. p. 152-153. Indica que cuando el medio utilizado o la violencia ejercida pongan en peligro la salud del sujeto pasivo no podrá aplicarse el art. 177 bis 4 CP, aunque dichas circunstancias podrán desvalorarse adecuadamente a la hora de individualizar la pena dispuesta en el tipo básico.

⁸⁸⁴ De esta opinión MARTOS NÚÑEZ, J. A., “El delito de trata de seres humanos: análisis (...)”, Op. Cit. p. 112.

la causación imprudente, pues supondría requerir la imprudencia consciente en relación con la causación del resultado lesivo⁸⁸⁵.

Respecto a la trata mediante violencia, no es especialmente frecuente en nuestro país, resultando más habitual el uso del engaño y/o el abuso de la situación de vulnerabilidad para doblegar la voluntad de la víctima. Fundamentalmente, el ejercicio de la violencia se detecta, más que en el ámbito de la trata de seres humanos, en la posterior explotación⁸⁸⁶.

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. No obstante, 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 que supondría vulnerar el principio *non bis in idem*, sino el tipo básico de trata en concurso ideal con el delito de resultado correspondiente.

Como indicamos, con frecuencia, es la utilización de determinados medios de transporte lo que genera el peligro tanto por vía terrestre como marítima. Los tratantes hacen uso de diversas formas para lograr la entrada a Europa. Por vía marítima es habitual el uso embarcaciones inestables, como cayucos, pateras o balsas hinchables, mediante las cuales se intenta cruzar el estrecho para llegar a territorio español o bien alcanzar las costas de las islas Canarias a través del estrecho que las separa de Marruecos. Tal es el afán de los tratantes que llegan a utilizar una práctica de transporte conocida como “motores humanos” consistente en la realización de la travesía a nado y en la que el tratante provisto de traje de neopreno y aletas propulsoras remolca al inmigrante, que es trasladado con la ayuda de un flotador o en el interior de una pequeña balsa hinchable, desde las costas marroquíes a las españolas⁸⁸⁷.

⁸⁸⁵ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “El delito de trata de seres humanos. Una incriminación (...)”, Op. cit., p. 275.

⁸⁸⁶ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., “Cuestiones claves de la prostitución y la trata de seres humanos. Aproximación al caso andaluz”, en Iglesias Skulj, A. y Puente Alba, L. (Coords.), *Sistema penal y perspectiva de género: trabajo sexual y trata de personas*, Granada, Edit. Comares, 2012. , pp. 100 y ss.

⁸⁸⁷ Sentencia del Tribunal Supremo 1039/2005 de 22 de septiembre de 2005; Sentencia del Tribunal Supremo 695/2021 de 15 de septiembre de 2021 y Sentencia del Tribunal Supremo 700/2021 de 16 de septiembre de 2021.

Por vía terrestre, los medios utilizados son igualmente peligrosos la creación de dobles fondos minúsculos en vehículos en los que se contorsionan las personas para lograr cruzar el paso fronterizo habilitado sin ser detectados por las autoridades, así como dentro de maletas o escondidos entre la mercancía de camiones que atraviesan las fronteras estatales, el cruce de desiertos como el del Sahara, etc. Son solo algunos ejemplos del grave peligro al que hace mención la agravante.

Nos encontramos, en la mayoría de los casos, ante supuestos en los que, además de la trata de seres humanos, se comete también tráfico de personas, al venir integrado el sujeto pasivo por un extranjero en situación de irregularidad administrativa y existir un cruce clandestino de fronteras especialmente peligroso⁸⁸⁸. Da lugar a una situación concursal problemática, ya que una misma acción supone la activación de dos delitos diferentes en su modalidad agravada, lo que deberá solucionarse a través de la regla concursal más oportuna.

Atendiendo a las elevadas sanciones que dispone este subtipo agravado, prevé la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo (8 años a 12 años de prisión), se hace necesaria una interpretación restrictiva que atempere la exasperación punitiva del legislador⁸⁸⁹.

B) La víctima menor de edad

El art. 12 CE dispone que “*los españoles son mayores de edad a los dieciocho años*”, del mismo modo el art. 315 CC señala que “*la mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos. Para el cómputo de los años de la mayoría de edad se incluirá completo el día del nacimiento*”. Por menor de edad deberá entenderse toda persona que no haya cumplido dieciocho años⁸⁹⁰.

El art. 177 bis CP articula dos fórmulas diversas para dotar de mayor protección o salvaguarda de los menores de edad: de un lado, en el apartado 2 prevé expresamente

⁸⁸⁸ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 5/2011, sobre Criterios para la Unidad de Actuación Especializada del Ministerio Fiscal en Materia de Extranjería e Inmigración, p. 27. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=fiscalia&id=FIS-C-2011-00005>

⁸⁸⁹ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “El delito de trata de seres humanos. Una incriminación (...)”, Op. cit., p.456.

⁸⁹⁰ También en el artículo 1 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

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*” y, de otro lado, en el apartado 4.b agrava la pena cuando “*la víctima sea menor de edad*”.

Como se puede apreciar, 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 (n. ° 2 artículo 177 bis CP) y, 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. Hay que convenir que esta interpretación impide que una misma circunstancia pueda ser valorada dos veces.

Esta doble valoración de la minoría de edad dispuesta por la prohibición española puede conducir a una situación especialmente polémica: la víctima consiente los actos de trata, pero, atendiendo a su condición de menor, no solo se declara nulo su consentimiento, sino también se aplica la agravante prevista. En aras de evitar un posible quebranto del principio *non bis in ídem*, entendemos necesario para aplicar la agravante exigir un plus de la antijuridicidad de la conducta⁸⁹¹, consistente en el empleo de cualquier medio comisivo de determinación de la voluntad de la víctima, como la violencia, la intimidación, el engaño o el abuso de situación de necesidad o vulnerabilidad de la víctima y, por tanto, para salvaguardar el principio de *non bis in ídem*, el subtipo agravado sólo podrá apreciarse cuando la minoría de edad no haya sido estimada para calificar la

⁸⁹¹ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 5/2011, sobre Criterios para la Unidad de Actuación Especializada del Ministerio Fiscal en Materia de Extranjería e Inmigración, cit., señala otros casos a los que se da la misma solución, como el art. 188.2 CP.

En el mismo sentido, IGLESIAS SKULJ, A., “Trata de mujeres con fines de explotación (...)”, Op. Cit., p. 600. Según IGLESIAS debería haber concretado en circunstancias especiales el mayor desvalor de injusto, en aras de evitar la aplicación automática de este supuesto en los casos de víctima–menor de edad

conducta de la que ha sido objeto como un delito trata de personas por no concurrir los medios comisivos exigidos por el tipo básico⁸⁹².

Hubiese bastado con un subtipo agravado genérico referido a la vulnerabilidad de la víctima, en el que quedarían incluidos los menores de edad.

C) Situación de especial vulnerabilidad de la víctima por razón de enfermedad, discapacidad o situación

La Directiva de 2011 aborda el término “*vulnerabilidad*” en su Considerando 12, se refiere a “*cuando la infracción se comete en determinadas circunstancias, por ejemplo, contra una víctima particularmente vulnerable, la pena ha de ser más severa. [...] entre las personas particularmente vulnerables deben estar incluidos, al menos, los menores. Otros factores que podrían tenerse en cuenta al evaluar la vulnerabilidad de una víctima son, por ejemplo, el sexo, el estado de gestación, el estado de salud y la discapacidad*” para después, en su artículo 2.2 definirla de la siguiente manera: “*Existe una situación de vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa real o aceptable excepto someterse al abuso*”.

La Exposición de motivos de la LO 1/2015 en cumplimiento de la transposición de la normativa europea dispone que se delimita el concepto de vulnerabilidad, conforme al texto de la Directiva. No es posible prefijar todos los supuestos que en la realidad pueden darse, pero venga determinada por procesos originados internamente en la víctima, como el padecimiento de una enfermedad o de algún tipo de discapacidad, sea que dicha vulnerabilidad se derive de la especial situación de la víctima, debería aplicarse el tipo cualificado únicamente en los supuestos en que ello determine una especial vulnerabilidad de la víctima. En dicho sentido, debe atenderse a que la interpretación restrictiva del tipo cualificado viene además impuesta en este delito porque uno de los medios comisivos integrantes de la trata abusiva lo constituye el abuso de vulnerabilidad de la víctima, de tal manera que si dicha característica de la misma ha sido ya tomada en cuenta para afirmar la concurrencia del tipo básico del delito, después no puede volver a

⁸⁹² TERRADILLOS BASOCO, J., “Trata de seres humanos (...)”, Op. Cit., p. 232. ; VILLACAMPA ESTIARTE, C., “El delito de trata de seres humanos. Una incriminación (...)”, Op. Cit., p.452. y LLORIA GARCÍA, P., “Trata de (...)”, Op. Cit., p.304.

tenerse en cuenta para integrar el tipo cualificado si quiere evitarse la infracción del principio *ne bis in idem*⁸⁹³.

La jurisprudencia se refiere a situaciones en el que los acusados se aprovechan de la situación de vulnerabilidad basada en circunstancias como la extrema juventud de la víctima, el desconocimiento del idioma y las costumbres⁸⁹⁴. Por tanto, jurisprudencialmente en España la situación de vulnerabilidad se vincula especialmente a la corta edad de la víctima, a la existencia de una enfermedad, discapacidad u otra condición similar, constituyéndose las características particulares de la víctima en el origen de esta situación de vulnerabilidad. Al igual que ocurre con el abuso de situación de superioridad, no es suficiente con constatar la existencia de la situación de vulnerabilidad de la víctima, sino que se exige que el sujeto sea conocedor de la misma y abuse de ella. Tanto la doctrina y jurisprudencia han venido realizando del contenido de la especial vulnerabilidad, sobre la base de situaciones donde la víctima padezca unas circunstancias especialmente graves, como aquellos casos limítrofes con la incapacidad, debilidad o alteración mental, debilidad física, problemas económicos muy graves, adicción a las drogas o por encontrarse en riesgo inminente de perder la vida⁸⁹⁵.

⁸⁹³ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “El delito de trata de seres humanos. Una incriminación (...)”, Op. cit., p.454.

⁸⁹⁴ La Sentencia del Tribunal Supremo 1425/2005 de 5 diciembre de 2005, F.J. 4º hace referencia a varias sentencias que ponen de manifiesto la situación de vulnerabilidad. Como la Sentencia del Tribunal Supremo 161/1999 de 3 de febrero de 2022 en que los acusados se aprovecharon de la extremada juventud de una joven checa, de su desconocimiento del idioma y las costumbres españolas, de su ausencia de amistades de confianza y de su situación ilegal en España, para negarle sus ganancias y obligarla así a continuar ejerciendo la prostitución, que quería dejar, bajo su control y beneficio. La Sentencia del Tribunal Supremo 1176/98 de 7 de octubre de 1998, refiere un supuesto similar de «importación» de una joven colombiana para el ejercicio de la prostitución en condiciones engañosas, con retención de pasaporte, exigencia de devolución de una suma exagerada en concepto de compensación por gastos de viaje y estancia, control de salidas, etc. que dieron lugar al abandono voluntario de la prostitución de la joven y al intento frustrado de obligarla a volver por la fuerza al lugar donde se ejercía la prostitución. La sentencia señala que concurren en el caso cuantos presupuestos se exigen en la figura delictiva por cuanto se ha empleado violencia física e intimidación para determinar a una mujer mayor de edad a mantenerse en la prostitución, existiendo además abuso de una situación de necesidad y superioridad.

⁸⁹⁵ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., “El derecho penal como herramienta (...)”, Op. cit. p. 178; PÉREZ CEPEDA A. I., “Globalización, tráfico internacional (...)”, Op. cit., p. 269 y GUARDIOLA LAGO M. J., “El tráfico de personas en el derecho (...)”, Op. cit., p. 368.

8.2. Agravaciones que atienden al sujeto activo

A) Autoridad, agente de esta o funcionario público

El art. 177 bis 5 CP dispone que 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 o agente de esta o funcionario público*”. La pena sería de 8 años y un día a 12 años de prisión, así como la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años. Respecto a las otras agravaciones solo supone añadir una pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.

En este punto, nos preguntamos a qué sujetos activos se refiere con las expresiones funcionario, autoridad y agente. En este sentido, el art. 24.1 CP encuadraba dentro del concepto de autoridad a todo “*sujeto que por sí solo o como miembro de alguna cooperación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal*”. Por su parte, el art. 24.2 CP considera funcionario público a “*el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas*”.

Finalmente, podrán encuadrarse dentro del concepto de agente de la autoridad, aquellos sujetos que tengan la potestad para resolver asuntos sometidos a su consideración (jurisdicción propia) y potestad de reclamar obediencia (mando). En definitiva, quedan dentro de la órbita de aplicación de la agravación los funcionarios pertenecientes a las Administraciones del Estado, Comunidades Autónomas, Corporaciones Municipales y locales. Es decir, podrá activarse el subtipo agravado no solo cuando el autor o partícipe sea alguno de los sujetos mencionados en el art. 24.1 CP, sino también cuando el delito se cometa por policías nacionales, guardias civiles, policías autonómicos, policías locales, guarda muelles, celadores o, incluso, aquellos sujetos que desempeñan su actividad en funciones de gestión y/o administraciones públicas⁸⁹⁶.

⁸⁹⁶ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., “El derecho penal como herramienta (...)”, Op. cit., p. 136.

Viene justificado por representar un mayor desvalor de la acción cuando esta es realizada por un funcionario público pues implica una infracción de los deberes inherentes al cargo y la utilización de sus atribuciones en beneficio propio. Por otro lado, implica un mayor desvalor de resultado ya que la utilización de las ventajas inherentes a su cargo facilita la perpetración o implican un menor riesgo⁸⁹⁷. La acción de prevalerse implicará abusar de las mayores facilidades que tiene el sujeto activo por razón del cargo que ocupa, no siendo necesario estar en el ejercicio de las propias funciones⁸⁹⁸.

QUERALT JIMÉNEZ⁸⁹⁹, mantiene que lo esencial para determinar el carácter público o privado de la función es el régimen. Obliga a dejar fuera del concepto penal de funcionario público a todos aquellos trabajadores que desarrollan su actividad en empresas privadas concesionarias de servicios públicos o bien en empresas privadas con participación pública, sometidas a derecho privado, a través de las cuales la Administración puede desplegar su actividad.

Doctrinalmente es posible encontrar posiciones menos restrictivas que centran la atención en el elemento subjetivo identificando la función pública con aquella actividad material o jurídicamente imputable a la Administración, centrando el punto de interés en la titularidad pública de la actividad y no en su concreta gestión, defendiendo la función pública como la proyectada al interés colectivo o social, al bien común, y realizada por órganos estatales o paraestatales. Completa su afirmación aceptando que no hay inconveniente en considerar a efectos penales como funcionario público a quien participa en una actividad pública a través de una sociedad con forma de Derecho privado, pero participada por la administración, siempre que participe en la función pública⁹⁰⁰, lo cual suscribimos, pues también aquí puede suponer mayor desvalor de acción y de resultado.

Respecto de si se puede aplicar la calificación a funcionarios de terceros países, debemos convenir en que en este punto lo más adecuado resulta respetar la legislación de

⁸⁹⁷ RODRÍGUEZ MESA M. J., “Delitos contra los derechos (...)”, Op. cit., p. 111. / DAUNIS RODRÍGUEZ A., “El derecho penal como herramienta (...)”, Op. cit., p. 135. / PÉREZ CEPEDA A. I., “Globalización, tráfico internacional (...)”, Op. cit., p. 275 / GUARDIOLA LAGO M. J., “El tráfico de personas en el derecho (...)”, Op. Cit., p. 210.

⁸⁹⁸ En este sentido SANTANA VEGA, D. M., “El nuevo delito de trata de seres humanos (...)”, Op. Cit., p. 102.

⁸⁹⁹ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., “Derecho penal español (...)”, Op. cit., p.482

⁹⁰⁰ Así lo ha defendido MUÑOZ CONDE F., “Derecho penal. Parte Especial”, Op. cit., p. 986.

cada país, en el sentido de que sólo procede aplicar la cualificación si el sujeto resulta funcionario de acuerdo con el concepto penal que exista en su país⁹⁰¹.

En conclusión, el tipo básico previsto en el art. 177 bis. 1 CP prevé un delito común, aplicable a cualquiera que realice la conducta típica, mientras que el subtipo agravado tipificado en el apartado 5 del precepto recoge un delito especial impropio, que exige para su aplicación que el sujeto activo del delito ostente la condición de autoridad o funcionario público⁹⁰².

Respecto a la circunstancia genérica del artículo 22.7 CP, esta cualificación resulta incompatible en su aplicación con la circunstancia agravante que analizamos por suponer, en caso de apreciarse, la vulneración del principio *non bis in ídem*.

B) Delincuencia organizada

A mediados de la década de los noventa Naciones Unidas reconoce que el incremento de la sofisticación y globalización del crimen organizado convierten a la cooperación internacional en un elemento crucial para combatir este fenómeno. Por esta razón, a partir de 1998 comenzó a elaborar una Convención internacional relativa al crimen organizado mediante un Comité especial para la elaboración de una Convención *ad hoc*. El resultado es la Convención de Naciones Unidas contra la criminalidad transnacional organizada *Convention against Transnational Organized Crime*, Documento A/55/382, Resolución de la Asamblea General de 15 de noviembre de 2000, abierta a la firma de los Estados el 12 de diciembre de 2000, en Palermo, firmada en ese momento por 124 Estados entre los que se encuentra España, que ha suscrito igualmente sus tres Protocolos (el Protocolo para la prevención, supresión y punición del tráfico de personas, especialmente de mujeres y niños; el Protocolo contra el contrabando de

⁹⁰¹ Véase ARROYO ZAPATERO, L., “Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos”, en Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam. Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca, 2001, p. 43.

⁹⁰² Vid. DE LEÓN VILLALBA, F. J., “Tráfico (...)”, Op. Cit. p. 270; GUARDIOLA LAGO M. J., “El tráfico de personas en el derecho (...)”, Op. Cit., p. 209; RODRÍGUEZ MESA, Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, Op. Cit., p. 11; PÉREZ CEPEDA, Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal, Op. Cit., p. 275 y SERRANO-

PIEDECASAS, “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en Op. Cit., p. 341.

emigrantes por tierra, mar y aire y; el Protocolo contra la fabricación y tráfico ilícito de armas de fuego, sus partes y componentes y de municiones)⁹⁰³.

El propósito de la Convención era “*promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente*” este fenómeno criminal” (art. 1). Y la contienda contra la delincuencia organizada pasa por el compromiso de los Estados Parte de asumir la tipificación de una de las conductas siguientes, o ambas, como delitos distintos de los que entrañen el intento o la consumación de la actividad delictiva (artículo 5.1):

a) El acuerdo con una o más personas de cometer un delito grave con un propósito que guarde relación directa o indirecta con la obtención de un beneficio económico u otro beneficio de orden material y, cuando así lo prescriba el derecho interno, que entrañe un acto perpetrado por uno de los participantes para llevar adelante ese acuerdo o que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado;

b) La conducta de toda persona que, a sabiendas de la finalidad y actividad delictiva general de un grupo delictivo organizado o de su intención de cometer los delitos en cuestión, participe activamente en: i) actividades ilícitas del grupo delictivo organizado; ii) otras actividades del grupo delictivo organizado, a sabiendas de que su participación contribuirá al logro de la finalidad delictiva antes descrita;

c) la organización, dirección, ayuda, incitación, facilitación o asesoramiento en aras de la comisión de un delito grave que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado.

⁹⁰³ NACIONES UNIDAS (2020), Asamblea General. Resolución 55/25 de 15 de noviembre de 2000. Disponible en: <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>

Los números 2 y tres prescriben respectivamente los siguiente: 2. El conocimiento, la intención, la finalidad, el propósito o el acuerdo a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo podrán inferirse de circunstancias fácticas objetivas. 3. Los Estados Parte cuyo derecho interno requiera la participación de un grupo delictivo organizado para la penalización de los delitos tipificados con arreglo al inciso i) del apartado a) del párrafo 1 del presente artículo velarán porque su derecho interno comprenda todos los delitos graves que entrañen la participación de grupos delictivos organizados. Esos Estados Parte, así como los Estados Parte cuyo derecho interno requiera la comisión de un acto que tenga por objeto llevar adelante el acuerdo concertado con el propósito de cometer los delitos tipificados con arreglo al inciso i) del apartado a) del párrafo 1 del presente artículo, lo notificarán al secretario general de las Naciones Unidas en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de la presente Convención o de adhesión a ella.

El fin último de este acuerdo internacional es el acercamiento de los países en definir qué es el delito transnacional, toda vez que se trata de un flagelo que requiere de la necesaria cooperación de los Estados.

El Protocolo de Palermo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños se adoptó como instrumento complementario a la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional. Esta complementariedad muestra la conexión entre el fenómeno de la trata y el de la delincuencia organizada transnacional. En los instrumentos internacionales posteriores, la participación de una organización criminal en la comisión del delito de trata se va regulando como una circunstancia agravante de la responsabilidad penal y no como un elemento esencial del tipo básico y es que el Convenio de Varsovia y la Directiva de 2011 se limitan a establecer como circunstancia agravante del delito su perpetración en el marco de una organización criminal.

La transnacionalidad del crimen hace que cobren relevancia conceptos como el Derecho penal internacional, diferente del Derecho internacional penal. El primero reservado a las cuestiones internacionales incorporadas en normas reguladas en los ordenamientos penales internos; el segundo, Derecho penal relativo a los hechos que perturban con la intensidad que requiere este sector del ordenamiento jurídico el orden y equilibrio internacionales y cuya estructura es puramente transnacional⁹⁰⁴. En este sentido el legislador español sigue, nuevamente y atendiendo al primero de los conceptos, las directrices de los instrumentos internacionales. Así, el art. 177 bis 6 CP dispone que “*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 concurriera alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en la mitad superior. Si concurriera la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo se impondrán las penas señaladas en este en su mitad superior*”. Prevé la imposición de penas de hasta dieciocho años de prisión. A su

⁹⁰⁴ MORILLAS CUEVA, L., “Globalización y delincuencia organizada. Respuestas penales”, en (Dir.) Garrido Carrillo, F. J. (Coord.) Faggiani, V., *Respuesta institucional y normativa al crimen organizado. Perfiles estratégicos para una lucha eficaz*, Aranzadi, 2022, p. 62.

vez, la delincuencia organizada se castiga en los tipos genéricos contenidos en el Capítulo VI. De las organizaciones y grupos criminales, del Título XXII.

El apartado 6º del art. 177 bis CP, eleva la pena en un grado a la prevista en el tipo básico (de ocho a doce años de prisión) y la 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. El párrafo segundo prevé la aplicación de la pena en su mitad superior que se podrá elevar a la inmediatamente superior en grado (de doce a dieciocho años), cuando el culpable sea jefe, administrador o encargado de dicha organización o asociación.

Paralelamente, en los arts. 570 bis y 570 ter CP se criminaliza la participación en organizaciones y grupos criminales con penas que pueden llegar hasta los doce años de prisión cuando se cumplan determinados requisitos. Dicha sanción podrá situarse en su mitad superior cuando tales organizaciones se dediquen a la realización de alguno de los delitos previstos en el art. 570 bis 3 CP, entre los cuales, sorprendentemente, también se encuentra la trata de seres humanos. Finalmente, en los arts. 515 y ss. CP se recogen una serie de sanciones privativas de libertad y de derechos para las asociaciones ilícitas que, sin estar recogidas en los arts. 570 bis y 570 ter CP, tengan por objeto cometer algún delito, después de constituidas promuevan su comisión o tenga por objeto cometer o promover la comisión de forma organizada, coordinada y reiterada.

TERRADILLOS BASOCO afirma que la exigencia legal de que las organizaciones o asociaciones del art. 177 bis 6 CP deban “*dedicarse a la realización de tales actividades*”, elimina o neutraliza la criminalización de la concertación o agrupación esporádica o episódica —es decir, la codelincuencia— en el subtipo agravado del art. 177 bis 6 CP, ya que, “*es posible que una asociación esporádica cometa un delito de trata de personas, pero no es posible afirmar que esté dedicada a ello*”. Por tanto, según el mismo, por dedicación a tales actividades deberá entenderse, de forma restrictiva, la comisión reiterada de delitos de trata de seres humanos⁹⁰⁵. Frente a esta postura, la jurisprudencia del Tribunal Supremo entiende que no se requiere una organización estable, siendo

⁹⁰⁵ TERRADILLOS BASOCO, J. M., “Trata de seres humanos”, Op. Cit., p. 213.

suficiente una mínima permanencia que permita distinguir estos supuestos de los de mera codelincuencia⁹⁰⁶. Coincidimos con el alto Tribunal, ahora bien, deberá atenderse al caso concreto y a otros elementos, como el reparto o la distribución de funciones, organización, etc., para aplicar el tipo agravado previsto para la organización criminal⁹⁰⁷.

El apartado 3 de los arts. 570 bis y ter establece la imposición de las penas previstas en el apartado primero o en los tipos cualificados del apartado segundo en su mitad superior, en función de la gravedad y naturaleza de los delitos planificados, esto es, la importancia del bien jurídico protegido por el delito-fin y, concretamente, cuando se trate de delitos contra la vida o la integridad de la persona. En estos casos se produce una doble cualificación, pues ya la pena se agrava cuando la finalidad es la comisión de delitos graves y, por otro lado, en el delito de trata ya se ha tenido en cuenta la pertenencia a organización criminal como agravante, dando lugar a problemas de *bis in ídem*⁹⁰⁸.

Esta colisión con los artículos 570 bis (organización criminal) y 570 ter (grupo criminal) del Código Penal determina que los conflictos concursales que puedan producirse en este ámbito deban analizarse partiendo de la consideración de que nos encontramos en presencia de un concurso de leyes que debe ser resuelto por el criterio de la gravedad de la pena a imponer⁹⁰⁹, lo que supone la aplicación preferente del subtipo agravado del delito de trata de seres humanos. A dicha solución aboca la propia regla concursal dispuesta en el art. art. 570 quater 2 in fine que parece detectar esta posible problemática concursal, cuando expresa: “*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. 8ª*”⁹¹⁰.

⁹⁰⁶ Es especialmente relevante la Sentencia del Tribunal Supremo 1095/2001 de fecha 16 de julio de 2001 que estima incluidos dentro del concepto de grupo criminal los casos de organizaciones en los que: “(...) *no se requiere una organización estable, siendo suficiente una "mínima permanencia" que permita distinguir estos supuestos de los de mera codelincuencia. Cabe incluso la organización constituida para una operación específica, siempre que concurren los elementos propios de la organización criminal: un centro de decisiones y diversos niveles jerárquicos, con posibilidad de sustitución de unos a otros mediante una red de reemplazo que asegure la supervivencia del proyecto criminal con cierta independencia de las personas*”.

⁹⁰⁷ BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., “Trata de seres (...)”, Op. cit., p. 226.

⁹⁰⁸ Véase MUÑOZ RUIZ, J., *Respuesta jurídico-penal al crimen organizado*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 188 – 189.

⁹⁰⁹ GARCÍA DE BLANCO, V., “Trata de seres humanos y criminalidad organizada”, *Anuario de derecho Penal y ciencias Penales*, 2014, pp. 193 ss.

⁹¹⁰ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., “El delito de trata (...)”, Op. Cit., pp. 160-161.

En este punto se hace necesario un análisis de la relación existente entre el delito de trata de seres humanos y el crimen organizado. Para ello, nos preguntamos qué debemos entender por organización y asociación criminal, concepto que ha suscitado debate doctrinal y de obligado estudio en un delito como este.

a) Organización Criminal

La Convención de Naciones Unidas contra la criminalidad transnacional organizada, en su art.2.a) define al grupo delictivo organizado como aquel *“grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”*⁹¹¹

La Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada, a la que se remite la propia Directiva 2011/36, se refiere a la organización delictiva, cuando la identifica con una *“asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo y que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años o con una pena aún más severa, con el objetivo de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”*. Esta Decisión Marco obligaba a tipificar la participación en una organización criminal con una pena máxima de reclusión de al menos entre dos y cinco años⁹¹².

⁹¹¹ NACIONES UNIDAS. Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Nueva York, 2004, p.5. Disponible en: <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>

⁹¹² Junto al concepto de organización criminal, la mencionada DM se refiere al concepto de asociación estructurada, en su art. 1.2 que identifica con una *“organización no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito ni que necesite haber asignado a sus miembros funciones formalmente definidas, continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada”*.

Por su parte, el art. 2 de la Decisión Marco obliga a tipificar la conducta de toda persona que, de manera intencionada y a sabiendas de la finalidad y actividad general de la organización delictiva o de su intención de cometer los delitos en cuestión, participe activamente en las actividades ilícitas de la organización, incluida la facilitación de información o de medios materiales, reclutando a nuevos participantes, así como en toda forma de financiación de sus actividades a sabiendas de que su participación contribuirá al logro de la finalidad delictiva de esta organización; Así como la conducta de toda persona que consista en un acuerdo con una o más personas para proceder a una actividad que, de ser llevada a cabo, suponga la comisión de delitos considerados en el artículo 1, aun cuando esa persona no participe en la ejecución de la actividad.

Como afirma la STS 1504/2004, de 25 de febrero, no existía en nuestro ordenamiento jurídico un concepto normativo de organización criminal, si bien desde una perspectiva criminológica cabía entender como tal «*la concentración de esfuerzos para conseguir un fin delictivo que por su propia naturaleza necesita de un tejido estructural que hace imprescindible una colaboración ordenada y preestablecida entre varias personas*»⁹¹³.

Fue la necesidad de armonización internacional la que trajo la introducción de esta figura mediante la LO 5/2010 en el Capítulo VI del Título XXII del Código penal, con los artículos 570 bis, 570 ter y 570 quáter, que tipifican las organizaciones criminales y los grupos criminales como formas de concertación criminal autónoma de los hechos que se perpetren en su seno⁹¹⁴, esta regulación ha sido objeto de reformas, la última la llevó a cabo la LO 1/2015, de 30 de marzo.

A partir de 2010, se introducen cambios en la persecución de la delincuencia organizada, incorporando una propia definición legal de organización criminal en el art. 570 bis CP: «*la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos*». Se presentan, por tanto, cuatro elementos básicos que vienen a configurar la nueva concepción de organización criminal.

⁹¹³ Sentencia del Tribunal Supremo 1504/2003, de 25 de febrero de 2003, en supuesto de delito contra la hacienda pública: La primera vez que en nuestro derecho interno se tipificó autónomamente una «organización criminal» fue como consecuencia de la modificación incorporada por la LO 5/1999, de 13 de enero, a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, «en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves», añadiendo un nuevo artículo 282 bis, que proporciona habilitación legal a la figura del «Agente Encubierto».

⁹¹⁴ La falta de adaptación de la definición del delito de integración, pertenencia y/o participación en una organización criminal del artículo 515 del CP a la definición de los instrumentos internacionales que abordan el problema como el Plan de Acción para la Lucha contra la Delincuencia Organizada aprobado por el Consejo Europeo celebrado en Ámsterdam en junio de 1997 y sus posteriores revisiones, la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo de 24 de octubre, relativa a este mismo tema, la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional del año 2000 y en la Ley de enjuiciamiento criminal en su artículo 282 bis justificó la reforma.

Por su parte, el Convenio de Palermo contempla específicamente las organizaciones criminales para la trata de seres humanos en su artículo 5: 1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito en su derecho interno las conductas enunciadas en el artículo 3 del presente protocolo, cuando se comentan intencionadamente. 2. Cada Estado parte adoptará asimismo las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito: a) con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, la tentativa de comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo; y c) la organización o dirección de otras personas para la comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo.

La Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado señaló que la reforma del Código Penal por la LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, respondía a los compromisos derivados de instrumentos internacionales de aproximación de las legislaciones nacionales y de cooperación judicial asumidos por los Estados Miembros de la Unión Europea en la lucha contra la llamada delincuencia organizada transfronteriza, tanto en materia de prevención como de represión penal⁹¹⁵. Son elementos de la organización criminal según la Circular 2/2011:

a) Una pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad, que se concreta en tres o más (actualmente son 2 o más). Se trata, por tanto, de un delito plurisubjetivo, en el que el sujeto activo está formado por la concurrencia de varias personas, diferenciándose dos clases de autores, merecedores de distinto reproche penal, en función de la responsabilidad asumida en el marco de la organización.

b) La existencia de una estructura más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista, en la que por lo general deben poder reconocerse relaciones de jerarquía y disciplina, entendiéndose por tal el sometimiento de sus miembros a las decisiones de otro u otros de los miembros que ejercen la jefatura, y la definición y reparto de funciones entre sus miembros. Debe contar, pues, con la infraestructura adecuada para realizar un plan criminal que, por su complejidad o envergadura, no estaría al alcance de una actuación individual o incluso plurisubjetiva, pero inorgánica.

c) Una consistencia o permanencia en el tiempo, en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio, y

d) El fin de la organización ha de ser la comisión de delitos como producto de una “voluntad colectiva”, superior y diferente a la voluntad individual de sus miembros lo que supone una cierta determinación de la ilícita actividad, sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar (STS 745/2008, de 25 de noviembre y 41/2009, de 20 de enero).

No se exige como requisito, ni un acto fundacional, ni una organización muy compleja, ni la adopción de una determinada forma jurídica, ni que se mueva en un amplio

⁹¹⁵ Fiscalía General del Estado. Circular 2/2011, de 2 de junio, sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=fiscalia&id=FIS-C-2011-00002&tn=2>

espacio geográfico, ni la existencia de conexiones internacionales. Y es que cada vez más, las redes actúan como sistemas interconectados de forma más o menos flexible, sin una jerarquía estricta⁹¹⁶. Al estar regulados entre los delitos contra el orden público, el bien jurídico protegido sería la estabilidad social como base de la democracia⁹¹⁷.

Son muchos los autores que entienden que en el delito de trata la dinámica comisiva habitual requiere una infraestructura que permita diversificar actividades, en la mayoría de los casos existe detrás del delito un entramado criminal respaldado por una organización criminal. La organización criminal está compuesta por miembros de diferentes nacionalidades, actúa en diferentes países, con diferentes actividades que comprenden todas las fases del proceso hasta alcanzar la efectiva explotación⁹¹⁸. Esto supone la existencia de una estructura más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista, es decir, debe contar, con la infraestructura adecuada para realizar un plan criminal que, por su complejidad o envergadura, no estaría el alcance de una actuación individual o incluso plurisubjetiva pero inorgánica⁹¹⁹.

No obstante lo anterior, no siempre es así, no todo supuesto de trata implica ni un gran despliegue de medios ni supone la operación de una gran organización, la relación

⁹¹⁶ O personas jerárquicamente independientes que ejecutan diferentes roles, en función de la fase de desarrollo del tránsito y, en muchos casos, con estructuras de tipo empresarial, véase DE LEÓN VILLALBA, F. J., “Propuesta de reforma frente a la trata de seres humanos”, en Casanueva Sanz, I./Pueyo Rodero, J. A. (ed.), *El anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008: algunos aspectos*, Universidad de Deusto, 2008, p. 148.

⁹¹⁷ Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1985 RJ 1985\3031. En este sentido, el preámbulo de la LO 5/2010 especifica que el orden público como bien jurídico de estos tipos abarca la seguridad jurídica, la vigencia efectiva del principio de legalidad, los derechos y las libertades de los ciudadanos, en fin, la calidad de la democracia, que constituyen de este modo objetivos directos de la acción destructiva de estas organizaciones. La Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código Penal por la LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales mantiene que el bien jurídico es la protección de la seguridad ciudadana, definiéndola como seguridad y paz en las manifestaciones de la vida ciudadana que comprendería y posibilitaría la justificación de incorporar la lucha contra esos grupos dedicados a la delincuencia a pequeña escala que afectan al normal desenvolvimiento de la vida comunitaria, generando intranquilidad y desasosiego, como expresamente señala y que resulta bastante alejado del Preámbulo de la LO 5/2010 que afirma que el fenómeno de la criminalidad organizada atenta directamente contra la base misma de la democracia.

⁹¹⁸ Vid. DE LEÓN VILLALBA, F. J., “Tráfico (...)”, Op. Cit., pp. 76 ss.; PÉREZ CEPEDA, A.I., “Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y Derecho penal”, Comares, Granada, 2004, pp. 12 ss.; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., “Tráfico y trata de personas a través de organizaciones criminales”, en Puente Aba, L.M. (Dir.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración*, Comares, Granada, 2008, pp. 259 ss.

⁹¹⁹ MUÑOZ RUÍZ, J., “Elementos diferenciadores entre organización y grupo criminal”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, Nº. 22, 2020, p. 16.

entre trata y criminalidad organizada se haya generalizada⁹²⁰. Se ha criticado la gravedad de la respuesta penal prevista para estos supuestos como la forma concreta en que el legislador de 2010 ha incriminado los casos de trata de seres humanos realizados por quien actúa en el marco de una organización criminal⁹²¹.

La STS n.º 146/2020, de 14 de mayo, se refiere a los elementos de la organización con ocasión del delito de trata de seres humanos: Pluralidad de personas coordinadas de manera estable, una estructura definida de más de dos personas en la que los acusados asumían diferentes roles, la acusada ejercía una jerarquía organizativa; Concurren los medios idóneos y un plan criminal previamente concertado; También hay una dimensión temporal de la organización: Se inicia desde la captación de la víctima a principio del 2015 hasta las detenciones que se producen en mayo y octubre de 2016; Hay distribución de funciones y reparto de tareas entre acusados y otras personas no identificadas. Se describe el papel del captador de la víctima, la gestión del transporte, el receptor que las custodia. Finalmente, dispone que en la trata no hay complicidad, no se responde penalmente por un acto aislado, es una cadena, un conjunto de eslabones que forma el delito y responden todos los que intervienen en el proceso delictivo⁹²².

En definitiva, las organizaciones de trata son habitualmente difusas, sus integrantes desarrollan roles diversos que en algunos casos se entremezclan. Hay casos en que los miembros de la organización intercambian con frecuencia los roles respecto de la víctima (captadores o *sponsor*, quienes las trasladan y las alojan y quienes las controlan en fase de explotación)⁹²³.

⁹²⁰ VILLACAMPA ESTIARTE, C, "Trata de seres humanos y delincuencia organizada", InDret 1/2012, pp. 8 ss.

⁹²¹ Ídem. p. 20.

⁹²² Sentencia del Tribunal Supremo 146/2020 de 14 de mayo de 2020: Se trata de un delito de tendencia que requiere que las conductas alternativas señaladas, ejecutadas empleando los medios también indicados, se realicen con la finalidad de explotación sexual, y ello ha quedado probado, por lo que las conductas alcanzan a todos los que desde su rol colaboran en el objetivo tendencial previsto, no pudiendo reclamarse que en la "cadena colaborativa" se condene solo por una actividad concreta y aislada, porque ese "aislamiento" de las conductas colaborativas no puede admitirse al ser el resultado de una cadena general de conductas que operan a modo de eslabones" que integran el delito total y atrae y deriva responsabilidad penal a los que han intervenido en la cadena del proceso delictivo.

⁹²³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife 29/2020 de 22 de enero de 2020.

b) Asociación criminal

El art. 177 bis 6 CP no solo hace referencia a la pertenencia del sujeto activo a una organización, sino que también agrava la pena cuando éste forme parte de una asociación.

El art. 515.1 CP integrado en el Capítulo IV de los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas del Título XXI sobre los Delitos contra la Constitución, calificaba como ilícitas ciertas asociaciones que por sus fines o por los medios utilizados merecen reproche penal. Se entiende por asociación ilícita, entre otras, aquellas que *“tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión”* (art. 515.1. 1º CP).

Algunos consideraron que la falta de adecuación del delito de asociación ilícita, tanto en su propio fundamento como en la restrictiva aplicación por parte de los tribunales, ha generado la proliferación de subtipos agravados consistentes en la pertenencia del autor a una organización criminal, de modo que para la inclusión de las figuras delictivas de los artículos 570 bis y ter, que pretendían dotar de mayor armonía a la protección contra las organizaciones criminales, habría debido aprovecharse para recomponer el cuadro tipológico vigente mediante la depuración de esos otros tipos y subtipos a los que parece querer sustituir el legislador, por su ineficacia⁹²⁴.

Tras las diversas reformas, la última en 2021 el precepto queda redactado como sigue: Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración: 1.º Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión; 2.º Las que, aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución; 3.º Las organizaciones de carácter paramilitar; 4.º Las que fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o discapacidad.

⁹²⁴ No existe una explicación lógica sobre ese distinto tratamiento de figuras que aparentemente cumplen una función idéntica. Su pervivencia generará también problemas de colisión normativa. Más detalladamente en GARCÍA RIVAS, N. Y LAMARCA PÉREZ, C., “Organizaciones y grupos criminales (arts. 570 bis, 570 ter y 570 quáter)” en (Dir.) Álvarez García, F. J. González Cussac, J. L. *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Edit. Tirant lo Blanch, 2010, p. 505.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia se han esforzado para definir la asociación ilícita, proponiéndose tres elementos: 1. Pluralidad de sujetos integrantes de la asociación, exigiendo en la mayoría de los casos, que estuviese formada por, al menos, tres personas. 2. Cierta estructura organizativa, que suponga una interconexión de los integrantes de la asociación. 3. Permanencia de la asociación, al existir un acuerdo duradero y no meramente ocasional de realizar tales actividades ilícitas⁹²⁵.

La diferencia entre organización y grupo se encuentra en el «carácter estable o por tiempo indefinido» de las organizaciones criminales. Podríamos decir que la organización criminal tiene vocación de permanencia indefinida en el tiempo –y quizás por eso no se diferencia entre los diferentes delitos que puedan llegar a planificarse– y el grupo criminal puede permanecer estable cierto tiempo pero que su duración es transitoria. Las dudas surgen sobre si esta diferencia puede fundamentar una regulación tan distinta de ambos fenómenos. Tanto la organización como el grupo están predeterminados a la comisión de una pluralidad de hechos delictivos. Por ello cuando se forme una agrupación de personas, para la comisión de un delito específico, nos encontraremos ante un supuesto de codelincuencia, en el que no procede aplicar las figuras de grupo ni de organización⁹²⁶.

En este sentido, la jurisprudencia al interpretar esta agravación ha distinguido entre participación plural de personas, encuadrable en el ámbito de la coautoría, y aquella otra que se integra en la modalidad agravada. En su virtud, ha afirmado que la mera presencia de varias personas con decisión común en la ejecución de unos hechos típicos, indica una pluralidad de autores o partícipes en el hecho delictivo, pero no tiene por qué suponer la aplicación de la agravación específica derivada de la organización. La pertenencia a una organización no puede confundirse con la situación de coautoría o coparticipación, la intervención de varias personas, aun coordinadas, no supone la existencia de una organización en cuanto un plus, frente a la mera codelincuencia. Porque la organización es algo más, pues se caracteriza por la agrupación de más de dos personas, la finalidad de cometer delitos, el carácter estable o por tiempo indefinido y el reparto de tareas de manera concertada y coordinada, con aquella finalidad. De esta manera, su

⁹²⁵ En MUÑOZ CONDE F., “Derecho penal. Parte Especial”, Op. cit., p. 846. Se describen los elementos de la asociación ilícita en Sentencia del Tribunal Supremo 234/2001, de 3 de mayo de 2001, F.J. 9º, Sentencia del Tribunal Supremo 421/2003, de 10 de abril de 2003, F.J. 6º.

⁹²⁶ Sentencia del Tribunal supremo 15/2018 de 16 de enero de 2018.

apreciación exige: 1º) Pluralidad subjetiva: agrupación formada por más de dos personas; 2º) Permanencia: con carácter estable o por tiempo indefinido; 3º) Estructura: que de modo concertado y coordinado se repartan diversas tareas o funciones; 4º) Finalidad criminal: con el fin de cometer delitos⁹²⁷.

Entendemos que el art. 177 bis 6 CP pretende otorgar el mismo alcance y contenido a los términos organización y asociación, proponiendo para ambos una interpretación restrictiva que exija, al menos, la presencia de los cuatro elementos citados a la hora de definir la organización criminal, pues puede llevar a incluir en cualquiera de estos conceptos a los grupos esporádicos de personas concertadas para la eventual comisión de un delito de trata de personas tanto porque los mismos no cabrían en el concepto de organización como tampoco en el de asociación criminal. Se hace necesaria una interpretación restrictiva para este tipo delictivo que se había venido dando tradicionalmente a conceptos con los de organización y asociación delictiva, sino también porque la observancia a los mandatos internacionales de incriminación no nos obliga a llegar tan lejos como para incriminar agravadamente cualquier supuesto de concertación delictiva pluripersonal para la comisión de un delito de trata de personas a que podría conducirnos una interpretación amplia del tipo cualificado del art. 177 bis 6 CP⁹²⁸.

La doctrina ha considerado que a la hora de establecer esta agravante no se observa una lógica en la selección de los delitos y en el distinto ámbito de aplicación de los mismos, lo que obligará a jueces y tribunales a realizar una labor exegética que delimite los ámbitos típicos. En opinión de un sector, esta alternativa, pese a las cuestiones que plantea, aclara los problemas de determinación del bien jurídico protegido ante la consideración de la naturaleza pluriofensiva de las figuras agravadas, que abarcan tanto el desvalor de la conducta típica del delito de explotación, como el de la participación en la organización que sirve de soporte a la ejecución de tales delitos y resulta, por otra parte, mucho más coherente con la sistemática general de los actos preparatorios y evita muchos conflictos. Utilizar sólo esta vía permitiría dar un tratamiento particularizado a

⁹²⁷ Sentencia del Tribunal Supremo 400/2018 de 12 de septiembre de 2018.

⁹²⁸ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Trata de seres humanos y delincuencia organizada. Conexión entre ambos fenómenos criminales y su plasmación jurídico-penal”, *Revista de Análisis para el Derecho*, 1/2012, 2012, p.26.

determinados delitos que tome en cuenta las circunstancias peculiares de cada uno, lo que no puede lograrse con una previsión de carácter general⁹²⁹.

En sentido contrario, la idea de grupo o de organización, no puede ocupar con facilidad el lugar de los autores de los delitos con el simple recurso a la mención de que las penas se agravarán si los hechos fueran cometidos en el marco de una organización criminal, lo que supone el protagonismo en el hecho criminal del individuo o individuos concretos que han ejecutado la acción criminal, cuando la organización realmente representa un plus de peligrosidad en la comisión de los delitos posteriores.

Algunos autores defienden la eliminación de los subtipos agravados, dejando que los casos de comisión de delitos por personas integradas en organizaciones o grupos criminales se resuelvan aplicando un concurso real entre el delito cometido y el de organización o grupo criminal que, como apunta FARALDO CABANA, sería ideal en caso de inherencia (los delitos instrumentales para el sostenimiento de la asociación pueden considerarse inherentes a la conducta típica de integración como miembro de la estructura para delinquir). Sólo así se podrá dar una respuesta más clara y satisfactoria a los delitos de miembros o jefes de organizaciones o grupos criminales en ejecución del plan criminal del ente⁹³⁰.

Por último, el apartado 6 segundo inciso del art. 177 bis CP prevé una última agravante al elevar la pena para los jefes, administradores o encargados de la organización o asociación, en un intervalo entre la mitad superior y el grado inmediatamente superior, que para el tipo básico irá de los 10 a los 18 años de prisión. Siendo, en todo caso, la pena aplicable la superior en grado si se dan los tipos agravados de los apartados 4 y 5.

Serán promotores o constituyentes quienes asumen el rol de «ideólogos» de las actividades y finalidades de una organización, y también quienes realizan la función de

⁹²⁹ Entre otros, GONZÁLEZ RUS, J. J., “Aproximación político-criminal a la regulación de la criminalidad organizada después de la reforma de 2010”, en (Dir.) González Rus, J. J. La criminalidad organizada, Valencia, 2013, p. 116 y MUÑOZ RUÍZ, J., “*Respuesta jurídico-penal (...)*”, Op. Cit., pp. 84-85.

⁹³⁰ FARALDO CABANA, P., “Cuestiones concursales en los delitos de organización o grupo criminal” en (Coord.) por Ballesteros Sánchez, J. y (Dir.) Zúñiga Rodríguez, L. Criminalidad organizada transnacional: una amenaza a la seguridad de los estados democráticos, Edit. Tirant lo Blanch, 2017, p. 544.

«reclutamiento» y «adoctrinamiento» de sus miembros, es decir, todos aquéllos que la promocionan o promueven, entre ellos, los fundadores del ideario de la banda criminal⁹³¹.

c) *Modus Operandi* de las organizaciones criminales

Las organizaciones y grupos criminales tienen diferente modo de proceder según el origen de sus autores⁹³².

Los grupos criminales de rumanos y búlgaros se relacionan por lazos familiares o por pertenecer a la misma etnia. Tienen división de tareas en su actividad delictiva, como son la captación en sus países⁹³³, el transporte por carretera hasta nuestro país, los controles en la fase de explotación y los “introdutores” que son los que se encargan de visualizar las necesidades de personas para su explotación en nuestro país y que encargan a los anteriores la “mercancía”. En estas bandas es muy utilizado el método del *lover boy*, hombres jóvenes llegan a los pueblos de su etnia alardeando de coches, enseres y riqueza que consiguen enamorar a mujeres jóvenes ofreciéndoles mejor nivel de vida en España u otros países ofreciéndoles trabajo en la hostelería y, una vez en destino, son amenazadas para conseguir su fin, la explotación sexual⁹³⁴.

Los grupos nigerianos, captan a sus víctimas dentro de su misma etnia y familia, antes de llegar a España les agreden sexualmente con el fin de que queden embarazadas y así facilitar la permanencia en nuestro país, consiguiendo el paso desde la ciudad autónoma hasta la península. Son captadas mediante ritos o ceremonias de Vudú o JUJU⁹³⁵. Estos ritos son diversos, en algunos casos las víctimas se someten a baños, en otros se les rocía meramente con agua, les hacen beber o comer determinadas cosas, se utilizan cantos y hierbas. En todo caso siempre se hace uso de partes corpóreas de la

⁹³¹ CERRADA MORENO, M., *Criminalidad organizada tratamiento policial y judicial*, Bosch editor, 2020, p. 133.

⁹³² CALVO VINAGRE, V. Y GARCÍA DOMÍNGUEZ, P., “Trata de seres humanos”. *Cuadernos de la Guardia Civil: Revista de seguridad pública*, n.º 52, 2016, pp. 64-65.

⁹³³ Véase a modo de ejemplo Sentencia 554/2019 de 13 noviembre de 2019: *existencia de una organización que desde 2010 venían dedicándose a captar mujeres en Rumanía mediante engaño y abusando de su situación de precariedad o vulnerabilidad para traerlas a España a ejercer la prostitución*

⁹³⁴ Sobre la figura *lover boy* puede verse Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas 128/2019 de 4 abril de 2019 según la cual *el modo de actuar del acusado es el propio de lo que se ha venido a denominar "lover boys", esto es captar menores para explotarlas en España, en este sentido, el perfil mayoritario de estas víctimas es el de una adolescente de Europa del este, de entre 14 y 17 años, que son captadas por chicos jóvenes que las enamoran y, aprovechando su vulnerabilidad, las trasladan a otro país para explotarlas.*

⁹³⁵ Sentencia de la Audiencia Nacional 1/2019 de 18 febrero de 2019 y Sentencia del Tribunal Supremo 422/2020 de 23 julio de 2020.

víctima como uñas, cabello, pelo de las axilas y pelo púbico, así como sudor, sangre o sangre de la menstruación⁹³⁶.

El traslado se realiza vía terrestre a través del desierto hasta Argelia y después Marruecos, a veces a pie y otras en vehículos, en trayectos que pueden durar años y en los que también son explotadas y adquiriendo deudas que deben pagar mediante la explotación o proporcionando nuevas víctimas, a menudo, familiares.

Los grupos sudamericanos tienen un *modus operandi* similar a los grupos romanos. Las víctimas son captadas a través de contactos personales y familiares, son trasladadas por vía aérea, son recibidas en el aeropuerto e inmediatamente conducidas a los prostíbulos para ser explotadas.

Los grupos paquistaníes explotan a sus víctimas sobre todo laboralmente en talleres y en establecimientos de restauración. Son captadas en su lugar de origen con promesas de trabajo, acceden a través de Gran Bretaña por los acuerdos con este país y, posteriormente, son distribuidas entre los demás países de la UE⁹³⁷.

En el *modus operandi* de las organizaciones criminales se pueden observar, a menudo, dos tipos de relaciones familiares: Relación externa o mediata, en este caso el tratante es un sujeto no unido ni familiar ni afectivamente a la víctima procedente por lo general del mismo lugar que la víctima y conocedor de su precaria situación, por otro lado, estaría la relación interna o inmediata, en este caso el tratante es un sujeto del círculo próximo de la víctima (amigo de la familia, vecino, novio...)⁹³⁸.

⁹³⁶ DOLS GARCÍA, A., “El vudú como elemento de coacción en el delito de trata”, *Revista General de Derecho Penal*, n.º 18, 2012, p. 13.

⁹³⁷ A modo de ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 1ª) 24/2017 de 8 febrero de 2017.

⁹³⁸ En este sentido GARCÍA SÁNCHEZ, M. D., “El menor víctima en el delito de trata de seres humanos”, *Anuario de justicia de menores*, n.º 16, 2016, p. 235.

CAPÍTULO IV- LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Para completar todo el proceso de lucha contra el delito de trata de seres humanos es necesario abordar el último elemento de la política 3P, esto es la *Protección* de las víctimas, pues no basta con la persecución penal y el enjuiciamiento. El Código Penal es, o debe ser, la *última ratio* y para ello son imprescindibles las medidas de prevención, asistencia y protección de las víctimas. En las últimas décadas la preocupación sobre los derechos de la víctima, así como de su posición en el proceso penal “*victimocentrismo*”, se ha ido reflejando en nuestra legislación. En este sentido, se hace necesario el estudio de la normativa internacional en materia de protección de víctimas de trata y el modo en que el legislador nacional ha adaptado nuestra legislación. No sin antes remarcar que entendemos que no se podrá erradicar este problema sin la “P” fundamental de “prevención” mediante la búsqueda de estrategias integrales que abarquen todos los aspectos de la trata, así como los factores que la generan (oferta y demanda de las finalidades de explotación). En el caso de la oferta, mejorar las condiciones de vida, eliminar las desigualdades y la discriminación, la inequidad de género, el racismo, entre otras; desde la demanda, luchar contra los estereotipos y tomar medidas legislativas, educativas culturales y sociales para desalentarla⁹³⁹.

La preocupación por la protección y asistencia de las víctimas, al tiempo que deriva de la concepción del fenómeno de la trata de personas desde un enfoque propio de defensa de los derechos humanos, se configura como un aspecto a tener muy en cuenta en todas las acciones que se lleven a cabo para prevenir y erradicar este fenómeno⁹⁴⁰.

Dicho lo cual, tanto el Convenio de Varsovia como la Directiva 2011/36 inciden en la protección de los derechos de las víctimas. El Capítulo III del primero establece medidas para proteger y promover los derechos de las víctimas, garantizando la igualdad

⁹³⁹ En este sentido CASTRO RODRÍGUEZ, M. C., “Trata de personas: la esclavitud más antigua del mundo”, *Documentos de trabajo social: Revista de trabajo y acción social*, n.º 51, 2012. p. 454.

⁹⁴⁰ Sobre la perspectiva europea en defensa de los Derechos Humanos consúltese DÍAZ BARRADO, C. M., “La lucha contra la trata de seres humanos en la Unión Europea: los componentes para una política propia”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 45, 2003, pp. 481-482.

de género, como la identificación adecuada de la víctima; la protección de la vida privada; asistencia a las víctimas en su restablecimiento físico, psicológico y social, que comprenderá como mínimo: a) Condiciones de vida capaces de asegurar su subsistencia, a través de medidas tales como un alojamiento conveniente y seguro, y asistencia psicológica y material, b) Acceso a tratamiento médico de urgencia, c) Servicios de traducción e interpretación, en su caso, d) Asesoramiento e información, en particular en relación con sus derechos y con los servicios a su disposición, en una lengua que puedan comprender, e) Asistencia para que sus derechos e intereses sean presentados y tenidos en cuenta en las fases apropiadas del procedimiento penal contra los infractores y f) Acceso a la educación para los menores. Además del plazo de reflexión y el permiso de residencia como veremos más adelante.

El art. 29 del Convenio dispone que *“cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para prestar una protección efectiva y apropiada contra las posibles represalias o intimidaciones, en particular durante y después de las investigaciones y actuaciones penales contra los autores, en beneficio de: a) Las víctimas; b) En su caso, las personas que faciliten informaciones relativas a infracciones penales establecidas en virtud del artículo 18 del presente Convenio o que cooperen de otra manera con las autoridades encargadas de las investigaciones o actuaciones; c) Los testigos que presten testimonio en relación con infracciones penales establecidas de conformidad con el artículo 18 del presente convenio y d) En caso necesario, los miembros de la familia de las personas a que se refieren las letras a) y c)”*⁹⁴¹. Se refiere a protección como la física, asignación de un nuevo lugar de residencia, el cambio de identidad y la ayuda para la obtención de empleo, así como protección especial para los menores y frente a las posibles represalias.

Por otro lado, la Directiva 2011/36 en el art.11.1 dispone que *“los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la asistencia y el apoyo a las víctimas antes, durante y por un período de tiempo adecuado después de la conclusión del proceso penal, a fin de que puedan ejercer los derechos establecidos en la Decisión marco 2001/220/JAI y en la presente Directiva”*. También incide en que debe garantizarse el derecho de la víctima a participar en el proceso penal, a ser informada, así

⁹⁴¹ Convenio n. ° 197 del Consejo de Europa, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005.

como el derecho a ser reparada e indemnizada por los daños causados como consecuencia de los hechos delictivos. Le corresponde al infractor, en primer lugar, proceder a la indemnización y reparación legal, aunque como sistema subsidiario le corresponde al Estado mediante sistemas públicos proceder a la misma, aunque ello implique la creación de un fondo para la indemnización de las víctimas. Para garantizar este derecho la víctima debe ser informada, en una lengua que comprenda, de los procedimientos judiciales y administrativos existentes a tal fin y estar asistida por letrado, permitiendo el acceso a la justicia gratuita. Finalmente, establece en su art. 15 la *Protección de las víctimas de la trata de seres humanos en las investigaciones y los procesos penales*. Medidas como la repetición innecesaria de interrogatorios en todas las fases del proceso, las preguntas innecesarias sobre la vida privada, el contacto visual entre víctima y acusado, tanto en la prestación de declaración, como en el interrogatorio y preguntas de la parte contraria, mediante medios apropiados como el uso de tecnologías de la comunicación y el testimonio en audiencia pública⁹⁴². Estos derechos deben garantizarse no solo durante el proceso sino antes, durante y después del proceso penal.

El Protocolo de Palermo⁹⁴³ aborda la protección de las víctimas en su artículo 6, bajo la rúbrica Asistencia y Protección a las Víctimas de la Trata de Personas al prever que *“1. Cuando proceda y en la medida que lo permita su derecho interno, cada Estado Parte protegerá la privacidad y la identidad de las víctimas de la trata de personas, en particular, entre otras cosas, previendo la confidencialidad de las actuaciones judiciales relativas a dicha trata.*

2. Cada Estado Parte velará por que su ordenamiento jurídico o administrativo interno prevea medidas con miras a proporcionar a las víctimas de la trata de personas, cuando proceda:

a) Información sobre procedimientos judiciales y administrativos pertinentes;

⁹⁴² 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.

⁹⁴³ NACIONES UNIDAS. Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños, de 15 de noviembre de 2000, que complementa el Convenio contra la delincuencia organizada transnacional. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ProtocolTraffickingInPersons_sp.pdf

b) Asistencia encaminada a permitir que sus opiniones y preocupaciones se presenten y examinen en las etapas apropiadas de las actuaciones penales contra los delincuentes sin que ello menoscabe los derechos de la defensa;

3. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de aplicar medidas destinadas a prever la recuperación física, psicológica y social de las víctimas de la trata de personas, incluso, cuando proceda, en cooperación con organizaciones no gubernamentales, otras organizaciones pertinentes y demás sectores de la sociedad civil, y en particular mediante el suministro de:

a) Alojamiento adecuado;

b) Asesoramiento e información, en particular con respecto a sus derechos jurídicos, en un idioma que las víctimas de la trata de personas puedan comprender;

c) Asistencia médica, psicológica y material; y

d) Oportunidades de empleo, educación y capacitación.

Los Estados, en la aplicación de las medidas, deben tener en cuenta las condiciones de la víctima como edad, sexo o necesidades (apartado 4) y prever la seguridad física en su territorio (apartado 5). En último lugar, deben velar por que su ordenamiento establezca la posibilidad de indemnización (apartado 6).

Otra posibilidad y opción para los Estados Parte viene reflejada en el artículo 7 del citado texto cuando prevé que “*Además de adoptar las medidas previstas en el artículo 6 del presente Protocolo, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar medidas legislativas u otras medidas apropiadas que permitan a las víctimas de la trata de personas permanecer en su territorio, temporal o permanentemente, cuando proceda. Al aplicar la disposición contenida en el párrafo 1 del presente artículo, cada Estado Parte dará la debida consideración a factores humanitarios y personales*⁹⁴⁴”.

Pese a la supuesta adopción de un enfoque integral, las medidas protectoras previstas para las víctimas se quedan algo cortas, de acuerdo con lo determinado en posteriores evoluciones de la doctrina especializada en trata de personas, por ejemplo, no

⁹⁴⁴Protocolo de Palermo 55/25, de 15 de noviembre de 2000 para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

prevé un decálogo de derechos de las víctimas de la trata de personas, ni se contempla un período de reflexión para que las víctimas⁹⁴⁵. A lo que hay que sumar que la expresión *Cuando proceda y en la medida que lo permita su derecho interno* da una idea del carácter no vinculante de esta disposición, algo tan importante no se establece como una obligación sino como una recomendación que dependerá de las posibilidades y voluntad de cada Estado.

No obstante, el carácter no vinculante de la normativa supranacional corresponde en este capítulo analizar los “mandatos” supranacionales respecto a la última, pero no menos importante, P “*protection*”, así como las medidas que prevé nuestro ordenamiento jurídico para este fin.

II. EL PERFIL DE LA VÍCTIMA

Una adecuada protección de las víctimas exige conocer el perfil de estas. Corresponde, pues, hacer un pequeño inciso sobre el mismo. De la jurisprudencia española más reciente analizada (2010-2021)⁹⁴⁶ se extraen los siguientes datos:

Atendiendo al sexo, el 94% de las sentencias tenían como víctimas mujeres, el 6% hombres⁹⁴⁷. Solo en una sentencia hay víctimas de ambos sexos, lo que pone en evidencia, por lo tanto, que son conductas realizadas, prioritariamente, sobre mujeres. Ello no es extraño si partimos de que la trata de personas, aun siendo un fenómeno complejo, tiene sus raíces en la exclusión social, el abuso, la violencia y la pobreza, cuestiones estas históricamente feminizadas y desgraciadamente muy agravadas en la actualidad a consecuencia de la crisis económica y financiera mundial⁹⁴⁸.

⁹⁴⁵ De esta opinión es VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La nueva Directiva europea relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos (...)”, Op. Cit., p. 14:8.

⁹⁴⁶ Se ha llevado a cabo un estudio de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo sobre el delito de trata de seres humanos en el período 1 de enero de 2010 a 31 de diciembre de 2021.

⁹⁴⁷ En pocas sentencias la víctima es un varón. Véase Sentencia del Tribunal Supremo núm. 597/2016 de 3 marzo; Sentencia del Tribunal Supremo núm. 196/2017 de 24 marzo; Sentencia del Tribunal Supremo núm. 564/2019 de 19 noviembre.

⁹⁴⁸ La perspectiva de género es abordada por algunos autores entre ellos CASADO CABALLERO, V., “La trata de mujeres con fines de explotación sexual. La globalización de la violencia de género” en Vázquez Bermúdez, I. (Coord.), *Logros y retos: Actas del III congreso universitario nacional “Investigación y género”*, 2011, p. 257.

Por lo que se refiere a la edad de las víctimas, son menores de edad en un 18,75% de los casos, y mayores en un 17,18%. En un 64% de los casos, se desconoce el dato de la edad, al no hacerse constar en la sentencia. Entendemos que se trata de víctimas mayores de edad, pero destaca que muchas sentencias se refieren a víctimas “jóvenes”⁹⁴⁹.

Respecto al vínculo existente entre los autores y sus víctimas, en la mayoría de los casos analizados no consta un vínculo entre ambos (76,56 %) pero no son pocas las sentencias que reflejan un vínculo ya sea de amistad familiar (9,37 %), origen de autor y víctima o relación sentimental (9,37 %). Incluso algunas sentencias muestran un vínculo familiar directo entre autor y víctima⁹⁵⁰.

En último lugar, y en relación con la nacionalidad, las víctimas de esta clase de delitos suelen provenir de África, Asia, América y Europa del Este. En el 45,31% de las sentencias analizadas las víctimas proceden de Nigeria y el 35,95% de Rumanía. En menor medida hay sentencias en que las víctimas procedían de otros países: 2 Bulgaria, 4 Brasil, 1 Venezuela, 1 China, 1 Guinea Ecuatorial, 2 Paraguay y 1 España⁹⁵¹.

III. PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA EN LA NORMATIVA SUPRANACIONAL

Por el tipo de delito ante el que estamos, encontramos a víctimas vulnerables, sin recursos, sin arraigo familiar que les sirva de apoyo y, en la mayoría de los casos, sin conocer la lengua española. El miedo a las represalias, la incertidumbre y el temor dificultan las actuaciones judiciales y de asistencia. Para evitar que las investigaciones se frustren es fundamental adoptar todas las cautelas y medidas de protección adecuadas. Con la finalidad de evitar que tales víctimas padezcan una ulterior victimización

⁹⁴⁹ Véase la Sentencia del Tribunal Supremo 659/2016 de 19 julio; la Sentencia del Tribunal Supremo 686/2016 de 26 julio y la Sentencia del Tribunal Supremo 807/2016 de 27 octubre.

⁹⁵⁰ Sentencia del Tribunal Supremo 53/2014 de 4 febrero de 2014/ Sentencia Tribunal Supremo núm. 270/2016 de 5 abril de 2016.

⁹⁵¹ Nacionalidades de víctimas que resultan del análisis de las Sentencias del Tribunal Supremo de 2010 a 2021. Véase por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo 196/2011 de 23 marzo (Brasil); la Sentencia del Tribunal Supremo 910/2013 de 3 diciembre (Rumania); la Sentencia del Tribunal Supremo 17/2014 de 28 enero (Nigeria); la Sentencia del Tribunal Supremo 298/2015 de 13 mayo (Guinea Ecuatorial); la Sentencia del Tribunal Supremo 659/2016 de 19 julio (Paraguay); la Sentencia del Tribunal Supremo 167/2017 de 15 marzo (China); la Sentencia del Tribunal Supremo 196/2017 de 24 marzo (España); la Sentencia del Tribunal Supremo 564/2019 de 19 noviembre (Venezuela), y la Sentencia del Tribunal Supremo 393/2020 de 15 julio (Bulgaria).

“*victimización secundaria*”, tras el inicio del proceso. Esto necesariamente exige desvincular la protección de la víctima de su cooperación en el proceso.

La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACDH) estableció los Principios y Directrices recomendados sobre los Derechos Humanos y la Trata de Personas, en donde recomienda a los Estados: evitar la detención o sanción de las personas víctimas, a causa del ingreso ilegal al país de destino; brindar protección y asistencia a estas víctimas, sin que sean obligadas a la cooperación en los procesos judiciales; otorgar permisos de residencia temporal; proteger el interés superior del niño mediante la aplicación de la Determinación del Interés Superior, cuando estos sean los afectados y; garantizar la repatriación en condiciones humanas y de seguridad⁹⁵².

El principio 7 “Principio de no detención o enjuiciamiento por delitos relacionados con la condición de víctima de la trata” establece que “*Las víctimas de la trata de personas no serán detenidas, acusadas y procesadas por haber entrado o residir ilegalmente en los países de tránsito y destino ni por haber participado en actividades ilícitas en la medida en que esa participación sea consecuencia directa de su situación de tales*”.

Seguidamente el principio 8 dispone que “*Los Estados velarán por proteger a las víctimas de la trata de personas de mayor explotación o mayores daños y porque tengan acceso a atención física y psicológica adecuada. La protección y la asistencia no estarán subordinadas a que las víctimas de la trata de personas puedan o quieran cooperar en un procedimiento judicial*”.

El Texto presentado al Consejo Económico y Social como adición al informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (E/2002/68/Add.1) declara que “*los Estados y, cuando proceda, las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, deben:*

⁹⁵² Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACDH) Principios y directrices recomendados sobre derechos humanos y trata de personas, Nueva York y Ginebra, 2010.

Disponible en: https://www.ohchr.org/documents/publications/commentary_human_trafficking_sp.pdf

1. Cerciorarse de que se les ofrezca alojamiento seguro y adecuado que atienda sus necesidades. Ello no debe estar subordinado a que las víctimas estén dispuestas a rendir testimonio en un proceso penal. Las víctimas de la trata no deben estar recluidas en centro de detención para inmigrantes, otros centros de detención o refugios para personas sin hogar.

2. Cerciorarse de que las víctimas de la trata de personas tengan acceso a atención primaria de salud y atención psicológica. No debe exigirse a las víctimas que acepten esta atención ni obligarles a hacerse análisis para determinar si padecen enfermedades, incluido el VIH/sida

3. Cerciorarse de que se informe a las víctimas de la trata de personas que tienen derecho a ponerse en contacto con representantes diplomáticos y consulares del Estado de su nacionalidad. Hay que impartir a personal de embajadas y consulados formación adecuada para que atienda las necesidades de información y asistencia de esas víctimas. Estas disposiciones no serían aplicables a las víctimas de la trata de personas que pidieran asilo en el país.

4. Cerciorarse de que los procedimientos judiciales en que tomen parte las víctimas de la trata de personas no redunden en desmedro de sus derechos, su dignidad ni su bienestar físico o psicológico.

5. Dar a las víctimas de la trata de personas asistencia letrada o de otra índole en relación con las acciones penales, civiles de otra índole contra los tratantes o quienes las hayan explotado. Debe darse a las víctimas información en un idioma que entiendan.

6. Proteger efectivamente a las víctimas de la trata de personas de daños, amenazas o actos de intimidación por parte de los tratantes y personas asociadas a ellos. A estos efectos, no debería revelarse en público la identidad de las víctimas de la trata de personas y habría que respetar y proteger su privacidad en toda la medida de lo posible, teniendo en cuenta al mismo tiempo el derecho de los acusados a un juicio imparcial. Habría que advertir plenamente y con antelación a las víctimas de la trata de personas de las dificultades que entraña proteger su identidad y no habría que dejar que se formara expectativas falsas o poco realistas en cuanto a las posibilidades de los agentes del orden a este respecto.

7. Disponer el regreso en condiciones de seguridad y, de ser posible voluntario, de las víctimas de la trata de personas y estudiar la opción de que residan en el país destino o la de reasentarlos en un tercer país en ciertas circunstancias especiales (para impedir represalias o en casos en que se considere probable que vuelvan a ser objeto de trata, por ejemplo).

8. En colaboración con las organizaciones no gubernamentales, hacer que se proporcione a las víctimas de la trata de personas que regresen a sus países de origen la asistencia y el apoyo necesarios a los efectos de su bienestar, de facilitar su integración social y de prevenir que sean objeto nuevamente de trata de personas. Habrá que adoptar medidas para proporcionar a las víctimas de la trata de personas que regresen a sus países atención médica y psicológica, vivienda y servicios de enseñanza y empleo adecuados⁹⁵³.”

Ya el artículo 6 del Protocolo de Palermo abordaba la asistencia y protección de las víctimas a través de una serie de derechos por los que los Estados Parte deben velar “en la medida que lo permita su derecho interno” como la confidencialidad de las actuaciones judiciales, la información sobre procedimientos judiciales, medidas destinadas a prever la recuperación física, psicológica y social de las víctimas o el derecho de las víctimas a ser indemnizadas.

El artículo 7 preveía que cada Estado Parte podía considerar adoptar medidas legislativas u otras medidas apropiadas que permitan a las víctimas de la trata de personas permanecer en su territorio, temporal o permanentemente, cuando proceda. Lo que se completa con el artículo 8 que regula la repatriación por parte del Estado de que sea Nacional la víctima o tuviera residencia permanente y prevé que ese Estado facilite a la víctima los documentos de viaje o autorización de otro tipo que sea necesarios para que la personas pueda viajar a su territorio y reingresar en él. Lo cual no afectará a los

⁹⁵³ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACDH) Principios y directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas. Texto presentado al Consejo Económico y Social como adición al informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (E/2002/68/Add.1). pp. 9-10. Disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Traffickingsp.pdf>

derechos reconocidos a las víctimas de la trata de personas con arreglo al derecho interno del Estado Parte receptor.

En la misma línea, el Convenio de Varsovia dispone que los Estados Parte deben “*pueden*” asistir a las víctimas en su restablecimiento físico, psicológico y social, sin que se condicione a su voluntad de testificar. Esa asistencia mínima comprende:

a) Condiciones de vida capaces de asegurar su subsistencia, a través de medidas tales como un alojamiento conveniente y seguro, y asistencia psicológica y material.

b) Acceso a tratamiento médico de urgencia.

c) Servicios de traducción e interpretación, en su caso.

d) Asesoramiento e información, en particular en relación con sus derechos y con los servicios a su disposición, en una lengua que puedan comprender.

e) Asistencia para que sus derechos e intereses sean presentados y tenidos en cuenta en las fases apropiadas del procedimiento penal contra los infractores.

f) Acceso a la educación para los menores⁹⁵⁴.

El artículo 14 regula el permiso de residencia, “*Cada Parte expedirá un permiso de residencia renovable a las víctimas, en una de las dos hipótesis siguientes o en las dos: a) Cuando la autoridad competente considere que su permanencia es necesaria por razón de su situación personal; b) Cuando la autoridad competente considere que su permanencia es necesaria a efectos de su cooperación con las autoridades competentes en las investigaciones o actuaciones penales*”.

Y, el artículo 16 la repatriación de la víctima, cuestiones como la facilitación del retorno, de modo que “*La Parte de la que sea nacional una víctima o en la que ésta tuviese derecho de residencia permanente en el momento de su entrada en el territorio de la Parte receptora facilitará y aceptará, teniendo debidamente en cuenta los derechos, la seguridad y la dignidad de esa persona, su retorno sin demora injustificada o irrazonable*”, el apartado 2º se refiere al respeto a los derechos, la seguridad y la dignidad en la devolución. El mismo precepto prevé la facilitación de documentos de viaje (apartado 4) y que cada Parte adoptará las medidas legislativas y otras medidas necesarias

⁹⁵⁴ Convenio n.º 197 del Consejo de Europa, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005.

para establecer programas de repatriación con la participación de las instituciones nacionales o internacionales y de las organizaciones no gubernamentales pertinentes. Estos programas estarán dirigidos a evitar la revictimización; poner a disposición de las víctimas sobre instancias que pueden ofrecerles ayuda en el país al que sean repatriadas.

Finalmente, las víctimas menores de edad no serán repatriadas a un Estado cuando, tras un estudio sobre posibles riesgos y seguridad, se determine que dicho retorno no redundaría en el interés superior del menor.

Así, el Art. 17 del Convenio prevé la aplicación de las medidas desde la perspectiva de género.

La protección de las víctimas en el ámbito de la Unión Europea obliga a combinar la Directiva de 2011, específica de trata, y la Directiva de 2012, para la protección de las víctimas en general.

La Directiva de 2011⁹⁵⁵ se expresa en los mismos términos que el Protocolo de Palermo y el Convenio de Varsovia en sus artículos 11 y siguientes. Para reforzar las medidas nacionales y de la UE respecto a los derechos de las víctimas, la Comisión adoptó el 18 de mayo de 2011 un "paquete de propuestas legislativas" en las que se incluye:

1. Una Comunicación en que se presenta las acciones actuales y futuras respecto a las víctimas⁹⁵⁶.

2. La Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001 (2001 /220/JAI) relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal⁹⁵⁷, que no ha llegado a ser desarrollada, sino que se ha visto sustituida por la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre.

3. La Orden de Protección Europea.

⁹⁵⁵ 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. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2011/101/L00001-00011.pdf>

⁹⁵⁶ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Bruselas, 18 de mayo de 2011. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011DC0274&from=>

⁹⁵⁷ Decisión marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, 2001/220/JAI. Disponible en: <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/baa3e644-164a-444f-9006-1a50f10bddd>

4. La Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre⁹⁵⁸ en la que se establecen los mínimos estándares respecto a derechos, protección y apoyo a las víctimas del delito, que garantizará a las víctimas un adecuado reconocimiento, trato y protección, apoyo y acceso al proceso. Esta directiva refuerza considerablemente los derechos de las víctimas y los miembros de su familia a la información, apoyo y protección, así como un reconocimiento de derechos procesales cuando participen en el proceso penal. También incluye previsiones con las que garantizar que a los profesionales se les forme para dar un tratamiento adecuado a las víctimas y sus necesidades, y refuerza la cooperación entre los Estados Miembros y la necesidad de luchar por los derechos de las víctimas.

5. Una propuesta de regulación de medidas de reconocimiento mutuo de las medidas de protección de las víctimas en asuntos civiles, actualmente en discusión, que les ayudará a prevenir el daño y la violencia y garantizará que las víctimas que se beneficien de medidas de protección adoptadas en un Estado tendrán la misma protección y beneficios en otro. Con esta medida se complementa la Orden de Protección Europea, aplicable a los procesos penales.

6. La Unión también ha adoptado legislación dirigida a la necesidad de las víctimas de obtener compensación por los daños sufridos como consecuencia del delito. La Directiva 2004 /80 /EC, de 2004, permite a las víctimas solicitar del estado una compensación cuando han sido víctimas de un delito en el extranjero y recibir la ayuda necesaria para ello. La Directiva de 2012 también incluye el derecho de la víctima del proceso penal a verse reparada.

7. Respecto a grupos específicos de víctimas, la UE prevé la protección y apoyo de ciertos grupos de víctimas, por ejemplo, trata de seres humanos, menores víctimas de explotación sexual y pornografía infantil.

⁹⁵⁸ Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012 , por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.L .2012.315.01.0057.01.SPA>

8. Junto con las actuaciones legislativas, la Comisión ha llevado a cabo cientos de proyectos de apoyo a las víctimas, particularmente en el ámbito del derecho penal, combatiendo la violencia contra los menores, jóvenes y mujeres (Daphne)⁹⁵⁹.

Todas estas medidas se encuadran en un primer paso, de gran importancia, pero en el que debe seguir avanzándose para lograr colocar las víctimas en el centro de la agenda de justicia penal de la UE. Como se afirmó en el "Mapa de Ruta de Budapest", 2011, la UE necesita seguir velando por los derechos de las víctimas y actuar dicho ámbito, así como primeras medidas se está analizando el marco legal de compensación y garantizar que la Orden de Protección Europea y la Directiva se traspongan a los ordenamientos nacionales de manera correcta. Igualmente estudiará e implementará medidas prácticas referidas a las víctimas para asegurar que las víctimas, en la práctica, ven respetados sus derechos. Dichas medidas de protección deben adoptarse atendiendo al carácter de la persona, el delito y sus circunstancias, a la entidad del daño y su gravedad o a la vulnerabilidad de la víctima⁹⁶⁰.

IV. PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

En España se han aprobado planes integrales de lucha contra la trata, el Gobierno Socialista aprobó el Plan Integral de Lucha contra la Trata de Seres Humanos (2009-2012) y el Protocolo Marco de Protección de las Víctimas de Trata de Seres Humanos (2011)⁹⁶¹, por su parte en 2013 el Gobierno del Partido Popular aprobó el Plan policial contra la Trata de Seres Humanos con fines de explotación sexual y, posteriormente, el Plan Integral de Lucha contra la Trata de Mujeres y Niñas con fines de explotación sexual

⁹⁵⁹ Hasta tres programas Daphne, el primero aprobado por Decisión nº 293/2000/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de enero de 2000, por la que se aprueba un programa de acción comunitario (programa Daphne) (2000-2003) sobre medidas preventivas destinadas a combatir la violencia ejercida sobre los niños, los adolescentes y las mujeres.

⁹⁶⁰ Junto a la remisión a la normativa especial en la materia, se incluyen las medidas concretas de protección para colectivos que carecen de legislación especial y, particularmente respecto de víctimas de trata de seres humanos. Para más detalle véase ESCUDERO MUÑOZ, M., "Capítulo 11: El delito de trata de seres humanos desde el punto de vista de la victimología" en (Dir.) Ferrando García, F. M. y Bas Peña, E. *La trata de seres humanos. Protección de las víctimas*, Edit. Laborum, 2018, p. 237.

⁹⁶¹ Protocolo Marco de Protección de las Víctimas de Trata de Seres Humanos, adoptado mediante acuerdo de 28 de octubre de 2011. Disponible en: <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/en/otrasFormas/trata/normativaProtocolo/marco/docs/protocoloTrata.pdf>

(2015-2018)⁹⁶², siendo el último el Plan Estratégico Nacional contra la Trata y la Explotación de Seres Humanos (2021-2023)⁹⁶³. Estos Planes recogen una serie de mecanismos de detección de la trata de seres humanos con fines de explotación sexual, con la implicación de instituciones y profesionales de distintos ámbitos, así como medidas destinadas a la protección de las víctimas en el ámbito normativo, de acceso a la información, los menores y la protección en el proceso penal.

Pero la protección de las víctimas de los delitos se encuentra amparada fundamentalmente por la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (LEVD). La finalidad del legislador era elaborar una ley constitutiva del estatuto jurídico de la víctima del delito para ofrecer desde los poderes públicos una respuesta lo más amplia posible, no sólo jurídica sino también social, a las víctimas, no sólo reparadora del daño en el marco de un proceso penal, sino también minimizadora de otros efectos traumáticos en lo moral que su condición puede generar, todo ello con independencia de su situación procesal⁹⁶⁴. No existe, sin embargo, una ley que aborde concretamente los derechos y medidas de protección de las víctimas del delito de trata como si la hay en otros atentados como Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Del mismo modo, la Ley 35/1995 de 11 de diciembre de ayuda y asistencia a las víctimas de delitos dolosos y violentos y contra la libertad sexual puede atender a estos derechos, pero no se trata de una ley especializada y que de conformidad con el artículo 1 solo será aplicable si hubiera sufrido violencia o explotación sexual, lo que supone dejar fuera de su ámbito de aplicación a muchas víctimas de trata de seres humanos. Más recientemente, se han iniciado trabajos para la elaboración de una Ley Integral Contra la Trata como más adelante veremos.

Entre los derechos que se reconocen a la víctima en la LEVD (Arts. 4 a 21) se encuentra el Derecho a entender y ser entendida; Derecho a la información desde el

⁹⁶² Plan Integral de Lucha contra la Trata de Mujeres y Niñas con fines de explotación sexual (2015-2018). Disponible en: https://violenciagenero.igualdad.gob.es/planActuacion/planContraExplotacionSexual/docs/Plan_Integral_Trata_18_Septiembre2015_2018.pdf

⁹⁶³ Plan Estratégico Nacional contra la Trata y la Explotación de Seres Humanos 2021-2023. Disponible en: http://www.interior.gob.es/documents/10180/12745481/220112_Plan_nacional_TSH_+PENTRA_FINAL_2021_2023/3f5c859a-69ef-40f8-a0b6-2a2b316f853d

⁹⁶⁴ Preámbulo Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-4606>

primer contacto con las autoridades competentes; Derechos de la víctima como denunciante; Derecho a recibir información sobre la causa penal; Período de reflexión en garantía de los derechos de la víctima; Derecho a la traducción e interpretación; Derecho de acceso a los servicios de asistencia y apoyo; Derecho a la Participación en el proceso penal; Comunicación y revisión del sobreseimiento de la investigación a instancia de la víctima; Participación de la víctima en la ejecución; Reembolso de gastos; Servicios de justicia restaurativa; Justicia gratuita; Derecho de las víctimas a la protección; Derecho a que se evite el contacto entre víctima e infractor y Protección de la víctima durante la investigación penal.

Entre las principales novedades a destacar, esta Ley otorga una salvaguarda integral de la víctima, donde su protección no es sólo procesal, ni depende de su posición en un proceso, sino que se amplía a una dimensión extraprocesal. En este sentido, resulta fundamental ofrecer a la víctima las máximas facilidades para el ejercicio y tutela de sus derechos, con la minoración de trámites innecesarios que supongan una segunda o reiterada victimización y otorgarle una información y orientación eficaz de los derechos y servicios que le corresponden⁹⁶⁵.

Mención especial merece el Derecho al periodo de reflexión por la importancia de este para el proceso. El Convenio Varsovia ya establecía el mismo al disponer en su artículo 13 que *“1. Cada Parte preverá en su derecho interno un plazo de restablecimiento y reflexión de al menos 30 días cuando existan motivos razonables para creer que la persona interesada es una víctima. Este plazo debe tener la duración suficiente para que esa persona pueda restablecerse y escapar de la influencia de los traficantes y/o tomar una decisión informada sobre su cooperación con las autoridades competentes. Durante ese plazo no podrá ejecutarse contra ella ninguna medida de expulsión. La presente disposición no afectará a las actividades realizadas por las autoridades competentes en cada una de las fases del procedimiento nacional aplicable, en particular durante las investigaciones y actuaciones penales por las infracciones de que se trate. Durante ese plazo, las Partes autorizarán a la persona interesada a*

⁹⁶⁵ PÉREZ FERRER, F. “Luces y sombras sobre la aplicación práctica del Estatuto de la víctima del delito”, *Anales de derecho*, Vol. 38, Nº 1, 2020, p. 23.

permanecer en su territorio. 2. Durante ese plazo, las personas a que se refiere el apartado 1 del presente artículo podrán beneficiarse de las medidas previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 12. 3. Las Partes no estarán obligadas a respetar este plazo cuando existan motivos de orden público o cuando se demuestre que la condición de víctima se invoca indebidamente”.

A su vez, y de forma más acertada por incluir a todas las víctimas de trata, la protección de las víctimas extranjeras en España se regula en los artículos 59 y 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Esta regulación ha sido criticada al considerarse un instrumento policial ya que el destinatario no es la víctima sino el inmigrante ilegal potencial colaborador por encontrarse amenazado de expulsión. Una especie de compensación en que rige el “*Si colaboras te ayudo si no, no*”. No obstante, el artículo 59 fue desarrollado por el Reglamento de Extranjería de 2011⁹⁶⁶ que contempla una serie de medidas que podemos concretar en:

a) La localización de la víctima (art. 141.1): Cualquiera que tenga noticia de la existencia de una posible víctima de trata de seres humanos informará inmediatamente de esta circunstancia a la autoridad policial competente para la investigación del delito o a la Delegación o Subdelegación de Gobierno de la provincia donde la potencial víctima se encuentre, que activarán sin dilación alguna las previsiones del presente artículo.

b) La Identificación de la víctima (art. 141.2): La identificación de la víctima se realizará por las autoridades policiales con formación específica en la investigación de la trata de seres humanos y en la identificación de sus víctimas.

Cuando la identificación exija la toma de declaración de la víctima potencial de trata, se hará mediante entrevista personal realizada en condiciones adecuadas a las circunstancias personales de la víctima, asegurando la ausencia de personas del entorno de los explotadores, y, en la medida en que sea posible, la prestación del debido apoyo jurídico, psicológico y asistencial.

⁹⁶⁶ Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009. BOE-A-2011-7703.

c) El período de restablecimiento y reflexión (art. 142 y 143): Cuando la identificación haya sido efectuada por las unidades de extranjería, estas elevarán, en el plazo máximo de cuarenta y ocho horas y previa conformidad de la víctima, la correspondiente propuesta sobre la concesión del periodo de restablecimiento y reflexión a la Delegación o Subdelegación del Gobierno de la provincia donde se hubiere realizado la identificación. La propuesta será favorable cuando estime que existen motivos razonables para creer que el extranjero es víctima potencial de trata de seres humanos.

La autoridad con la que la víctima de trata de seres humanos estuviera colaborando en el marco de la investigación del delito o del procedimiento penal, podrá proponer al Delegado o Subdelegado competente la exención de responsabilidad de la misma en relación con la infracción del artículo 53.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero⁹⁶⁷.

Fue la Ley Orgánica 2/2009⁹⁶⁸ la que incorporó en el artículo 59 bis el derecho de la víctima a que le sea reconocido un período de restablecimiento y reflexión desde el momento en el que existan indicios razonables para pensar que la persona ha sido víctima del delito de trata de seres humanos. Dicho período de restablecimiento y reflexión tendrá una duración de, al menos, treinta días, y deberá ser suficiente para que la víctima pueda decidir si desea cooperar con las autoridades en la investigación del delito y, en su caso, en el procedimiento penal. Durante este período, se le autorizará la estancia temporal y se suspenderá el expediente administrativo sancionador que se le hubiera incoado o, en su caso, la ejecución de la expulsión o devolución eventualmente acordadas. Asimismo, durante el citado período las Administraciones competentes velarán por la subsistencia y, de resultar necesario, la seguridad y protección de la persona interesada.

El período de restablecimiento y reflexión podrá denegarse o ser revocado por motivos de orden público o cuando se tenga conocimiento de que la condición de víctima se ha invocado de forma indebida.

⁹⁶⁷ El artículo 53.1 a) se refiere a encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente.

⁹⁶⁸ 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.

La autoridad competente podrá declarar a la víctima exenta de responsabilidad administrativa y podrá facilitarle, a su elección, el retorno asistido a su país de procedencia o la autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales cuando lo considere necesario a causa de su cooperación para los fines de investigación o de las acciones penales, o en atención a su situación personal, y facilidades para su integración social, de acuerdo con lo establecido en la Ley. Asimismo, en tanto se resuelva el procedimiento de autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales, se le podrá facilitar una autorización provisional de residencia y trabajo en los términos que se determinen reglamentariamente.

En 2015 el periodo de reflexión se amplió de 30 a 90 días a través de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁹⁶⁹.

Las medidas de protección recogidas en el Reglamento de Extranjería han sido criticadas por entender que es un procedimiento demasiado largo, porque las medidas de protección no son aplicables a los familiares de la víctima que se encuentren en situación irregular y porque no se regula concretamente la posibilidad de retorno asistido⁹⁷⁰.

Diferente es la protección de las víctimas que participan en el proceso como testigos, en este caso es la Ley Orgánica 19/1994 de 23 de diciembre, de protección de testigos y peritos⁹⁷¹ en causas criminales la que dispensa dicha protección. Medidas como aquellas necesarias para preservar la identidad de los testigos y peritos, su domicilio, profesión y lugar de trabajo como:

a) Que no consten en las diligencias que se practiquen su nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión, ni cualquier otro dato de identidad.

b) Que comparezcan para la práctica de cualquier diligencia utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal.

⁹⁶⁹ La ampliación del plazo aparece algo “oculta” en la disposición final segunda de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

⁹⁷⁰ RUEDA VALDIVIA, R., “La extranjera víctima de trata y su protección desde el Derecho español de extranjería: semejanzas y diferencias con el régimen de protección de la extranjera víctima de violencia de género” en Lara Aguado, A. (Dir.), *Nuevos retos en la Incito contra la trata de personas con fines de explotación sexual*, Cizur Menor: Aranzadi, 2012., pp. 221 y ss.

⁹⁷¹ Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales. BOE-A-1994-28510

c) Que se fije como domicilio, a efectos de citaciones y notificaciones, la sede del órgano judicial interviniente.

Así como la posibilidad de mantener el anonimato, aunque no más allá del juicio oral según el artículo 4.3. No obstante, las medidas que contempla se han considerado insuficientes y no cubren las necesidades que requiere la salvaguardia de las víctimas de trata de personas⁹⁷². La comparecencia cambiando la apariencia externa o la utilización de un biombo parece que no resulta adecuada para proteger a la víctima y salvaguardar su integridad física y psicológica.

Como venimos observando, las medidas de protección para las víctimas de trata se regulan en la Ley de Extranjería y quizás lo conveniente sería que se regulasen en la legislación procesal de manera que no se limiten a la víctima de trata irregular.

Compartimos igualmente la necesidad de medidas de protección para las víctimas de trata de personas que no estén condicionadas a su colaboración, que brinden una protección integral y eficaz antes, durante y después del proceso, que atiendan a las necesidades específicas y a la condición personal y particular de estas personas y que sean útiles de cara a obtener un testimonio válido como prueba, entre otras cosas⁹⁷³.

Por último, no podemos concluir este apartado mencionar una cuestión que ha sido y está siendo de especial relevancia en el proceso, como es la importancia de la prueba preconstituida, el testimonio de la víctima. La declaración de la víctima, según ha reconocido en numerosas ocasiones la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁹⁷⁴ y la del Tribunal Constitucional, puede ser considerada prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, incluso aunque fuese la única prueba disponible, sobre todo en aquellos delitos en los que, por su propia naturaleza, se dificulta la concurrencia de

⁹⁷² En este sentido, SERRA CRISTÓBAL R. y LLORIA GARCÍA P., “La trata sexual (...)”, Op. Cit., pp.127 y ss.

⁹⁷³ De acuerdo con VILLACAMPA ESTIARTE, C. “Víctimas de la trata de seres humanos...”, Op. Cit., pp.1 y ss. Sin duda, “la necesidad de renovar la regulación del proceso penal español comienza a ser una cuestión de cada vez más difícil posposición, por muchas y evidentes razones, entre las cuales la adecuada protección de las víctimas en el marco del procedimiento penal constituye motivo de peso”.

⁹⁷⁴ Entre otras Sentencia del Tribunal Supremo 339/2007 de 30 de abril de 2007, Sentencia del Tribunal Supremo 187/2012 de 20 de marzo de 2012, Sentencia del Tribunal Supremo 688/2012 de 27 de septiembre de 2012, Sentencia del Tribunal Supremo 788/2012 de 24 de octubre de 2012, Sentencia del Tribunal Supremo 469/2013 de 5 de junio de 2013, Sentencia del Tribunal supremo 553/2014 de 30 de junio de 2014.

otra prueba diferenciada, como sucede habitualmente con los delitos de trata de seres humanos⁹⁷⁵.

La prueba preconstituida constituye una excepción al principio de inmediación, exigencia del derecho de defensa, que rige el juicio oral pero en los delitos de trata de personas muchas veces es necesaria la práctica de dicha prueba, ya que existe un riesgo real de que las víctimas regresen a su país de origen y se hallen ilocalizadas, siendo uno de los presupuestos previstos para que la prueba practicada en instrucción tenga virtualidad probatoria en el acto del juicio oral a través de su introducción en el acto del plenario en los términos del artículo 730 de la LECrim.

El Tribunal Constitucional⁹⁷⁶ ha declarado que *“como regla general, sólo pueden considerarse pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal las practicadas en el juicio oral (...). Es en el juicio oral donde se aseguran las garantías constitucionales de inmediación, contradicción, oralidad y publicidad”*, sin embargo, existen determinadas excepciones si se cumplen una serie de requisitos respecto a las declaraciones prestadas en fase sumarial. Esta misma sentencia cita los requisitos establecidos en la STC 68/2010 de 18 de octubre:

a) materiales: que exista una causa legítima que impida reproducir la declaración en el juicio oral.

b) subjetivos: la necesaria intervención del Juez de Instrucción.

c) objetivos: que se garantice la posibilidad de contradicción, para lo cual ha de haber sido convocado el Abogado del imputado, a fin de que pueda participar en el interrogatorio sumarial del testigo.

d) formales: la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme a lo ordenado por el art. 730 LECrim, o a través de los interrogatorios, lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a confrontación con las demás declaraciones de quienes sí intervinieron en el juicio oral.”

⁹⁷⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas 489/2017 de 27 noviembre de 2017.

⁹⁷⁶ Véase Sentencia del Tribunal Constitucional 53/2013 de 28 de febrero de 2013.

En cuanto a los requisitos para la validez de la declaración de la víctima del delito de trata de seres humanos practicada durante la fase de instrucción, el Tribunal Supremo⁹⁷⁷ ha establecido los siguientes:

a) En cuanto al presupuesto, que haya motivo racionalmente bastante para temer la muerte del testigo o su incapacidad física o intelectual antes de la apertura del Juicio Oral, o bien que el testigo, al hacerle la prevención referida en el art. 446 acerca de su obligación de comparecer para declarar de nuevo ante el Tribunal competente cuando se le cite para ello, manifieste la imposibilidad de concurrir por haber de ausentarse de la Península.

b) En cuanto al modo de practicarse: que se provea de Abogado al reo por su designación o de oficio para que le aconseje en el acto de recibir la declaración del testigo; que se le examine a presencia del procesado y de su Abogado defensor (a salvo el supuesto del art. 449) y a presencia del Fiscal y del querellante si quisieren asistir al acto, permitiéndoles las preguntas convenientes; que la diligencia consigne las contestaciones a estas preguntas y sea firmada por los asistentes.

c) En cuanto a su introducción en el Juicio Oral, que en el acto de la vista se proceda a la lectura de esta diligencia de prueba preconstituida o anticipada, exigencia que, sin estar expresada en el art. 448, es de cumplimiento necesario por elemental observancia de los principios de inmediación, publicidad y contradicción. Así lo evidencia que lo exija el art. 777 en el procedimiento abreviado sin que tenga justificación alguna prescindir de lo mismo en el ordinario, referido como está a delitos de mayor gravedad.

d) Que la imposibilidad anticipadamente prevista durante el sumario, para comparecer al Juicio Oral, legitimadora de su anticipada práctica en aquella fase procesal, subsista después de ella, puesto que, si por cualquier razón le fuera posible luego al testigo acudir al Juicio Oral, no puede prescindirse de su testimonio en ese acto ni se justifica sustituirlo por la declaración prestada según el art. 448 en la fase sumarial.

La Sentencia de la STS n.º 214/2017, de 29 de marzo, contiene un valioso análisis pormenorizado de los parámetros de valoración de la declaración de la víctima como

⁹⁷⁷ Sentencia del Tribunal Supremo 167/2017 de 15 de marzo de 2017.

única prueba disponible “como sucede habitualmente con los delitos de trata de seres humanos”, razonando el punto de “no concurrencia de posibles motivaciones espurias” en base a los mecanismos legales de tutela y exención de pena, estableciendo que “*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. Resultaría manifiestamente contradictorio con este objetivo que la propia posibilidad de obtener los beneficios legales que tutelan a las víctimas se transmutase en una causa de invalidez probatoria de sus declaraciones inculpatorias (...) debe ir necesariamente acompañada de la concurrencia de elementos de corroboración del testimonio*”⁹⁷⁸.

La STS n. ° 396/2019, de 24 de julio⁹⁷⁹, declara que “*constituye una regla de experiencia que en los delitos de trata de seres humanos la presión sobre los testigos - víctimas sometidas a la trata y explotación-, es muy intensa, por lo que el recurso a la prueba preconstituida debe ser habitual ante la muy probable incidencia de su desaparición, huida al extranjero e incomparecencia al juicio oral, motivada ordinariamente por el temor a las eventuales consecuencias de una declaración contra sus victimarios*”. Además, se admite incluso para evitar la victimización secundaria, cuando resulte perjudicial para su recuperación según se acredite mediante una pericial psicológica forense o cuando se produce en la víctima una situación de temor⁹⁸⁰.

El problema viene dado por aquellos casos en que esta prueba no ha podido practicarse respecto a todos los acusados, la complejidad instructora que comporta un delito como el de trata de seres humanos hace muchas veces imposible que la diligencia sumarial (prueba preconstituida) de declaración de las víctimas pueda llevarse a cabo siempre con todos los finalmente investigados en la causa y con todas las garantías. Dicha prueba, pese a ser de suma importancia, se encuentra ausente de una normativización concreta y específica que cubra todas sus particularidades en cuanto concepto excepcional

⁹⁷⁸ Sentencia del Tribunal Supremo 214/2017 de 29 de marzo de 2017.

⁹⁷⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 396/2019 de 24 de julio de 2019 que cita a la Sentencia del Tribunal Supremo 53/2014 de 4 de febrero de 2014.

⁹⁸⁰ La Sentencia del Tribunal Supremo 686/2016 de 26 de julio de 2016 otorga valor probatorio a la prueba preconstituida de la víctima, quien además ostentaba la condición de testigo protegido y la ausencia de los investigados era medida exigida, si bien únicamente respecto de dos de los tres coimputados; la víctima pese a asistir al juicio oral se le eximió de someterse al interrogatorio de las partes al amparo del artículo 418 de la LECrim, ante los síntomas externos que presentaba de pánico, angustia y ansiedad.

al genérico de prueba. Así, por ejemplo, la LECRIM se ocupa de la misma en los artículos 448, 449, 467, o el ya citado 730. Sin embargo, ni se desprende de la lectura de los preceptos una vocación legisladora integradora, ni tampoco se pueden extraer ideas comunes más allá de las propias y características de la excepcionalidad que supone la diligencia. Sería conveniente dotar a la prueba preconstituida de un armazón normativo que la convierta en una herramienta de sólido recurso en fase instructora, y siempre al servicio de la obtención de aquellos medios que, finalmente, puedan servir al dictado de una sentencia que contemple con toda la amplitud la prueba practicada⁹⁸¹.

V. REPARACIÓN DE LA VÍCTIMA

1. El derecho a indemnización

Entre los fines de la pena y en cuanto al fin de la resocialización del delincuente, la reparación aporta mucho, por lo que es una cuestión político-criminal importante, en el ámbito de derecho penal como atenuante (Art. 21 CP), pero, especialmente, desde la perspectiva criminológica (victimología) a través de la justicia restaurativa-reparadora⁹⁸².

La reparación e indemnización de las víctimas es una herramienta fundamental en la lucha contra la trata, que cumple una triple función: *Restaurativa*, ya que significa un reconocimiento y un apoyo a la recuperación psicosocial; *Preventiva*, pues a través de la confiscación de los beneficios del delito se evita que vuelvan a ser utilizados para nuevas actividades delictivas y se contribuye a la desarticulación de la estructura financiera y económica de las redes y; *Punitiva*, ya que representa una sanción económica de los tratantes, para cumplir con su responsabilidad civil frente a las víctimas.

El Protocolo de Palermo prevé que “*cada Estado Parte velará por que su ordenamiento jurídico interno prevea medidas que brinden a las víctimas de la trata de personas la posibilidad de obtener indemnización por los daños sufridos*” (Art. 6.6).

⁹⁸¹ PEREA GONZÁLEZ, A., “La prueba preconstituida en el delito de trata de seres humanos: el problema de la progresión procesal”, *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 2019, (140), p. 12.

⁹⁸² FERNÁNDEZ PANTOJA, P., “La reparación del daño como respuesta al delito”. *Estudios jurídico-penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva*, 2018. 1 p. 201.

Del mismo modo, el artículo 15.3 del Convenio de Varsovia establece que “*Cada Parte preverá, en su derecho interno, el derecho de las víctimas a ser indemnizadas por los infractores*”, continúa el apartado 4 diciendo que “*Cada Parte adoptará las medidas legislativas u otras medidas necesarias para garantizar que las víctimas sean indemnizadas, en las condiciones previstas en su derecho interno, por ejemplo mediante el establecimiento de un fondo para la indemnización de las víctimas, o mediante medidas o programas dirigidos a la asistencia y a la integración social de las mismas, que podrían financiarse con los activos procedentes de la aplicación de las medidas previstas en el artículo 23*”.

En esta línea, el Estatuto de la Víctima reconoce una serie de derechos relacionados con la indemnización como el derecho de la víctima a ser informada sobre las indemnizaciones a las que tiene derecho, así como el procedimiento para reclamarlas (artículo 5.1.e), el reembolso de los gastos necesarios para el ejercicio de sus derechos y las costas procesales (artículo 14), acceder a servicios de justicia restaurativa con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios (artículo 15) y la asistencia jurídica gratuita (artículo 16).

El resarcimiento debe recaer sobre el autor del delito, mediante la responsabilidad civil *ex delicto* (artículos 109-126 CP). Aun estando reconocido el derecho en nuestro ordenamiento y, existiendo los instrumentos para garantizarlo, si no es posible llevarla término, piénsese en la insolvencia del condenado que imposibilita el pago de la responsabilidad civil, deberá acudir al sistema público de indemnizaciones.

La Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayuda y asistencia a las víctimas de delitos dolosos y violentos y contra la libertad sexual⁹⁸³, reconoce de forma general un sistema de ayudas públicas a las que podrán acceder las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual de carácter doloso. Esta ley regula, por una parte, las ayudas de contenido económico a las víctimas de delitos violentos y, por otra parte, la asistencia a las víctimas de todo tipo de delitos. Los delitos susceptibles de generar ayudas públicas serán aquellos cuyo resultado sea la muerte, lesiones corporales graves o daños graves en la salud física

⁹⁸³ Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayuda y asistencia a las víctimas de delitos dolosos y violentos y contra la libertad sexual BOE-A-1995-26714.

o mental, la gravedad de las lesiones o los daños en la salud serán valorados por la legislación de la Seguridad Social.

Estos mecanismos no garantizan el acceso de la víctima del delito de trata de seres humanos a la reparación, como sabemos para la consumación de este delito no es necesario que se emplee violencia, es habitual la trata engañosa o la trata con abuso de situación de vulnerabilidad. A esta barrera hay que añadir la pluralidad de finalidades de explotación que contempla el tipo del artículo 177 bis que no tienen que suponer un atentado a la libertad sexual.

Además, su artículo 2 establece como beneficiarios a “quienes, en el momento de perpetrarse el delito, sean españoles o nacionales de algún otro Estado miembro de la Unión Europea o quienes, no siéndolo, residan habitualmente en España o sean nacionales de otro Estado que reconozca ayudas análogas a los españoles en su territorio. Asimismo, podrán acceder a las ayudas las mujeres nacionales de cualquier otro Estado que se hallen en España, cualquiera que sea su situación administrativa, cuando la afectada sea víctima de violencia de género en los términos previstos en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la Violencia de Género, siempre que se trate de delitos a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer”, de modo que si la víctima no es nacional española, no reside en España y el Estado del que es nacional no reconoce ayudas análogas a los españoles, no será beneficiaria.

Se produce una desigualdad en el trato a las diferentes víctimas de delitos del todo injustificable, pues toda víctima, como tal, en cuanto el victimario le hace daño para satisfacer sus propios fines o intereses (sean estos cuáles sean, de reivindicación o mantenimiento de una posición de poder fáctico; políticos, sexuales, económicos o cualesquiera otros imaginables), está siendo instrumentalizada, cosificada por aquél, que no la victimizaría si tuviese en su consideración el valor de un ser humano y la tratase como a tal⁹⁸⁴.

No podemos concluir este epígrafe sin hacer mención al impulso que se ha dado a la participación de las víctimas de trata de seres humanos, en condición de beneficiarias

⁹⁸⁴ Sobre esta diferencia en el trato a las víctimas, véase JIMÉNEZ DÍAZ, M.J. y DAZA BONACHERAM M.M, Compensación a las víctimas de delitos violentos en España distintos raseros, Cuadernos de política criminal, N° 110, 2013, p. 134.

de los productos decomisados procedentes de la actividad delictiva, para su recuperación, asistencia y protección. Tarea ardua y que requiere mecanismos y cooperación global. A pesar del reconocimiento la mayoría de las víctimas no acceden a indemnización. El proyecto europeo *Justice at Last*⁹⁸⁵ ha estudiado 60 casos de víctimas de trata y otros delitos conexos, de los cuales solo dos de cada tres víctimas que reclamaron una indemnización obtuvieron su reconocimiento a través de una sentencia y solo una cuarta parte de ellas llegó a cobrar la indemnización.

Tras la reforma de 2015, junto a la obligación de decomisar efectos cuando por indicios fundados se resuelve que proceden de actividades delictivas, que en tales casos quepa incluso acordar el comiso sin sentencia (art. 127 ter CP) o el de bienes trasferidos a terceros o por valor equivalente (art. 127 quáter CP), se aplica la modalidad de comiso ampliado del art. 127 quinquies CP respecto de bienes, efectos y ganancias que proceden de la actividad delictiva previa del condenado, que además puede acordarse sin que haya recaído sentencia penal condenatoria (comiso autónomo) cuando el investigado o acusado ha fallecido o no resulta enjuiciable por enfermedad o rebeldía. De tal modo que los bienes decomisados, una vez han sido realizados por la Oficina de Gestión y Recuperación de Activos (ORGA), pueden integrarse en un fondo, similar al fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados existente desde 2003, que podría destinarse a resarcir a las víctimas⁹⁸⁶.

Debería apostarse por el fondo de bienes decomisados para resarcir a las víctimas del delito en general que pueda resultar más comprensivo que el sistema de indemnización pública a las víctimas contemplado en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayuda y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual⁹⁸⁷.

⁹⁸⁵ Acción europea para la indemnización de las víctimas de delitos que tiene como objetivo mejorar el acceso a la indemnización de las víctimas de la trata y de delitos conexos. Para las víctimas de delitos, el derecho a la indemnización está reconocido y bien establecido en la legislación de la UE. Sin embargo, subsisten muchas barreras que impiden que estas víctimas accedan efectivamente a este derecho. Proyecto financiado por el Programa de Justicia de la Unión Europea (2014-2020). Disponible en: <https://www.justiceatlast.eu/justice-at-last/>

⁹⁸⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “¿Es necesaria una ley integral contra la trata de seres humanos?”, *Revista General de Derecho Penal*, n.º 33, 2020, p. 8.

⁹⁸⁷ En este sentido Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C., CERESO DOMÍNGUEZ, A.I. y GÓMEZ GUTIÉRREZ, M., *Introducción a la Victimología*, Iustel, Madrid, 2019, pp. 192 y ss.

2. La condición de refugiado

Las víctimas de trata pueden ser reconocidas como refugiados en virtud de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados o los instrumentos regionales en materia de asilo y, en España, de conformidad a la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. Las Directrices de ACNUR sobre protección internacional N.º 7⁹⁸⁸ establecen cuándo la definición de refugiado de la Convención de 1951 se aplica a las víctimas de trata y a las personas que están en riesgo de ser víctimas de trata. De conformidad con la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados⁹⁸⁹, un refugiado es una persona que tiene fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, u opiniones políticas.

La protección de las víctimas o víctimas potenciales de trata de personas a que se refiere estas directrices es adicional y distinta a la protección contemplada en la sección II del Protocolo sobre la Trata de Personas, se encuentra implícitamente reconocida en la cláusula de salvaguardia del artículo 14 del Protocolo sobre la Trata de Personas, el cual establece que *“1. Nada de lo dispuesto en el presente Protocolo afectará a los derechos, obligaciones y responsabilidades de los Estados y las personas con arreglo al derecho internacional, incluidos el derecho internacional humanitario y la normativa internacional de derechos humanos y, en particular, cuando sean aplicables, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, así como el principio de non-refoulement consagrado en dichos instrumentos; 2. Las medidas previstas en el presente Protocolo se interpretarán y aplicarán de forma que no sea discriminatoria para las personas por el hecho de ser víctimas de la trata de personas. La interpretación y aplicación de esas medidas estarán en consonancia con los principios de no discriminación internacionalmente reconocidos”*⁹⁹⁰.

⁹⁸⁸ Directrices sobre protección internacional: La aplicación del artículo 1º (2) de la Convención de 1951 o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados en relación con las víctimas de la trata de personas y las personas que están en riesgo de ser víctimas de la trata. Disponible en:

https://www.acnur.org/es-es/prot/prot_mig/5b9ad25d4/directrices-sobre-proteccion-internacional-la-aplicacion-del-articulo-1a2.html

⁹⁸⁹ Convención sobre el Estatuto de los refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951. Disponible en: <https://www.acnur.org/5b0766944.pdf>

⁹⁹⁰ La Agenda para la Protección, A/AC.96/965/Add.1, del año 2002, en su meta 2, objetivo 2, hace un llamamiento a los Estados para asegurar que sus procedimientos de asilo permitan recibir solicitudes de

La Convención de Ginebra de 1951 contempla tres requisitos para el reconocimiento de la condición de refugiado: que el solicitante se encuentre fuera del país de su nacionalidad o, en caso de apatridia, fuera del país de residencia habitual, la existencia de temores fundados de persecución y, en último lugar, que no pueda o no quiera acogerse a la protección de su país.

Para ser reconocida como refugiada, la persona afectada debe tener “fundados temores de ser perseguida” vinculados a uno o más de los motivos de la Convención. Las solicitudes de asilo presentadas por las víctimas de trata, o las víctimas potenciales, deberán ser examinadas en detalle para establecer si el daño temido como consecuencia de la experiencia vinculada a la trata, o como consecuencia de la expectativa de que esta ocurra en el futuro, equivalen a persecución en el caso particular. En la experiencia de la trata se encuentran inherentes formas de explotación severa, tales como el rapto, el encarcelamiento, la violación sexual, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, los trabajos forzados, la extracción de órganos, golpizas, la privación de alimentos o de tratamiento médico. Estos actos constituyen graves violaciones a los derechos humanos, los cuales por lo general equivaldrán a persecución⁹⁹¹.

Por otra parte, es necesario examinar si las autoridades del país de origen tienen la voluntad y la capacidad de proteger a la víctima o la víctima potencial a su regreso. Cuando un Estado no adopta las medidas razonables que están bajo su competencia para

personas que han sido víctimas de la trata de personas. Esta interpretación de la cláusula de salvaguardia del artículo 14 en el sentido de imponer sobre los Estados la obligación de considerar las necesidades de protección internacional de las víctimas de la trata encuentra un mayor sustento en el párrafo 377 del Informe Explicativo que acompaña la Convención del Consejo de Europa, el cual establece lo siguiente en relación con el artículo 40 de dicha Convención: El hecho de ser víctima de la trata de seres humanos no puede obstaculizar el derecho de buscar y disfrutar del asilo y los Estados partes deben garantizar que las víctimas de la trata de personas tengan el acceso apropiado a procedimientos de asilo justos y eficientes. Los Estados partes también deberán adoptar las medidas que sean necesarias para garantizar el pleno respeto al principio de la no devolución. Además, los “Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas” de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, presentados al Consejo Económico y dirección: http://www.ohchr.org/spanish/about/publications/docs/trafficking_sp.doc, abordan en la directriz 2.7 la importancia de garantizar que existan procedimientos y procesos para recibir y tramitar las solicitudes de asilo que presenten tanto las víctimas de la trata de personas (como del tráfico de solicitantes de asilo) y de que se respete y haga valer en todo momento el principio de la no devolución.

⁹⁹¹ Directrices sobre protección internacional: La aplicación del artículo 1º (2) de la Convención de 1951 o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados en relación con las víctimas de la trata de personas y las personas que están en riesgo de ser víctimas de la trata. Disponible en:

https://www.acnur.org/es-es/prot/prot_mig/5b9ad25d4/directrices-sobre-proteccion-internacional-la-aplicacion-del-articulo-1a2.html

prevenir la trata de personas y brindar protección efectiva y asistencia a las víctimas, es probable que el temor de persecución que tiene la persona sea fundado.

Para estar dentro del ámbito del artículo 1^a (2) de la Convención de 1951, el solicitante se debe encontrar fuera de su país de origen y no poder o no tener la voluntad de acogerse a la protección del país, debido a fundados temores de ser perseguido. El requisito de encontrarse fuera del país de nacionalidad no significa, sin embargo, que la persona tenga que haber salido de él por causa de un temor fundado de persecución. En el caso de que dichos temores surjan con posterioridad a que la persona ha salido de su país, la persona sería un refugiado *sur place*, siempre que estén satisfechos los restantes elementos de la definición. De esta manera, no obstante que las víctimas de trata no hayan salido de su país debido a temores fundados de persecución, tales temores podrían surgir luego de haber salido de su país de origen. En tales circunstancias, esta será la base sobre la cual se deberá analizar la solicitud de asilo. Ello, no obstante, impedirá el reconocimiento de esta condición a las víctimas de trata interna, incluso europea

Para ser reconocido como refugiado, el temor de persecución de la persona debe estar relacionado con uno o más de los motivos de la Convención, es decir, debe darse “por motivos de” raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas pero, de acuerdo a las Directrices es suficiente que el motivo de la Convención sea un factor coadyuvante de importancia en relación con la persecución, aunque no resulta necesario que sea la única causa o incluso la causa predominante, y es que como el documento señala la trata de personas es una actividad comercial cuya motivación principal probablemente es el interés de obtener ganancias económicas y no la persecución por uno de los motivos de la Convención. Las víctimas podrían ser seleccionadas con base en su etnia, nacionalidad o sus ideas religiosas o políticas en un contexto en el cual las personas con un perfil específico podrían de por sí encontrarse en una situación de mayor vulnerabilidad en relación con diversas formas de abuso o explotación, de esta manera, incluso si la persona no se convierte en víctima de trata única y exclusivamente por motivos de la Convención, uno o más motivos de la Convención podrían ser relevantes en la selección de la víctima por parte del tratante.

VI. LA VÍCTIMA MENOR

El número de niños y niñas entre las víctimas de trata se ha triplicado en los últimos 15 años, y el porcentaje de niños se ha multiplicado por cinco, según un nuevo informe publicado este por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC)⁹⁹². Los menores deben estar especialmente protegidos por su mayor vulnerabilidad, es necesaria la distinción porque los menores si bien no cabe duda que son titulares de la “dignidad” ni pueden llegar a tener conciencia de ella ni pueden ejercerla (tiene fundamento pero no integridad y plenitud), les falta dado que su uso de la racionalidad y el ejercicio de su libertad viene condicionado por las limitaciones propias de su falta de madurez que irá incrementándose con el desarrollo de su personalidad; y ahí surge el deber de la conciencia colectiva, la obligación moral de los adultos de respetar, defender y proteger la dignidad de los niños⁹⁹³.

La definición jurídica internacional de la trata de niños es distinta de la trata de adultos ya que requiere solo de un acto (traslado, venta, recepción, entre otros), realizado con el propósito de someterlos a explotación y no es necesario demostrar ningún medio, como el engaño, la coacción o el abuso de una situación de vulnerabilidad.

El Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en los Principios y Directrices recomendados sobre derechos humanos y trata de personas, recuerda que “*el derecho internacional de los derechos humanos se aplica a todas las personas sin distinción, y los niños están incluidos en las normas y reglas de aplicación general*”. Sin embargo, al referirse a los niños víctimas de trata de seres humanos recuerda que “*el daño físico, psicológico y psicosocial que sufren en especial los niños objeto de trata y su mayor vulnerabilidad a la explotación hace necesario un tratamiento distinto al previsto para los adultos víctimas de trata de personas en las leyes, las normas y los programas*”⁹⁹⁴.

⁹⁹² Naciones Unidas. Global Report on Trafficking in Persons 2020. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tip/2021/GLOTiP_2020_15jan_web.pdf

⁹⁹³ GARCÍA CABRERA, J. C., “Reflexión en torno al tráfico y trata de personas y especialmente de niñas o niños”, *Crítica*, 2006, 56 (940), pp. 26-31.

⁹⁹⁴ Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos al Consejo Económico y Social. Disponible en:

https://www.ohchr.org/documents/publications/commentary_human_trafficking_sp.pdf

Por su parte, el Convenio del Consejo de Europa de la lucha contra la trata de personas establece en su artículo 10.4 que *“cuando un niño sea identificado como víctima, y no esté acompañado, las partes: a) dispondrán que sea representado por una tutela legal, una organización o una autoridad encargada de actuar con arreglo a su interés superior; b) adoptarán las medidas necesarias para establecer su identidad y su nacionalidad; c) realizarán todos los esfuerzos necesarios para encontrar a su familia, cuando se trate del interés superior del menor”*⁹⁹⁵.

La Directiva 2011/36 en su artículo 13 establece una disposición general sobre las medidas de apoyo, asistencia y protección de los menores víctimas, que incluyen en el apartado primero la asistencia, el apoyo y la protección atendiendo el interés superior del menor como consideración primordial, además sobre la determinación de la edad es destacable el apartado 2 que prevé que *“Los Estados miembros garantizarán que, cuando la edad de una persona que haya sido víctima de la trata de seres humanos sea incierta y existan razones para creer que es un menor, sea considerada como tal a fin de que pueda recibir inmediatamente asistencia, apoyo y protección de conformidad con los artículos 14 y 15”*. Por tanto, si hay razones para creer que la víctima es menor, se presumirá su minoría de edad.

La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño en su artículo 3 párrafo 1 establece el principio del interés superior del menor al disponer que en *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el superior interés del niño”*⁹⁹⁶. Por su parte, la Declaración de Derechos del niño nos proporciona la finalidad del mismo en su Principio segundo: *“El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del*

⁹⁹⁵ Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, Varsovia, 16 de mayo de 2005.

⁹⁹⁶ Aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

niño”⁹⁹⁷. En el ordenamiento jurídico español, el artículo 39 párrafo 4 de la CE establece “*Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*”. En el mismo sentido se pronuncia la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

El art. 59 de la LO 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social⁹⁹⁸, por un lado establece que las víctimas de trata pueden quedar exentas de responsabilidad administrativa, no pudiendo por tanto ser expulsadas, si denuncian a los autores del delito o colaboran en la persecución penal, tras lo cual se les podrá facilitar el retorno asistido a su país de origen o la autorización y trabajo por circunstancias excepcionales. En relación con los menores se establece específicamente que las previsiones del precepto “*serán igualmente de aplicación a extranjeros menores de edad, debiendo tenerse en cuenta en el procedimiento la edad y madurez de estos y, en todo caso, la prevalencia del principio del interés superior del menor*”.

Resulta especialmente relevante el art. 35 que desarrolla un mecanismo de protección de los menores no acompañados que ha resultado controvertido: el procedimiento de determinación de la edad. Ante la duda en principio se presupone la minoría de edad y se coloca al extranjero bajo la supervisión de los servicios competentes de protección de menores y se pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad.

El Reglamento de la LO 4/2000⁹⁹⁹ lo desarrolla y combina los perfiles de MENA (Menor Extranjero No Acompañado) y la víctima de trata en el art. 189 al definir que será considerado MENA el “*extranjero menor de dieciocho años que llegue a territorio español sin venir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, apreciándose riesgo de desprotección del menor, mientras tal adulto responsable no se haga cargo efectivamente del menor, así como a cualquier menor extranjero que una vez en España se encuentre en aquella situación*”. El art. 146

⁹⁹⁷ Declaración de los Derechos del Niño, aprobada el 20 de noviembre de 1959.

⁹⁹⁸ LO 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social

⁹⁹⁹ Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por LO 2/2009.

hace referencia expresa a los extranjeros menores de edad víctimas de trata de seres humanos, estableciendo que, *“en caso de que fuera determinada la minoría de edad de la víctima de trata de seres humanos, las actuaciones que deban realizarse en virtud de lo dispuesto en este capítulo velarán en todo momento por la preservación del interés superior del menor”*, a lo que añade que la *“institución pública responsable de la tutela legal de la víctima menor de edad o el Ministerio Fiscal pondrán proponer la derivación del menor hacia recursos específicos para víctimas de trata de seres humanos, por razones de protección o de asistencia especializada”*, para terminar determinando que *“los recursos específicos para víctimas de trata de seres humanos deberán garantizar la separación entre menores y mayores de edad”*.

Existe una alta probabilidad de que existan menores víctimas de trata, consideradas mayores por un decreto de determinación de la edad de la Fiscalía y que, por tanto, quedan fuera del sistema de protección de los menores, perdiendo una ocasión perfecta para lograr su identificación como víctimas de trata. Para evitarlo el Tribunal Supremo, en las STS de 23 de septiembre de 2014 y la de 24 de septiembre de 2014, viene a cuestionar la práctica de la Fiscalía que realiza las pruebas de manera extensiva, y afirma, que un pasaporte es válido cuando ha sido expedido conforme a los requisitos exigidos en el país de origen y los funcionarios encargados de su recepción no pueden valorar dicha validez, y aunque el art. 35 de la LO 4/2000, autoriza la realización de las pruebas médicas necesarias para la determinación de la edad de los extranjeros indocumentados cuya minoría de edad no pueda establecerse con seguridad, la Sala fija como doctrina, que una correcta interpretación de la norma permite mantener que un inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte válido. Procede realizar un juicio de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que el documento no es fiable y que

por ello se debe acudir a las pruebas, en cualquier caso, no podrán aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad¹⁰⁰⁰.

Respecto a cómo manejar adecuadamente las solicitudes de condición de refugiado de los niños víctimas de trata en las Directrices para la Protección de los Derechos de los Niños Víctimas de Trata se establece que “*Los Estados, cuando proceda, y las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales deberían considerar, además de las medidas indicadas en la directriz 6, las siguientes:*

1. Cerciorarse de que las definiciones de trata de niños que se adopten tanto en la legislación como en la política tengan en cuenta su necesidad de salvaguardias y atención especiales, con inclusión de una protección legal adecuada. En particular, y de conformidad con el Protocolo de Palermo, los elementos de engaño, fuerza u otras formas de coacción, etc., no deben formar parte de la definición de la trata cuando la víctima sea un niño.

2. Establecer procedimientos para la rápida identificación de las víctimas de trata de niños.

3. Cerciorarse de que las víctimas de la trata de niños no sean objeto de procedimiento o de acciones penales o delitos relacionados con su situación como tales.

4. En los casos en que los niños no estén acompañados de familiares o tutores, adoptar medidas para identificar y localizar a familiares. Tras proceder a una evaluación del riesgo y consultar con el niño, habría que tomar medidas para facilitar la reunión de las víctimas de trata de niños con sus familias cuando se considere que ello redunde en su beneficio.

5. En los casos en que el regreso del niño a su familia en condiciones de seguridad no sea posible o no redunde en su beneficio, establecer disposiciones adecuadas de atención que respeten sus derechos y su dignidad.

6. En las situaciones a que se hace referencia en los párrafos precedentes, asegurar que el niño que pueda formarse su propia opinión tenga el derecho de

¹⁰⁰⁰ GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., PÉREZ GONZÁLEZ, C., “La protección de los menores de edad víctimas de trata de seres humanos: Derecho internacional, europeo y español” en (Coord.) Alcáncer Guirao, R., Martín Lorenzo, M., Valle Mariscal de Gante, M., La Trata de seres humanos: persecución penal y protección de las víctimas, Edit. Edisofer, 2015, pp. 237 y ss.

expresarla libremente en todas las cuestiones que le afecten, especialmente respecto de las decisiones acerca de su posible regreso a su familia y ponderar debidamente esas opiniones de conformidad con la edad y la madurez del niño.

7. Adoptar programas y normas especializados para proteger y ayudar a las víctimas de trata de niños. Hay que proporcionar a los niños asistencia física, sicosocial, jurídica, educacional, de vivienda y de salud adecuada.

8. Adoptar las medidas necesarias para proteger los derechos y los intereses de las víctimas de trata de niños en todas las etapas de los procesos penales contra los presuntos autores y en los procedimientos para obtener una indemnización.

9. Proteger, según proceda, la privacidad y la identidad de las víctimas de trata de niños y tomar medidas para que no se difunda información que pueda servir para identificarlos.

10. Adoptar medidas para impartir capacitación adecuada y apropiada, especialmente legal y psicológica, a quienes trabajen con víctimas de la trata de niños¹⁰⁰¹.

El legislador español ha tratado de dar cumplimiento a estas recomendaciones internacionales. Con dicha finalidad se aprueba recientemente la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (LOPIAV). Esta ley orgánica se relaciona también con los compromisos y metas del Pacto de Estado contra la violencia de género, así como de la Agenda 2030 en varios ámbitos, y de forma muy específica con la meta 16.2 “*Poner fin al maltrato, la explotación, la trata y todas las formas de violencia y tortura contra los niños*” dentro del Objetivo 16 de promover sociedades, justas, pacíficas e inclusivas. Las niñas, por su edad y sexo, muchas veces son doblemente discriminadas o agredidas, por eso esta ley debe tener en cuenta las formas de violencia que las niñas sufren específicamente por el hecho de ser niñas y así abordarlas y prevenirlas a la vez que se incide en que solo una sociedad que educa en respeto e igualdad será capaz de erradicar la violencia hacia las

¹⁰⁰¹ Directriz 8 - Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos al Consejo Económico y Social. Disponible en:

<https://www.bienestaryproteccioninfantil.es/fuentes1.asp?sec=13&subs=16&cod=352&page=>

niñas¹⁰⁰². En esta línea, la “violencia” es definida en el artículo 1.2. como toda *acción, omisión o trato negligente que priva a las personas menores de edad de sus derechos y bienestar, que amenaza o interfiere su ordenado desarrollo físico, psíquico o social, con independencia de su forma y medio de comisión, incluida la realizada a través de las tecnologías de la información y la comunicación, especialmente la violencia digital*. Se han destacado dos aspectos de este concepto: el primero, la inclusión de conductas negligentes y, el segundo, la extensión que abarca hasta la denominada “violencia digital”¹⁰⁰³.

Esta ley introduce algunas modificaciones que afectan a las víctimas menores de trata de seres humanos. El título IV sobre actuaciones en centros de protección de personas menores de edad, establece la obligatoriedad de los centros de protección de aplicar protocolos de actuación, cuya eficacia se someterá a evaluación, y que recogerán las actuaciones a seguir en aras de prevenir, detectar precozmente y actuar ante posibles situaciones de violencia. Asimismo, se establece una atención reforzada, en el marco de los protocolos anteriormente citados, a las actuaciones específicas de prevención, detección precoz e intervención en posibles casos de abuso, explotación sexual y trata de seres humanos que tengan como víctimas a personas menores de edad sujetas a medida protectora y que residan en centros residenciales.

El capítulo II, por su parte, introduce una regulación específica en relación a la certificación negativa del Registro Central de Delincuentes Sexuales, que pasa a denominarse Registro Central de Delincuentes Sexuales y de Trata de Seres Humanos, desarrollando y ampliando la protección de las personas menores de edad a través del perfeccionamiento del sistema de exigencia del requisito de no haber cometido delitos contra la libertad o indemnidad sexuales o de trata de seres humanos para desarrollar

¹⁰⁰² Preámbulo de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Según el artículo 1: 1. La ley tiene por objeto garantizar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes a su integridad física, psíquica, psicológica y moral frente a cualquier forma de violencia, asegurando el libre desarrollo de su personalidad y estableciendo medidas de protección integral, que incluyan la sensibilización, la prevención, la detección precoz, la protección y la reparación del daño en todos los ámbitos en los que se desarrolla su vida.

¹⁰⁰³ FERNÁNDEZ PANTOJA, P., “Aspectos de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia. A la vez una reflexión del uso (y/o abuso) de la técnica de leyes integrales”, *Cuadernos de política criminal*, N° 134, 2021, p. 19, afirma que *cabe plantearse si surgirán problemas en la aplicación de la norma por parte de los tribunales de justicia del orden penal por cuanto la ley extiende dicho concepto más allá del asumido por los tribunales a los efectos de algunos delitos*.

actividades que supongan contacto habitual con personas menores de edad. Además, contempla un *Plan de Intervención* en el art. 43.4 por el que los poderes públicos garantizarán a los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos violentos y, en todo caso, de delitos de naturaleza sexual, de trata o de violencia de género una atención integral para su recuperación a través de servicios especializados.

En el ámbito procesal, se introduce el artículo 449 ter referido a la posibilidad de que la autoridad judicial podrá acordar practicar la audiencia del menor como prueba preconstituida, con todas las garantías de la práctica de prueba en el juicio oral cuando una persona menor de catorce años o una persona con discapacidad necesitada de especial protección deba intervenir en condición de testigo en un procedimiento judicial que tenga por objeto la instrucción de un delito de trata de seres humanos.

En lo que a al tipo delito de Trata de seres humanos se refiere, la Ley modifica el artículo 177 bis 1 al prever que se impondrá, en todo caso, la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidos, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad, por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta cuando la víctima de trata de seres humanos fuera una persona menor de edad. En definitiva, medidas que refuerzan la protección de los menores, también de forma indirecta, así el menor familiar de la víctima de trata puede quedar protegido a partir de la modificación por esta LOPIAV del art. 1 de la L.O 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género declarando que la violencia a que se refiere dicha Ley también comprende la violencia que con el objeto de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad.

VII. Ley integral contra la trata de seres humanos

1. Consideraciones previas

Tras el estudio pormenorizado del fenómeno delictivo “Trata de seres humanos” podemos confirmar que la mera persecución penal no ha resultado suficiente ni idónea para acabar con un problema devastador para la sociedad ni para dar respuesta a las

exigencias del Protocolo de Palermo¹⁰⁰⁴ en lo que respecta a la orientación victimocéntrica del conjunto de medidas que cada Estado parte tiene la responsabilidad de adoptar en esta lucha que se torna conjunta y cooperada. En este sentido, se han alzado voces provenientes de la doctrina¹⁰⁰⁵ y de las organizaciones¹⁰⁰⁶ que asisten a las víctimas sobre la necesidad de aprobar una Ley integral contra la trata de seres humanos, con no más finalidad que llevar a cabo un abordaje holístico y con perspectiva de género.

Coincidimos con la necesidad de crear una Ley integral contra la trata de seres humanos pero, no tanto, en la manera con la que se ha dado respuesta a esta demanda y suponemos conveniente un análisis crítico de la misma, pero al mismo tiempo constructivo, pues es la finalidad de nuestro estudio, coadyuvar a la construcción de un modelo que combine de manera eficiente la atención a la víctima “victimocentrismo” y la persecución penal “criminocentrismo” porque si bien, creemos que el derecho penal debe ser la última *ratio*, no podemos ignorar su actual necesidad. Y, por ello, entendemos, que cuanto más acertadas sean las decisiones políticas en cuanto a instrumentos sociales y educativos, antes y, cada vez más, podremos prescindir del aparato represivo. Vemos para ello a continuación cómo se ha abordado institucionalmente esta cuestión.

2. Respuesta institucional

El Grupo de Expertos del Consejo de Europa (GRETA), ha instado en diversas ocasiones a las autoridades españolas a la adopción de medidas para garantizar que la lucha contra la trata y las acciones desarrolladas sean globales, dirigiéndose a todas las víctimas de este delito mediante un plan de acción nacional integral contra la trata de personas, teniendo en cuenta la dimensión de género de la trata y la vulnerabilidad

¹⁰⁰⁴ Protocolo para reprimir la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional de 2000.

¹⁰⁰⁵ Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C., “El delito de trata de seres humanos. Una incriminación (...)”, pp. 553-554.

¹⁰⁰⁶ Fundación Cruz Blanca. Aportaciones consulta pública previa a la elaboración de un proyecto normativo consistente en una Ley integral contra la Trata. Disponible en:

https://fundacioncruzblanca.org/sites/default/files/ley_integral_contra_la_trata.pdf

particular de los niños, garantizando de esta manera el cumplimiento del artículo 2 del convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos¹⁰⁰⁷.

Si observamos la situación normativa en España, pese a lo previsto por Instrumentos Internacionales vinculantes para nuestro país, no se regula el delito de Trata como un supuesto de violencia de género con la subsiguiente limitación de derechos para las víctimas lo que se contradice con la Directiva 2011/36/UE¹⁰⁰⁸.

No obstante, se han adoptado algunas medidas que sí relacionan ambos fenómenos. Se puso en marcha la Estrategia Nacional para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer (2013- 2016)¹⁰⁰⁹, aprobada por el Consejo de ministros el 26 de julio de 2013 al amparo de lo dispuesto en el artículo 3 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género, instrumento vertebrador de la actuación de los poderes públicos para acabar con la violencia que sufren las mujeres por el mero hecho de serlo que incorporaba medidas dirigidas a avanzar en la erradicación de todas las formas de violencia contra la mujer, haciendo hincapié en que la trata de mujeres con fines de explotación sexual es un grave delito cuya dimensión real en nuestro país aún se desconoce. La Estrategia insistía en hacer visible el hecho de que, junto a la violencia de género, los malos tratos sufridos por las mujeres a manos de sus parejas o ex parejas, es importante ir avanzando también en el afrontamiento de otras formas de violencia contra la mujer como la trata con fines de explotación sexual.

¹⁰⁰⁷ Así lo ponen de manifiesto las Organizaciones no gubernamentales, en este sentido Fundación Cruz Blanca, *Día Mundial contra la Trata de Personas*, Disponible en: <https://www.fundacioncruzblanca.org/noticia/dia-mundial-contra-la-trata-de-personas>

Vid. GRETA, Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Spain. First evaluation round, Strasbourg, 2013, pp. 57 y ss., Disponible en:

<http://www.phit.ub.edu/wp-content/uploads/2017/04/InformeGRETAEspa%C3%B1a.pdf>

y Report concerning the implementation of Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Spain. Second evaluation round, Strasbourg, 2018, pp. 64 y ss. Disponible en: <https://rm.coe.int/greta-2018-7-frg-esp-en/16808b51e0>

¹⁰⁰⁸ Lo que se ha considerado “una hipocresía sublime” por GARCÍA SEDANO, T., “¿Sería subsumible el delito de trata de seres humanos en la Ley 1/2004, de 28 de diciembre?”, *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, Nº. 118, 2016, p. 8 [Documento electrónico].

¹⁰⁰⁹ La Estrategia Nacional para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer (2013- 2016). Disponible en:

<https://violenciagenero.igualdad.gob.es/planActuacion/estrategiaNacional/docs/EstrategiaNacionalCastellano.pdf> se elabora sobre dos premisas: por un lado, unificar, en un mismo documento, de forma coherente y concertada, las distintas medidas que permitan avanzar en la eliminación de la violencia contra la mujer en general y de la de género en particular, por otro, recoger medidas que cumplen con la finalidad sensibilizadora, preventiva y de detección en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 3 de la LO 1/2004.

Al mismo tiempo que se incrimina el delito de trata, el Gobierno aprobó el Plan integral de lucha contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual para el trienio 2009-2011, que después fue prorrogado hasta el 31 de diciembre de 2012, focalizado exclusivamente en la trata para explotación sexual y de corte claramente abolicionista, al parificar prostitución con trata, además de identificar la trata fundamentalmente con una cuestión de género. Esta tónica se abandonó en parte con la aprobación del Protocolo marco de protección de las víctimas de la trata de seres humanos de 25 de octubre de 2011 que, pese a surgir del Plan, se orientó a la protección de las de cualquier tipo de trata. Sin embargo, el nuevo Gobierno volvió de nuevo a centrar el foco en la lucha contra la explotación sexual partiendo de una perspectiva claramente abolicionista. Así, en abril de 2013 se aprobó el Plan contra la trata de seres humanos con finalidad de explotación sexual, un documento policial cuya aplicación se dilató hasta 2015, mediante el que se creó la Brigada Central contra la trata de seres humanos en el Cuerpo Nacional de Policía y se activaron el teléfono gratuito de asistencia a víctimas las 24 h. y un correo electrónico de atención entre otras medidas¹⁰¹⁰.

Unos años más tarde se aprueba el Plan integral de lucha contra la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual (2015-2018)¹⁰¹¹ que parte del compromiso asumido por España desde la ratificación del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños (Protocolo de Palermo, 2000) y, según el cual, si bien resulta primordial la construcción de una Estrategia Nacional única que, con carácter global, incluya los objetivos dirigidos a erradicar las distintas manifestaciones de la violencia ejercida sobre las mujeres, la lucha contra la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual presenta particularidades que requieren que sea objeto de un tratamiento específico de carácter integral que implique a las administraciones, instituciones y entidades con responsabilidades y especialización en la materia y que contemple las especiales características de víctimas y delincuentes. El Plan se construye desde una perspectiva centrada en la protección y promoción de los derechos

¹⁰¹⁰ Sobre la tónica seguida por los Gobiernos de identificar prostitución y trata Véase VILLACAMPA ESTIARTE, C., “¿Es necesaria una ley integral (...)?”, Op. Cit., pp. 19 y ss.

¹⁰¹¹ Plan Integral de Lucha contra la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual (2015-2018). Aprobado por Consejo de Ministros el 18 de septiembre de 2015. Disponible en: https://violenciagenero.igualdad.gob.es/otrasFormas/trata/normativaProtocolo/planIntegral/DOC/Plan_Trata_2.pdf Sitúa la promoción de los derechos humanos y la protección de las víctimas como su objetivo central.

humanos, colocando a la posible víctima en el centro de todas las actuaciones, por encima de otros intereses u objetivos.

Algunas organizaciones han señalado la necesidad de crear una Ley integral contra la trata de seres humanos. Proponen una Ley con un enfoque de derechos humanos, género, interseccionalidad y etario. Según estas, la ley debe estar basada en el marco normativo y jurídico internacional y regional¹⁰¹², que incluya las recomendaciones de la convención internacional sobre protección de derechos de las y los trabajadoras/es migrantes y sus familias (1990) y que tenga en cuenta al menos las siguientes consideraciones generales: debe ser una Ley con rango de Ley orgánica, incluir detalles sobre la financiación de las actuaciones, un plazo para el desarrollo de las herramientas necesarias, incluir todos los tipos de explotación y poner en el centro de las actuaciones a las personas independientemente de su participación en procesos penales, evitando así su re-victimización. Además, establece la reforma del actual proceso de identificación, con nuevos mecanismos coordinados a nivel multiagencial, y con participación de entidades y organizaciones especializadas, como se recoge en el artículo 10 del Convenio de Varsovia. A este respecto se considera, por un lado, necesario crear un mecanismo de acreditación a organizaciones especializadas para la identificación formal de víctimas de trata, y por otro establecer los protocolos necesarios para garantizar la seguridad y protección de dichas organizaciones¹⁰¹³. Ya hay países que cuentan con una ley nacional contra la trata de personas, así por ejemplo, es el caso de México, cuyo sistema federado hizo necesaria una regulación unitaria, a lo que se dio respuesta primero con una ley en 2007, que fracasó porque convivía con otras regulaciones simultáneas y, posteriormente,

¹⁰¹² Incluyendo como mínimo como marco normativo internacional: Convención de los Derechos del niño (1989), Comité para la eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) (1979) y Recomendación Del Comité De La CEDAW N° 38, Convención Internacional Sobre Protección De Derechos y el Protocolo De Naciones Unidas Para Prevenir, Reprimir Y Sancionar La Trata De Personas, Especialmente Mujeres Y Niños (2000). Marco normativo regional: Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la trata de Seres Humanos Recomendaciones GRETA, Directiva 2004/81/CE y Directiva 2011/36/UE.

¹⁰¹³ Para más información véase Aportaciones consulta pública previa a la elaboración de un proyecto normativo consistente en una Ley integral contra la Trata de la Fundación Cruz Blanca. Disponible en:

https://fundacioncruzblanca.org/sites/default/files/ley_integral_contra_la_trata.pdf

el 10 de agosto de 2013, se modificó el artículo 73 fracción XXI de la constitución política federal, para que existiera una sola ley en el país sobre trata de personas¹⁰¹⁴.

La Directiva 2011/36/UE de 5 abril de 2011, recoge una orientación victimocéntrica cuando establece la visión integrada y global como requisito para alcanzar una lucha más eficaz frente a esta realidad criminal. Y aquí es donde algunos ven el primer motivo para la creación de una ley integral, como una nueva técnica de codificación que responden a las necesidades de transversalidad que reclaman algunas situaciones y que tenga como finalidad el tratamiento normativo conjunto, que proporcione una visión global del problema a fin de poder coordinar adecuadamente la protección de las víctimas tomando en cuenta una valoración real de sus necesidades y que facilite la toma de decisiones unitarias¹⁰¹⁵, se trata de ayudar a los profesionales que atienden a las víctimas durante el proceso, acabando con las rémoras que dificultan la adecuada atención de las víctimas en momentos como la identificación, la derivación a centros, declaración, protección y reparación. Ello, no obstante, debe tenerse presente que el uso las “leyes integrales” *puede presentarse como las dos caras de una moneda: de un lado, la necesidad de resolver problemas sociales y, de otro, el mantener la pureza de un ordenamiento jurídico coherente y estructurado*. El uso sin medida de este tipo de recurso legislativo, puede generar *incongruencias o “parcheos”* en el orden jurídico penal¹⁰¹⁶.

La implementación de una política integral contra la trata de personas basada en los derechos y protección de los más vulnerables debe considerarse consustancial a un sistema de gobierno democrático y transparente de un Estado de derecho. Pre-requisito esencial, por tanto, de las medidas efectivas es la construcción y el fortalecimiento de instituciones adecuadas tanto a nivel local como nacional, con este fin la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) propone incluir un Mecanismo de

¹⁰¹⁴ MARTIÑÓN CANO, G., “El delito de trata de personas en México. Análisis comparativo con la tipología propuesta en el Protocolo de Palermo”, en Pérez Alonso, E. y Pomares Cintas, E. (Coord.) *La Trata de Seres Humanos en el Contexto Penal Iberoamericano*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 180 y ss.

¹⁰¹⁵ LLORIA GARCÍA, P., “El delito de trata de seres humanos y la necesidad de creación de una ley integral”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIX, 2019, p. 357.

¹⁰¹⁶ FERNÁNDEZ PANTOJA, P., “Aspectos de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia (...), Op. Cit. p. 13. Realiza un estudio pormenorizado de las ventajas e inconvenientes del uso del recurso legislativo “leyes integrales”.

Derivación Nacional (MDN) que es un marco cooperativo a través del cual los actores estatales cumplen sus obligaciones de proteger y promover los derechos humanos de las víctimas de trata, coordinando sus esfuerzos en asociación estratégica con la sociedad civil. El objetivo básico es asegurar que los derechos humanos de las víctimas de trata sean respetados y proporcionar a las víctimas una vía efectiva de derivación a los servicios¹⁰¹⁷. Se trata de la coordinación de los diferentes agentes que intervienen en la lucha contra la trata¹⁰¹⁸. Para ello, son necesarias una serie de medidas mínimas como el establecimiento de mecanismos de prevención y detección de trata de seres humanos por parte de profesionales, de detección e identificación de las víctimas y la asistencia integral (médica, psicológica, material, jurídica...)¹⁰¹⁹.

La futura Ley debería incluir el objeto, los fines, medidas de sensibilización, prevención y detección, los derechos de las víctimas, la especificidad de los menores y sus necesidades especiales, la regulación en los ámbitos de la publicidad, sanitario, educativo, laboral, los recursos disponibles y requisitos de acceso, la tutela institucional y la penal, las medidas judiciales de protección y seguridad que deberían diseñarse y la regulación de la demanda¹⁰²⁰.

A modo de referente, en 2010 se publica la Ley modelo contra la trata de personas elaborada por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC)¹⁰²¹ atendiendo una petición de la Asamblea General al Secretario General de que promoviera y facilitara las actividades de los Estados Miembros para adherirse a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos. Se elaboró, en particular, para ayudar a los Estados a poner en práctica las disposiciones

¹⁰¹⁷ Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (2004). Mecanismos Nacionales de Derivación. Aunando esfuerzos para proteger los derechos de las víctimas de trata de personas. Manual práctico. Disponible en: <https://www.osce.org/es/odihr/13973?download=true>

¹⁰¹⁸ Según la OSCE a menudo, las víctimas de trata son, inicialmente, identificadas por los organismos encargados del cumplimiento de la ley, pero son las organizaciones de la sociedad civil las que les proporcionan protección y otros servicios.

¹⁰¹⁹ Necesidades señaladas por organizaciones como Adoratrices. En este sentido véase MAGARIÑOS, E., “Freno a la trata... por ley”, *Vida Nueva*, (3223), 2021, p. 20.

¹⁰²⁰ LUCEA SÁENZ, A., “Erradicar la trata de menores con fines de explotación sexual. La necesidad de una ley integral”, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, n.º 48, 2018, 117-146.

¹⁰²¹ UNODC. Ley modelo contra la trata de personas, Nueva York, 2010. Disponible en: <https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/TIP-Model-Law-Spanish.pdf>

del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención.

Esta Ley modelo está constituida por diez capítulos: Capítulo I. Disposiciones generales; Capítulo II. Definiciones; Capítulo III. Jurisdicción; Capítulo IV. Disposiciones penales: los delitos básicos como un fundamento de los delitos de trata de personas; Capítulo V. Disposiciones penales: disposiciones específicas relativas a la trata de personas; Capítulo VI. Disposiciones penales: delitos secundarios y delitos relacionados con la trata de personas; Capítulo VII. Indemnización, asistencia y protección a las víctimas y los testigos; Capítulo VIII. Inmigración y regreso; Capítulo IX. Prevención, capacitación y cooperación y; Capítulo X. Poder de reglamentación. En total, 38 artículos inspirados en varios principios generales (art. 3):

- a) Prevenir y combatir la trata de personas.
- b) Proteger y ayudar a las víctimas de esa trata, respetando plenamente al mismo tiempo sus derechos humanos.
- c) Velar por que se castigue de forma justa y efectiva a los tratantes (la investigación y el enjuiciamiento efectivos de los tratantes).
- d) Promover y facilitar la cooperación nacional e internacional para alcanzar esos objetivos.

Los Capítulos IV, V y VI establecen las disposiciones penales diferenciando entre delitos básicos, disposiciones específicas y delitos secundarios. Respecto al primero, la UNODC considera que hay una serie de delitos básicos que son fundamento de los delitos de trata de personas como la participación en grupo delictivo organizado, el blanqueo del producto del delito, la corrupción y la obstrucción a la justicia, entre otros, y que es esencial que la legislación nacional los penalice adecuadamente. Continúa con la regulación del delito de trata (art.8), fijando la definición conforme al Protocolo de Palermo y todos los elementos del tipo. En este capítulo también incluye los trabajos y servicios forzados (art. 11). Por último, en lo que respecta a las disposiciones penales, el Capítulo VI establece disposiciones generales que no son específicas de la trata y que solo se deben incluir, dice la Ley modelo, si no están comprendidas en las disposiciones generales de las leyes o códigos penales nacionales, se refiere a formas de participación

(cómplice, organizador...) y formas imperfectas de ejecución (tentativa a la que llama intento).

El carácter vitimocéntrico se atisba ya en el artículo 10 al contemplar la exención de responsabilidad de la víctima. Se utilizan dos criterios diferentes: la causa (el delito está directamente relacionado o vinculado a la trata) y la coacción (la persona fue obligada a cometer los delitos). Sin embargo, es a partir del Capítulo VII “Indemnización, asistencia y protección a las víctimas y los testigos” donde se prevén las medidas destinadas a la recuperación física, psicológica y social de las víctimas de la trata de personas. Y el Capítulo IX “Prevención, capacitación y cooperación” completa las “Ps”.

En España nada se ha hecho por el momento en lo que a la aprobación de una futura ley integral contra la trata se refiere más allá de producir un Borrador de proyecto que nunca llegó a ser presentado a las Cortes y, como decíamos en los diversos Planes se tiende a identificar la trata de seres humanos con la prostitución, olvidado que si bien la trata con finalidad de explotación sexual es la que más se produce, existen otras modalidades igualmente graves, como la trata con fines de explotación laboral. Respecto a esta, el 20 de septiembre de 2018 entró en vigor en España el Protocolo 2014 relativo al Convenio sobre trabajo forzoso de la OIT de 1930¹⁰²², ratificado por España en septiembre de 2017. El referido Convenio obliga al Estado español a aprobar un plan de acción nacional contra el trabajo forzoso. Al respecto, pese a que en el seno de la Secretaría Técnica del Ministerio de Trabajo se ha formado una Comisión para la redacción del plan nacional contra el trabajo obligatorio y otras actividades humanas forzadas, no consta que haya sido todavía elaborado. Solamente se ha aprobado el Plan director por un trabajo digno 2018-20, que no aborda la cuestión de la trata para explotación laboral o la explotación misma en condiciones de esclavitud¹⁰²³. Y es que como vemos a continuación los esfuerzos se han centrado especialmente en una de las finalidades de la trata de seres humanos, la explotación sexual.

¹⁰²² OIT. Protocolo de 2014 relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930. Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:P029

¹⁰²³ Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Es necesaria una ley integra (...)”, Op. Cit. p. 20.

3. Borrador del Proyecto de Ley Integral contra la Trata de Seres Humanos

El borrador en el que el Ministerio de Igualdad comenzó a trabajar en 2018 lleva como rúbrica “Proyecto de ley integral contra la trata de seres humanos y en particular con fines de explotación sexual”¹⁰²⁴, nos muestra ya en su título una especial preocupación por una de las modalidades de este delito, la que tiene por finalidad la explotación sexual, lo que se trata de justificar en la exposición de motivos haciendo una referencia cuantitativa de los casos “*el 95% de las víctimas acaban explotadas en la prostitución*” y la feminización de las víctimas como fenómeno que no puede desligarse de la prostitución.

Según se expone, la Ley contiene una respuesta normativa integral contra la trata de seres humanos, y en particular contra la trata con fines de explotación sexual, desde un enfoque victimocéntrico, de derechos humanos y de género, con una marcada tendencia abolicionista pues según su tenor literal “*persigue erradicar la prostitución, por su estrecha vinculación con la trata con fines de explotación sexual y prohíbe todo tipo de proxenetismo, incluido el que cuenta con el consentimiento de la víctima*”.

Resulta lógico que el Borrador, junto al enfoque integral que persigue en el abordaje de la trata de seres humanos, asuma también una aproximación de género, puesto que precisamente su origen se encuentra en la aprobación del Pacto de Estado contra la violencia de género, lo que resulta más cuestionable es la identificación trata-prostitución¹⁰²⁵, como veremos más adelante. En este sentido, y en cuanto a la perspectiva de género, algunos podrían alegar, como ya sucedió con ocasión de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, un “sobreproteccionismo” que ocasiona efectos inversos a los deseados. Frente a esta postura coincidimos con quienes ven en el Derecho Penal de género una protección penal de la igualdad, lo que tiene sentido en un momento histórico en el que es objetivo

¹⁰²⁴ Ministerio de Igualdad. Borrador del Proyecto de Ley Integral contra la trata de seres humanos y en particular con fines de explotación sexual de 27 de septiembre de 2019. Disponible en: http://www.cimcett.es/docs/documents/27-09-19_12-09-44_borrador-ley-trata-version-9-noviembre-2018.pdf

¹⁰²⁵ Muy crítica con esta cuestión VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Es necesaria una ley integral (...)”, Op. Cit. pp. 23 y ss.

fundamental la consecución de la igualdad real, otra cuestión son las deficiencias de la intervención penal¹⁰²⁶.

En cuanto a la estructura del Borrador de esta Ley, consta de 93 Artículos recogidos en un Título Preliminar, trece Títulos, cinco disposiciones adicionales, una disposición transitoria y dos disposiciones derogatorias. No se trata de desarrollar la ley en este texto, pero resulta conveniente para nuestro estudio tener en cuenta el contenido básico de cada Título para su posterior análisis crítico. Dicho lo cual, los títulos quedan redactados en los siguientes términos:

Título I: Contempla las medidas de sensibilización y prevención y en concreto la elaboración de un Plan Nacional de Sensibilización y Prevención en Trata de Seres Humanos que hará especial referencia a la trata con fines de explotación sexual.

Título II: Contempla las medidas de protección e identificación de las víctimas, estableciendo un procedimiento centrado en la víctima que fomente su participación y diferenciándose las fases de detección, identificación provisional y definitiva.

Título III: Recoge los derechos de las víctimas, como son los de información, asistencia social integral, derechos laborales y de asistencia jurídica gratuita, desvinculando los derechos de la interposición de una denuncia o de la participación o colaboración de la víctima en la investigación del delito.

Título IV: se refiere a los supuestos de permanencia en el territorio y no devolución de las víctimas no nacionales no residentes en España. Se prevé la prórroga del periodo de restablecimiento y reflexión; además la víctima identificada provisionalmente podrá solicitar el permiso de residencia y se le otorga una especial protección internacional cuando lo sean de trata con fines de explotación sexual, pudiendo acceder al reconocimiento de la condición de refugiadas e instar la protección internacional siguiendo las recomendaciones sobre asilo de ACNUR y de la CEDAW.

¹⁰²⁶ Entre otros, FERNÁNDEZ PANTOJA, P., “El sistema de tutela ante la violencia de género aspectos jurídicos y políticos”, en (Coord.) Jiménez Díaz, M.J., La Ley Integral: un estudio multidisciplinar, 2009, p. 251.

Título V: Contempla la regulación específica en materia de protección de menores víctimas de estos delitos, bajo el principio del interés superior del menor, que ha de guiar la actuación de los poderes públicos.

Título VI: Introduce novedades en la tutela penal, para lograr la indemnización efectiva, incluyendo la aplicación de la agravante de género del Artículo 22.4 del Código Penal en casos de trata con fines de explotación sexual.

Título VII: Introduce también novedades en materia de disposiciones procesales penales, destacando la persecución de oficio, los medios específicos para la investigación eficaz de estos delitos, conforme las obligaciones de la diligencia debida a que nos obligan los instrumentos internacionales, y la posibilidad de practicar la prueba preconstituida y anticipada. Además, se atribuye a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, la competencia para instruir los delitos de trata con fines de explotación sexual.

Título VIII: Crea la figura del Fiscal de Trata de Seres Humanos y Extranjería.

Título IX: Regula las unidades especializadas de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Título X: Refiere a la cooperación interinstitucional, estableciendo responsabilidades en las Secretarías de Estado de Igualdad y de Seguridad, y creando la Comisión Nacional de Trata de Seres Humanos como un órgano de asesoramiento.

Título XI: Regula la cooperación internacional, fundamental en estos delitos que tienen una clara dimensión transnacional.

Título XII: Se refiere a la evaluación de la Ley regulando la Relatoría Nacional como un órgano independiente nombrado por el Parlamento y se potencia el Foro Social contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual para realizar el seguimiento de las políticas públicas en esta área.

Título XIII: Contempla la consignación presupuestaria necesaria para llevar a efecto lo dispuesto en esta Ley.

El objetivo, que ya adelanta la Exposición de Motivos, es establecer un sistema integral de medidas encaminadas a prevenir y sancionar la trata de seres humanos con fines de explotación sexual y delitos conexos, intensificar la cooperación internacional, mejorar la protección de las víctimas, fortalecer la respuesta penal, desincentivar la

demanda de prostitución, mejorar la detección, coordinación de recursos y marco legislativo único (art. 1). Ello con base en una serie de principios que inspiran el borrador (art. 2) y que se concretan en los siguientes:

- La trata con fines de explotación sexual como violación de los derechos humanos y la dignidad.
- La trata como forma de esclavitud.
- Trata como forma de violencia de género.
- Exención de responsabilidad de la víctima.
- Protección y ayuda a las víctimas.
- Educación afectivo-sexual.

En relación con la primera P *prevention* y con el fin de educar transversalmente y trasladar estos principios a todos los operadores, prevé una serie de medidas, a nuestro juicio acertadas, destinadas al ámbito educativo, el de la publicidad, la sanidad y los empleados públicos. Destacar el hecho de que se ponga el acento en la necesidad de ofrecer formación en violencia contra las mujeres, en particular violencia sexual y su relación con la trata de seres humanos y la demanda de servicios sexuales de personas en situación de prostitución y la necesidad de formar al profesorado en dichas realidades.

También son acertadas las medidas en el ámbito de la publicidad, en este sentido define publicidad ilícita como “*la que se realice con el fin de facilitar, promover o procurar que se lleve a cabo cualquier conducta relativa a la prostitución, la explotación sexual y toda aquella que pueda propiciar la trata de personas con fines de explotación sexual y delitos conexos*” (art. 9), continua con la obligación de la Administración pública de promover la realización de convenios con las asociaciones para la autorregulación de la industria publicitaria para que la prevención de la trata con fines de explotación sexual y delitos conexos y la desincentivación de la prostitución se incluyan en los códigos de conducta publicitaria.

Igualmente, contempla que las Administraciones sanitarias promuevan e impulsen actuaciones del personal sanitario para la detección precoz de la trata de seres humanos. Para lo que se desarrollarán programas de sensibilización y formación continuada especializada del personal sanitario con el fin de mejorar e impulsar el diagnóstico precoz,

la asistencia y la rehabilitación de las personas víctimas y se prevé una formación especializada del personal empleado público en el ámbito jurisdiccional, control migratorio y demás servicios públicos.

Continúa el Borrador con la segunda *P protection* con una serie de medidas destinadas a detección, identificación y derechos de las víctimas. Destaca como virtud en este punto la desvinculación de toda identificación de las víctimas de la eventual colaboración que puedan prestar, así como el hecho de que cualquiera que sea el medio de identificación, desde el mismo momento en el que se aprecie que existen indicios razonables para creer que una persona puede ser víctima de trata, los responsables de la identificación (Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Servicios sociales, etc.) deberán derivar a la entidad u organización especializada de ayuda a las víctimas, quienes examinarán las circunstancias y entrevistarán a la persona (arts. 18 y ss.).

La acreditación de la condición de víctima la habilitará para el acceso a los derechos, beneficios y servicios establecidos en la Ley, así como a ejercer cualquier otro derecho que pueda resultar de su condición de víctima de un delito (art. 25).

Estos derechos se desarrollan en los artículos 29 y siguientes y son derechos básicos de información, trato digno, asistencia integral y asistencia jurídica gratuita. Se contempla el derecho de estas a la asistencia social integral desde el momento de la identificación provisional, sin que pueda hacerse depender de que la víctima interponga denuncia o de su voluntad o capacidad de cooperar en la investigación policial (art. 35). El derecho a la asistencia social integral (art. 31) comprende el acceso a un alojamiento digno y seguro, la asistencia social, médica y psicológica especializada y el asesoramiento legal especializado, igualando a las víctimas de trata para explotación sexual a las de violencia de género por lo que se refiere al goce de los recursos sociales, asistenciales y económicos contemplados en la LO 1/2004.

Respecto a la víctima extranjera se reconoce la garantía de no devolución una vez finalizado el período de restablecimiento y reflexión (art. 47), se concede desde la identificación provisional de la víctima para evitar las situaciones de bloqueo material a su reconocimiento que se producen en la actualidad, además de preverse la posibilidad de prorrogar su duración por un período igual a los 90 días de duración (art. 45), pero sigue sin ofrecerse esta posibilidad a las víctimas de trata que no se hallan en situación irregular en nuestro país.

El Título VII del Borrador (Disposiciones Procesales Penales) contemplan medidas de protección procesal de las víctimas de trata. Destaca la modificación de las disposiciones relativas a la prueba preconstituida, añadiendo un nuevo art. 448 bis Lecrim, para admitir que el juez instructor pueda acordar, de oficio o a instancia de parte o del Ministerio Fiscal, como prueba preconstituida en los procesos por delitos de trata de seres humanos las declaraciones de víctimas, testigos y peritos cuando exista causa legítima para considerar que no podrán hacerse en el juicio oral o motivar su suspensión. Y propone la introducción de un nuevo art. 448 ter a la Lecrim según el cual el Ministerio Fiscal debe velar por que las declaraciones prestadas en instrucción se hagan en condiciones que permitan hacerlas valer como prueba preconstituida.

Especialmente importante nos parece la precisión del artículo 76 que prevé la modificación del Artículo 4 apartado 3º, de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección de testigos y peritos, para el caso de que se solicite el conocimiento de su identidad. En caso de desestimar las solicitudes de revelación de la identidad o de otros datos que permitan la identificación, el órgano judicial deberá hacerlo de manera motivada, en atención a las circunstancias concurrentes y en particular al riesgo objetivo que pudiera resultar para aquéllos si se revela su identidad en el seno de la causa y la revelación de datos se limitará al nombre y apellidos de la persona protegida, sin que alcance a otros datos personales o profesionales.

Como adelantábamos aún no podemos prescindir de las medidas criminales y es aquí donde entra en juego la última *P prosecution*. Son tres las modificaciones penales que contempla el borrador y que aquí nos interesan por afectar al artículo 177 bis del CP:

Respecto a la cláusula de exención de responsabilidad penal (apartado 11), según el texto su aplicación debe depender únicamente de que el delito cometido sea consecuencia directa de la situación a que se ha visto sometida la víctima eliminando la exigencia de proporcionalidad entre la gravedad del delito y la situación de violencia, intimidación, engaño..., haciendo extensiva dicha exoneración a las sanciones o medidas coercitivas aplicables por las infracciones administrativas que la víctima haya podido cometer en la situación de explotación.

En segundo lugar, la inclusión de un núm. 12 al art. 177 bis CP mediante el cual se aclare que la agravante del art. 22.4 CP, por razón de género, se aplicará también a los delitos de trata de seres humanos para explotación sexual cuando concurren los delitos de

proxenetismo u otros delitos contra la integridad física o psíquica. Entendemos que no es necesario este recordatorio, pues debe ir implícito en el actuar diligente del operador jurídico la apreciación de la agravante.

Por último, la inclusión de un núm. 13 al art. 177 bis CP en virtud del cual se sanciona con pena de prisión de uno a tres años la conducta de quien, sin la debida autorización, revele a otra persona información adquirida en el curso de sus funciones oficiales y que permitan la identificación de una víctima, testigo o perito o personal de entidades especializadas en una causa seguida por delito de trata de seres humanos. También resulta innecesario pues ya está contemplado en nuestro orden penal a través de delitos como la revelación de secretos (Arts. 197 a 201 CP).

Es criticable que, al margen del delito de trata de seres humanos, en lo tocante a la incriminación de la explotación de la persona tratada, el Borrador del proyecto de ley integral no incrimina el sometimiento a esclavitud misma, como se ha visto que se ha demandado por la doctrina y después por parte de los operadores jurídicos. Y, además, circunscribe las modificaciones que propone respecto de la incriminación de formas de explotación únicamente a las relacionadas con la explotación sexual de las víctimas¹⁰²⁷. No parece lógico que el segundo principio inspirador de este borrador (art. 2) sea “La trata como forma de esclavitud” y no se aluda en el borrador a este fenómeno.

¹⁰²⁷ Así lo pone de manifiesto VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Es necesaria una ley integra (...)”, Op. Cit. p. 36.

CAPÍTULO V-.

OTRAS FINALIDADES DE EXPLOTACIÓN

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Una vez analizado el delito de trata de seres humanos tal y como lo ha configurado nuestro legislador en artículo 177 bis del Código Penal reflejo, como hemos visto, de las normas comunitarias e internacionales, nos cuestionamos si otras finalidades de explotación no deberían ser contempladas en el precepto y en la normativa internacional y si son, por tanto, merecedoras de un reproche penal como las ya contempladas. Esta reflexión nos lleva a analizar conductas como la venta de menores, las adopciones ilegales o la gestación subrogada para después determinar si efectivamente constituyen fines de explotación que encajan en el delito de trata de seres humanos, y es que las normas internacionales encarnan una serie de valores en torno a los niños: Reconocen a los niños y niñas como sujetos de derechos, conciencia a los legisladores, al ejecutivo y a la sociedad sobre la necesidad de protegerlos, están orientando las legislaciones nacionales en orden a tipificar como delitos la venta de menores, la adopción ilegal y la trata de menores pero, ¿ello permite considerar la transferencia ilícita de menores (venta de menores) como una forma de trata?

II. VENTA DE MENORES Y ADOPCIONES ILEGALES

En la actualidad, la baja natalidad y por ende la demanda de niños en los países más desarrollados fomenta el caldo de cultivo propicio para la aparición de redes y organizaciones, que se dedican a la entrega de niños a familias y parejas al margen de los procedimientos legales, puesto que todo lo que se demanda es susceptible de generar rentabilidad si alguien obtiene un lucro económico a cambio de proporcionarlo, con lo que tal actividad se convierte en una lucrativa fuente de ingresos, en una suerte de “tráfico de niños”, bajo el imperio de la ley de la oferta y la demanda. La constatación de una demanda de niños superior a los adoptables atrae la actividad de las organizaciones criminales hacia la satisfacción de ese interés fuera del ordenamiento jurídico¹⁰²⁸, a veces

¹⁰²⁸ TORRES FERNÁNDEZ, M. E., *El Tráfico de Niños Para Su “Adopción” Ilegal: El Delito Del Artículo 221 Del Código Penal Español*, Madrid, Dykinson, VLex, 2003.

tras la apariencia de servicio social se esconde un negocio de millones de dólares en el que las organizaciones criminales actúan como intermediarias entre las familias vulnerables y las que no pueden tener hijos¹⁰²⁹. A comienzos de los años 90, la bajada de la natalidad, la mejora en ayudas sociales y la prevención del embarazo supuso una disminución en España del abandono infantil esto supuso la aparición de un fenómeno paralelo como son las adopciones internacionales y es cuando el dinero se sale de los trámites oficiales cuando aparece el mercado negro de las adopciones ilegales¹⁰³⁰.

La Asamblea General de Naciones Unidas ya instaba en 1986 a los Estados a la creación de leyes que prohíban el secuestro o cualquier otro acto encaminado a la colocación ilícita de niños, y a tomar medidas para evitar la venta o trata de niños para cualquier fin o de cualquier forma¹⁰³¹.

El tráfico de menores puede presentar dos formas: el tráfico con fin delictivo bajo cobertura de adopción y el tráfico con fin de adopción. Ahora bien, hay una diferencia. En el caso del tráfico con fines delictivos el peso de la protección jurídica correrá por cuenta del Derecho penal que castiga el fin. Por el contrario, en el caso del tráfico con fines de adopción, aquél en que se pretende utilizar la adopción como un negocio, es donde las medidas contra el tráfico en sede de regulación de la adopción internacional están llamadas a tener un mayor protagonismo. La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989 es la que contiene una formulación más general dada la amplitud de su objeto. Así, el artículo 21 de la citada Convención garantiza el interés superior del menor concretándolo en diversas obligaciones. Entre ellas interesa en este momento recordar la última: que no haya beneficios financieros indebidos para las personas que participan en la adopción internacional¹⁰³². Similar prohibición se contiene en el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, que sigue, según la propia

¹⁰²⁹ MARTÍN MEDEM, J. M., “Niños en venta”, *Cambio 16*, 1999, (1438), pp. 68-69. Habla este autor de las adopciones ilegales de niños sudamericanos hacia la UE y EEUU como negocio que reporta más de un millón de dólares.

¹⁰³⁰ DELGADO, G., “Comercio de niños”, *Cambio 16*, 1996, Núm. 1271, pp. 20-23

¹⁰³¹ Asamblea General de Naciones Unidas, Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y a la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional, 3 de diciembre de 1986.

¹⁰³² Asamblea General de Naciones Unidas, Convenio sobre los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989.

declaración, los principios reconocidos por Naciones Unidas en la Convención de Derechos del niño de 1989 y en la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos aplicables a la protección y al bienestar de los niños. El Preámbulo del Convenio declara que, entre otros objetivos, el Convenio se adopta «*para prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de niños*»¹⁰³³.

La prohibición de tráfico es general. También es único el tenor literal con que se expresa: «*prohibición de beneficios indebidos*». Esta formulación supone: a) que se reconoce la necesidad de admitir un margen de beneficio, y b) que el margen de lo debido deberá ser valorado. La primera cuestión, esto es, la admisión de posible beneficio económico derivado de una adopción internacional fue objeto de discusiones en las negociaciones hasta que al fin se admitió esta redacción. En la práctica, esto supone trasladar el problema hacia la segunda cuestión, esto es, cuándo los beneficios son indebidos. Este tema fue objeto de duros debates tanto en el seno de Naciones Unidas como de La Haya.

El Artículo 2 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño de Naciones Unidas relativo a la venta de niños la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía define la venta de niños como “*todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución*”¹⁰³⁴.

En el ordenamiento jurídico español, la reforma de la regulación de la adopción llevada a cabo en 1987¹⁰³⁵ aumentó las garantías en los procedimientos de adopción y una disminución de las posibilidades de casos de tráfico para la paternidad. Lo que se complementa con los artículos 4.2 y 4.5 de la Ley de Adopción Internacional¹⁰³⁶ en la que

¹⁰³³ Conferencia de la Haya, Convenio de la Haya, relativo a la protección del niño y la cooperación en materia de adopción internacional, de 29 de mayo de 1993. Más extensamente en Cuartero Rubio, M.V., “Adopción internacional y tráfico de niños”, en (coord.) Martín López M.T. *Justicia con menores: menores infractores y menores víctimas*, 2000, núm. 1840, pp. 407 y ss.

¹⁰³⁴ Protocolo facultativo de la convención sobre los derechos del niño de Naciones Unidas relativo a la venta de niños la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía de 2000. Disponible en:

http://www.oas.org/DIL/esp/Protocolo_Facultativo_de_la_Convencion_sobre_los_Derechos_del_Nino_Relativo_Venta_de_Ninos_la_Prostitucion_Infantil_y_la_Utilizacion_de_Ninos_en_la_Pornografia.pdf

¹⁰³⁵ Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción. BOE-A-1987-25627

¹⁰³⁶ Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional. BOE-A-2007-22438

se establece la prohibición de no tramitar ofrecimientos para la adopción de menores nacionales de otro país o con residencia habitual en otro Estado en las siguientes circunstancias:

a) Cuando el país en que el menor adoptando tenga su residencia habitual se encuentre en conflicto bélico o inmerso en un desastre natural.

b) Si no existe en el país una autoridad específica que controle y garantice la adopción y que remita a las autoridades españolas la propuesta de asignación con información sobre la adoptabilidad del menor.

c) Cuando en el país no se den las garantías adecuadas para la adopción y las prácticas y trámites de la misma no respeten el interés del menor o no cumplan los principios éticos y jurídicos internacionales.

Respecto a la relación que se puede establecer entre el tráfico de menores, la pregunta deviene en si los abusos procedentes de una adopción pueden ser calificados de “trata” de conformidad con la definición del Artículo 3 del Protocolo de Palermo contra la Trata (Artículo 4 del Convenio de Varsovia contra la Trata).

Como hemos reiterado la definición de trata de seres humanos comprende tres elementos: acción, medios, y fin. El elemento controversial es lo que refiere al fin, que es la “explotación”. Podría hacerse una diferencia cuando se habla de trata para fines de adopción (cuando la adopción es el propósito) y trata a través de la adopción (cuando la adopción es el medio)¹⁰³⁷. La trata a través de la adopción podría implicar que los niños o niñas fueron adoptados para ser explotados por los padres adoptivos de conformidad con las formas mencionadas en el Protocolo contra la Trata (sexual, laboral, servidumbre, tráfico de órganos...), lo que es poco común. Lo que realmente nos preocupa es la trata para fines de adopción, en donde los niños y niñas son separados de sus familias biológicas por cualquier medio con el fin de obtener una ganancia al hacerlos disponibles para la adopción.

¹⁰³⁷ Illegal Adoption as Child Trafficking: The potential of the EU Anti-trafficking Directive in protecting children and their original family from abusive intercountry adoption. p. 54; disponible en: <https://www.againstchildtrafficking.org/wp-content/uploads/Illegal-Adoption-as-Child-Trafficking-Iara-de-Witte.pdf>

La duda podría aparecer porque a diferencia de lo que ocurre en el resto de los casos mencionados en la adopción internacional fraudulenta puede haber una “compra” de un niño y un traslado ilícito del mismo a otro país para ser entregado a otra familia, pero no existe intención explotadora. Puede que se reciba un precio a cambio del menor, pero la adopción no es una forma de esclavitud, y, muchas veces, se justifican las irregularidades en el deseo de “salvar” al niño y proteger su propio interés, llevándole hacia una vida con una mejor posición económica ¹⁰³⁸. Sin embargo, a pesar de la ausencia del elemento de la explotación, la adopción internacional ha sido mencionada y catalogada como una posible forma de tráfico de menores, siempre que haya existido un intermediario que haya inducido el consentimiento para la adopción violando los estándares previstos en la Convención de la Haya (es decir sin la información previa, la libertad y la ausencia de compensación económica exigidas), y cuando el niño haya sido intercambiado por dinero. La presencia de estos dos elementos determina la existencia de un caso de venta y tráfico de niños, que viola lo establecido por el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas¹⁰³⁹.

La terminología empleada en los instrumentos internacionales nos ha puesto en la tesitura de determinar si constituye o debe constituir la adopción ilegal una forma de trata de seres humanos. Otra cuestión que junto a esta nos hemos planteado en este estudio es si la gestación subrogada constituye una forma de adopción ilegal y por ende otra modalidad de trata de seres humanos, por ello abordamos ambas cuestiones en el siguiente epígrafe.

III. TRATA DE PERSONAS CON FIN DE EXPLOTACIÓN REPRODUCTIVA: GESTACIÓN SUBROGADA

Son numerosos los problemas éticos que plantea la gestación subrogada. La primera objeción que surge es la de la mercantilización de la maternidad y de los propios

¹⁰³⁸ En ese sentido GÓMEZ BENGOCHEA, B., “El negocio de la paternidad en occidente y el tráfico de niños” en Guiberte, J. M. *El Liderazgo Ignaciano. Una senda de transformación y sostenibilidad*, Edit. Salterrae, 2017, pp. 39 y 40.

¹⁰³⁹ LÁZARO GONZÁLEZ, I. Y SERRANO MOLINA, A., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Don José María Castán Vázquez*. Madrid, 2019, Editorial Reus. Recuperado de <https://elibro-net.ual.debiblio.com/es/ereader/ual/120934?page=360>.

niños. Junto con el problema de la mercantilización de seres humanos, suscita también el problema de la explotación de personas necesitadas en países en vías de desarrollo. El perfil de los países que realizan la oferta y los que realizan la demanda de este tipo de gestación refuerza la idea de que la gestación subrogada constituye un vehículo de explotación de mujeres, las rutas del turismo de vientres de alquiler no son insensibles al mapa de la pobreza y es que se trata de un flujo mercantil que, en el año 2008, movía 6.000 millones de dólares¹⁰⁴⁰. Antes de profundizar sobre esta cuestión resulta conveniente recordar cómo ha sido tratado este tema tanto en la normativa comunitaria como por el legislador nacional.

El Parlamento Europeo ha entendido que la Unión Europea no tiene competencias para armonizar las leyes nacionales sobre la materia. Al mismo tiempo, ha señalado la Comisión que la gestación subrogada se encuentra dentro de la definición de “Trata de seres humanos” y remite a la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. Así, la Comisión Europea mantiene una postura pasiva en relación con este tema y remite a las soluciones que adopte la Conferencia de La Haya, pero hay que recalcar que equipara la gestación por sustitución a los supuestos de Trata de personas. El Parlamento Europeo en Resolución del Parlamento Europeo de 17 de diciembre de 2015, sobre el informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión europea al respecto deja clara su postura al disponer que *“la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos”*¹⁰⁴¹.

¹⁰⁴⁰ SIMÓN YARZA, F., “Gestación subrogada y vientres de alquiler: reflexiones a la luz del derecho comparado y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 25, 2017, p. 6.

¹⁰⁴¹ Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto (2015/2229(INI)). Disponible en:

Por lo que respecta al ordenamiento jurídico español, el artículo 10.1 de la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida, dispone que *“será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”* (art. 10.1). A su vez, la Ley de Reproducción asistida dispone que *“la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”* (art. 10.2), si bien *“queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico conforme a las reglas generales”* (art. 10.3)¹⁰⁴².

La Dirección General de Registros y del Notariado dictó una instrucción el 5 de octubre de 2010 por la que se permite la inscripción de relaciones de filiación de niños nacidos en el extranjero por gestación subrogada siempre que se presente la resolución judicial del tribunal competente extranjero que determine la filiación, así como el exequátur de dicha resolución, si no fue fruto de un procedimiento de jurisdicción voluntaria sino de un proceso contencioso¹⁰⁴³. Frente a la misma, el Tribunal Supremo dictó la Sentencia el 6 de febrero de 2014 que, en aplicación del artículo 10 de la Ley 14/2006, rechazaba la inscripción en el registro de la relación de filiación de un menor obtenido en California mediante gestación de alquiler por una pareja. El Tribunal Supremo recordaba que el registro en España debe someterse a un control de orden público, categoría de la que forman parte principios constitucionales básicos como la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), así como el mandato de protección de la familia y los hijos (art. 39). Asimismo, el Alto Tribunal declaró que, *“en nuestro ordenamiento jurídico y en la mayoría de los países con ordenamientos basados en similares principios y valores, no se acepta que la generalización de la adopción, incluso internacional, y los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, ‘cosificando’ a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la*

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015IP0470&from=ES>

¹⁰⁴² Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. BOE-A-2006-9292.

¹⁰⁴³ Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. BOE-A-2010-15317.

explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de 'ciudadanía censitaria' en la que sólo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población"¹⁰⁴⁴.

La gestación subrogada no está tipificada en nuestro Ordenamiento Jurídico como delito, pero como ha estudiado DOMÍNGUEZ IZQUIERDO¹⁰⁴⁵, la conducta puede encajar en modalidades típicas recogidas en el seno de los "delitos contra las relaciones familiares" Capítulo III, del Título XII, del Libro II CP (Art. 217-233), por suponer en lo material una alteración de la filiación y en lo subjetivo, algo intencionado y planeado intelectualmente.

Penalmente puede afectar a los comitentes, a través del delito de suposición del parto, ya que el Artículo 220 CP castiga: "*La suposición de un parto con las penas de prisión de seis meses a dos años*", pero también a la gestante conforme al apartado 2º que impone la misma pena "*a quien ocultare o entregare a terceros una persona menor de dieciocho años para alterar o modificar su filiación*". Incluso al personal sanitario conforme al apartado 5º "*Las sustituciones de un niño por otro que se produjeren en centros sanitarios o sociosanitarios por imprudencia grave de los responsables de su identificación y custodia, serán castigadas con la pena de prisión de seis meses a un año*".

Con este delito se busca proteger diversos bienes jurídicos. El primero, es el interés público que tienen las normas relativas a la filiación, y el segundo el estado familiar derivado del nacimiento evitando las maniobras de sustitución y manipulación que modifican su entorno familiar. La familia goza de especial e incuestionable protección constitucional en el artículo 39 de la Constitución Española. Así, podemos entender que el bien jurídico protegido en el delito de la suposición de parto es la filiación del menor, entendiendo por filiación la relación de parentesco.

¹⁰⁴⁴Sentencia del Tribunal Supremo 835/2013 de 6 de febrero de 2014. El alto Tribunal declaró que "la filiación cuyo acceso al registro civil se pretende es justamente la consecuencia directa y principal del contrato de gestación por sustitución"

¹⁰⁴⁵ Para un análisis profundo véase DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E., "La eventual relevancia penal de la aplicación de técnicas de reproducción asistida en casos de maternidad subrogada. El alcance del consentimiento", *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)* / (Coord.) Gutiérrez Barrenengoa, A.; Lledó Yagüe, F. (Dir.), 2019, pp. 685 y ss.

Coincidimos con DOMÍNGUEZ IZQUIERDO¹⁰⁴⁶ en que otra cuestión que aquí debe ser invocada es el consentimiento de la mujer, en concreto, la reproducción asistida sin el consentimiento de la mujer (Arts. 159 a 162 CP), así como otras figuras delictivas como las lesiones, coacciones y detenciones ilegales.

La barrera entre la compraventa de un niño y el alquiler de un útero puede ser difusa en algunas ocasiones. Los dos contratos se parecen en la medida en que tienen por objeto cosas “fuera del comercio de los hombres”, es decir, “incontratables”. Ciertamente que en la maternidad subrogada el objeto del contrato es la gestación, el parto (funciones reproductivas de la mujer inherentes a su persona) y también, la determinación de la filiación del niño a favor de los comitentes (lo que implica la convencionalidad de la cualidad de madre). Tanto la cualidad de madre como la función reproductora son cosas *extra commercium*, y, por tanto, no se pueden someter a la lógica contractual, ni a título oneroso ni a título gratuito. En el caso del tráfico de niños, en cambio, el objeto del contrato es el menor en sí, que es lo que una parte vende y la otra compra (en ese caso es aún más fácil advertir que se trata de algo innegociable). La gestación no es un fin en sí mismo para los contratantes. Si se paga por una gestación es porque se persigue conseguir el fin deseado: un hijo. Obviamente la respuesta difiere en función de la procedencia de los gametos cuya fusión da lugar al embrión que se implanta en la gestante. Si estos no revelan un vínculo biológico con los comitentes, resulta francamente difícil distinguir la gestación por sustitución de la venta de niños, máxime si el embarazo es producto de una inseminación artificial, resultando la gestante también madre biológica del hijo que entrega a los comitentes¹⁰⁴⁷.

Como han señalado los magistrados del Tribunal Europeo de Derechos Humanos firmantes de uno de los votos concurrentes a la sentencia *Paradiso y Campanelli*¹⁰⁴⁸, en los casos de maternidad subrogada donde no existe vínculo biológico ni, obviamente, gestacional, entre los comitentes y el bebé, “*lo que hay es sencillamente tráfico de seres*

¹⁰⁴⁶ DOMINGUEZ IZQUIERDO, E., “La eventual relevancia penal de la aplicación de técnicas de reproducción (...), Op. Cit. pp. 696 y ss.

¹⁰⁴⁷ ALBERT MÁRQUEZ, M.M., “La explotación reproductiva de mujeres y el mito de la subrogación altruista: una mirada global al fenómeno de la gestación por sustitución”, Cuadernos de Bioética XXVIII 2017/2^a, p. 179.

¹⁰⁴⁸ STEDH 24 de enero 2017, nº 25358/12, as. Campanelli y Paradiso c. Italia. Disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22fulltext%22:\[%22Campanelli%20y%20Paradiso%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22fulltext%22:[%22Campanelli%20y%20Paradiso%22]})

humanos”. En opinión de los jueces del TEDH, la gestación subrogada remunerada conduce a las situaciones descritas en el Protocolo Facultativo a la Convención de Derechos del Niño, que define la venta de niños como: “*todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución*”¹⁰⁴⁹.

La globalización está permitiendo extender y diversificar las formas de explotación, especialmente del cuerpo y la vida de mujeres y niños sobre todo de los que se encuentran en situación de vulnerabilidad por causas como la extrema pobreza o los conflictos armados. Y desde occidente aprovechamos tales situaciones mediante la deslocalización de nuestra producción y nuestros deseos hacia países que nos permiten abaratar costes y el único límite se encuentra en las posibilidades económicas de cada uno y en la Ley. La cuestión es si estas nuevas formas de explotación deberían ser contempladas dentro del delito de trata de seres humanos, teniendo en cuenta que estamos ante la sofisticación de la mercantilización del cuerpo de las mujeres que posibilita que en el mercado prostitucional se pueda comprar sexo sin descendencia y, en el de los vientres de alquiler, descendencia sin sexo. Una explotación a la carta del cuerpo de las mujeres según se precise sexo, óvulos o úteros. Se está produciendo un incremento exponencial del turismo reproductivo. Sólo en la India, la industria gestacional genera una plusvalía anual cercana a los 140 millones de dólares, con un crecimiento interanual del 20%. Los beneficios se distribuyen entre comercializadoras, servicios jurídicos y sanitarios, empresas satélites que rodean el negocio, Estados y gestantes. Conviene advertir que, estas últimas, solo perciben el 0,9% de los ingresos generados por el negocio de los vientres de alquiler, por lo que cabría calificarse de proxenetismo reproductivo. Pero en la gestación comercial el objeto del contrato es una criatura según encargo personalizado¹⁰⁵⁰.

La extensión de la gestación comercial ha provocado que las redes criminales dedicadas a trata de personas con fines de explotación sexual amplíen su negocio

¹⁰⁴⁹ Artículo 2.a, del Instrumento de Ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000, BOE, núm. 27, de 31 de enero de 2002, 3917-3921.

¹⁰⁵⁰ NUÑO GÓMEZ, L. “Una nueva cláusula del Contrato Sexual: vientres de alquiler”, *Revista de filosofía moral y política*, n. ° 55, 2016, p. 686-687.

incorporando los beneficios que conlleva la explotación reproductiva (como en Tailandia o Nigeria). Son casos reales, en los que la ciudadanía de occidente es autor y cómplice. Así, en junio de 2011, la policía nigeriana rescató a 32 niñas embarazadas retenidas en una vivienda. Las menores, que tenían edades comprendidas entre los 15 y los 17 años, declararon percibir por la gestación un precio aproximado de 130 euros, cantidad que podía ser algo superior si el nacido era varón¹⁰⁵¹. Uno de los casos más mediáticos fue el caso *Baby*. En febrero de 2011, catorce mujeres vietnamitas (siete de ellas embarazadas) fueron liberadas de la red *Baby*, una empresa de gestación comercial que operaba por Internet en Tailandia¹⁰⁵². Y, más grave aún, fue el caso *Baby Gammy* en que una pareja australiana rechazó al bebé “defectuoso”, con síndrome de Down, como si fuera mercancía averiada que se puede devolver.

La cuestión que aquí planteamos es si sería necesario su inclusión en el tipo del artículo 177 bis del CP como una forma más de explotación. Entendemos, debería concurrir alguna de las acciones típicas y los medios comisivos. En este punto, nos cuestionamos si las víctimas son captadas, trasladadas [...] a través de los correspondientes medios comisivos siempre que sean mayores de edad (violencia, engaños, abuso...) con fin de dicha explotación reproductiva.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que los comitentes o padres de intención se atribuyen el derecho a ser padre, pero ninguna norma reconoce este derecho, el artículo 16.1 de la DUDH establece el derecho a formar una familia, pero lo único que está protegiendo y reconociendo es la libertad de procrear o no, sin injerencias estatales, sin sometimiento a esterilizaciones forzadas. Como decíamos también se alega la libertad de la mujer gestante, la libre disposición de su cuerpo, libre desarrollo de su personalidad y su dignidad. Creemos que lejos de la realidad la mujer gestante no es una mujer empoderada, por el contrario, está más cerca de la esclavitud que del empoderamiento ya que está instrumentalizada para conseguir los deseos de otros, es utilizada como un medio no como un fin y, en la mayoría de los casos, la decisión no es libre porque no tiene otra

¹⁰⁵¹ Los medios se hicieron eco pero hay muchos casos que no salen a la luz, véase EUROPAPRESS 2 de junio de 2011, Disponible en: <https://www.europapress.es/sociedad/noticia-policia-nigeriana-rescata-32-adolescentes-embarazadas-clinica-supuestamente-dedicada-trafico-bebes-20110602114525.html>

¹⁰⁵² A este se refiere el informe del Consejo de Europa Surrogate motherhood: a violation of human rights, report presented at the council of europe, Strasbourg, on 26 april 2012. p. 13. Disponible en: <https://www.ieb-eib.org/ancien-site/pdf/surrogacy-motherhood-icjl.pdf>

opción real e incluso, a veces, no deciden ellas y el consentimiento no es informado. Además, este supuesto “altruismo” da lugar a un mercado negro con los consecuentes abusos que esto supone.

Otra postura es defender el carácter altruista de las gestaciones por entender que si no media compensación económica no se corre el riesgo de explotar a las mujeres. Según LARA AGUADO¹⁰⁵³ este argumento no es sostenible por varias razones:

1) Es irónico que las mujeres que están en peores condiciones económicas sean altruistas con los comitentes más adinerados.

2) Las situaciones en las que las mujeres deciden alquilar su útero sin compensación económica son las menos frecuentes y no justifican por sí solas la legalización de una práctica que perjudica a la mayoría de gestantes.

3) A la mujer no se la explota por remunerarla por unos servicios prestados, sino por aprovecharse de la situación de necesidad en la que se encuentra para “forzarla” a someterse a una práctica que la lleva a mercantilizar su función reproductiva y a separarse de su hijo.

4) No es creíble que la gestación subrogada se vaya a realizar gratuitamente sólo por solidaridad: la compensación económica que reciben en concepto de gastos del embarazo en países que solo admiten la modalidad altruista (Canadá, Grecia o Portugal), es una forma encubierta de remuneración, muy por encima de dichos gastos, cubiertos por los seguros sociales y superior en ocasiones a la que se paga a las gestantes en países donde es legal la gestación subrogada comercial y donde la vulnerabilidad de la mujer es mayor y su útero vale menos.

5) A ello se une el riesgo de que la gestante quede totalmente desprotegida, sin poder reclamar legalmente ningún tipo de compensación económica por los riesgos y daños a que se puede ver sometida. La gestación subrogada altruista es un mayor aliciente para las redes de trata, que pueden sacar más beneficio de este negocio.

¹⁰⁵³ LARA AGUADO, A., “Una nueva forma de esclavitud: El alquiler de úteros” en (Coord.) Pérez Alonso, E. J. *Formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos en clave de globalización, género y trata de personas*, Edit. Tirant lo Blanch, 2020, pp. 326 y 327.

Creemos que hay aspectos sobre los que no se puede disponer. Está surgiendo una industria de turismo procreativo que se aprovecha de la vulnerabilidad económica de las mujeres. Se alega el utilitarismo económico de esta industria, pero no se repara en las externalidades negativas del alquiler de los úteros y de la colonización del cuerpo de la mujer. Para evitar semejanzas con la trata de seres humanos se realizan maniobras de todo tipo como no equiparar la maternidad subrogada a la trata de personas porque el niño no existía cuando se selló la transacción, entender que no se vende al niño sino la paternidad o entender que no estamos ante trata porque uno no puede negociar algo que no pose legalmente, los padres no tienen derecho de propiedad sobre el niño y lo que se vende es un conjunto limitado de derechos relativo a la patria potestad, no el bebé en sí¹⁰⁵⁴.

En definitiva, se observa que se está tratando el embarazo como cualquier otro trabajo o servicio, como el alquiler de un coche. Se equipara quedar embarazada a trabajar en una fábrica y, siendo esto así, el recién nacido puede compararse con un coche. La mujer porta y pare a un niño y entrega el producto terminado a cambio del precio. Para defender esta postura, se esgrimen los mismos argumentos que utilizan los defensores de la prostitución. Pero si el embarazo es un trabajo, entonces ¿cuál es el producto? A diferencia de la prostitución, el “producto” no puede echarse a un lado como si se tratara de un concepto abstracto como el “sexo”. El “producto” de la maternidad subrogada es completamente tangible, un bebé recién nacido.

Otra cuestión a tener en cuenta y, a nuestro parecer fundamental, es que las mujeres gestantes son mujeres extranjeras en situación precaria en su gran mayoría. Esto supone una serie de riesgos. En la gestación subrogada se “indica” un embarazo a un tercero, una mujer que no es, en principio, una paciente del especialista médico, y que va a correr con los riesgos psicofísicos derivados de un embarazo y un parto. De hecho, la controvertida cuestión terminológica ha desembocado en la despersonalización de la mujer, al ser denominada en las propuestas de regulación como “la gestante”¹⁰⁵⁵. Y los problemas que ello conlleva son múltiples: problemas personales y familiares, trastornos

¹⁰⁵⁴ Más detalladamente EKIS EKMAN, K., *El ser y la mercancía. Prostitución, vientres de alquiler y disociación*, Edicions ballaterra, 2017, pp. 186-187. Analiza como al tiempo que la maternidad subrogada se convierte en una industria lucrativa desde las facultades de derecho y filosofía occidental llegan tesis que tratan de refutar toda semejanza con la trata de niños.

¹⁰⁵⁵ GUERRA-PALMERO, M.J., Contra la llamada gestación subrogada. Derechos humanos y justicia global versus bioética neoliberal, *Gaceta Sanitaria*, n.º 31, 2017, pp. 535-538.

psicológicos de separación del bebe, en la medida que se ha demostrado la importancia del vínculo entre gestante e hijo durante el embarazo y su importancia en el desarrollo del ser humano y el efecto físico y psíquico sobre la mujer¹⁰⁵⁶, el chantaje emocional (se les habla de regalar vida), se refuerza la imagen devaluada de la mujer como mujer vasija, preferencia por las gestantes de raza blanca, muchas reclutadoras son mujeres que pretenden financiar su propio proyecto de maternidad.

A lo que hay que añadir los nichos de especulación en el alquiler de úteros, dependiendo del país cambia el precio, se hace un rastreo de las mujeres, se derivan a diferentes clínicas según las exigencias de las clínicas. Por ejemplo, si ya ha pasado una cesárea o un aborto se derivan a clínicas menos exigentes, como si de productos se tratara.

Las agencias empresariales seleccionan a la candidata como “vientre de alquiler”. Ofrecen a través de Internet un catálogo de candidatas (que reúnen los requisitos necesarios) dispuestas a alquilar su vientre y con la intención de someterse a las exigencias, condiciones o cláusulas impuestas, que tendrán que seguir obligatoriamente durante el embarazo. El objetivo, como el de cualquier negocio, es que la producción sea buena y que la mujer gestante cumpla su parte del contrato, para que el producto sea justamente lo que se había contratado. Para ello, dicho contrato comienza con los procesos de selección de las madres de alquiler que incluyen un sinnúmero de pruebas y requisitos personales para garantizar la “calidad” de los óvulos y del vientre¹⁰⁵⁷. Y, la realidad aquí es que los intereses de cada parte son distintos y, por lo general, antagónicos. Los comitentes desean un niño sano y que la gestante contribuya a lograrlo como ellos consideren mejor. Buscarán que el servicio les resulte tan económico como sea posible (en las gestaciones subrogadas de carácter comercial). Querrán tener la potestad de decidir aspectos tan importantes como el número de embriones que se implantan en la gestante, si se le realiza o no una “reducción embrionaria” o un aborto, o el tipo de alumbramiento (parto natural, cesárea) al que debe someterse. Por el contrario, la gestante tratará de reducir al mínimo su implicación emocional con la gestación de un niño que no será su

¹⁰⁵⁶ Las hormonas producidas en la gestación inducen en la mujer un intenso proceso neurobiológico natural que configura el que se puede llamar cerebro materno. Véase LÓPEZ MORATALLA, N., “Comunicación materno-fetal en el embarazo”. *Cuadernos de Bioética*. XX (3), 2009, pp. 307-308.

¹⁰⁵⁷ Sobre el absoluto control que se ejerce sobre la madre gestante puede verse GERMÁN ZURRIARÁIN, R., “La maternidad subrogada: ¿«solidaridad» o «explotación»?”, *Medicina y Ética*, octubre-diciembre, Vol. 30, Núm. 4, 2019, p. 1239 y 1240.

hijo. Buscará obtener el máximo beneficio económico de un servicio que, en todo caso, compromete su vida durante nueve meses, y entraña riesgos adicionales a las gestaciones resultantes de una relación sexual (será hiperestimulada y fertilizada con uno o más embriones, en una o en varias ocasiones hasta lograr el embarazo). Intentará mantener el control sobre su propia vida y su proceso gestacional, tratando de reducir los riesgos para su salud¹⁰⁵⁸. Por tanto, hay un importante conflicto de intereses.

Hay claramente aspectos relacionados con la trata de seres humanos y es que el mismo el art. 3 a) del Convenio de Estambul sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica de 11 de mayo de 2011¹⁰⁵⁹, por conllevar violencia psicológica, y la Convención sobre la Esclavitud de 26 de septiembre de 1926 define la esclavitud, en su artículo 1, como “*el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad, o algunos de ellos*” y que, en el curso de la gestación por sustitución, las personas comanditarias adquieren un derecho real sobre la madre de alquiler, ya que adquieren un derecho de uso e incluso de disfrute sobre su persona y su cuerpo.

Lo que nos lleva a varias cuestiones de necesario planteamiento: ¿Es el alquiler de úteros una forma de trata?, ¿es el alquiler de úteros una forma de adopción ilegal? Y, finalmente, ¿es la adopción ilegal una forma de trata?

Respecto a la primera cuestión, si atendemos al Protocolo de Palermo y la definición de trata, entendemos que reúne todos los requisitos: Un acto: captación; Medios: vulnerabilidad y concesión de pagos; y el fin: explotación. Es importante aquí la expresión “*como mínimo*” 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. Vemos que no contempla la adopción ilegal ni los vientres de alquiler de forma expresa pero la enumeración no es exhaustiva.

¹⁰⁵⁸ Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada, Bilbao, 2017, p. 28. Disponible en: http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf

¹⁰⁵⁹ Consejo de Europa. Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, Estambul, 11 de mayo de 2011. Disponible en: <https://rm.coe.int/1680462543>

Podríamos encuadrarlo en las “prácticas análogas a la esclavitud”, definidas en la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y practicas análogas a la esclavitud de 7 de septiembre de 1956 (art 1.d.) como “ *Toda institución o práctica en virtud de la cual 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*”.

Pero ¿Qué tipo de explotación?, ¿la adopción ilegal sería una forma de explotación?, ¿la venta o mercantilización del menor lo es?, ¿el carácter, la vulnerabilidad y las necesidades inherentes de desarrollo del niño?

Pues bien, la Directiva 2011/36/UE incluye entre las modalidades de trata la adopción ilegal en su Considerando 11, pero olvida incluirla expresamente el artículo 2. El Art. 2.3 dispone que “*La explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena, u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, incluida la mendicidad, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre, la explotación para realizar actividades delictivas o la extracción de órganos*”.

Conforme a lo ya mencionado *supra*, nos preguntamos: ¿Es la cosificación/mercantilización de la madre o del menor una forma de trata en sí misma? ¿por qué?, ¿porque se vende al menor y se explotan las funciones reproductivas de la gestante o solo es trata el alquiler de úteros que persigue explotar posteriormente al menor? (sexualmente, laboralmente...), es decir ¿solo es trata si el menor se destina a la explotación o ya es trata la mercantilización del menor?

Entendemos que ambas constituyen una forma de explotación directa o indirecta, pero debería incluirse expresamente en el Protocolo de Palermo. Respecto de si el alquiler de úteros es una forma de adopción ilegal. Si partimos de la Guía de Buenas prácticas del Convenio de la Haya de 1993 sobre adopción internacional¹⁰⁶⁰, la adopción ilegal es

¹⁰⁶⁰ Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado. La puesta en práctica y el funcionamiento del convenio de la haya de 1993 sobre adopción internacional, Guía n.º 1 de buenas prácticas, 2008. Disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/6067c417-6748-4125-b6dc-28ed5dcefdd4.pdf>

aquella que resulte de “abusos, tales como la sustracción, la venta o el tráfico de niños, y otras actividades ilegales o ilícitas respecto a los niños”.

Son muchos los instrumentos normativos que podemos tomar como marco de referencia respecto a la adopción ilegal:

- La Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 41/85, de 3 de diciembre de 1986.
- La Convención sobre los Derechos del niño de 20 de diciembre de 1989.
- -El Protocolo facultativo de la Convención de Derechos del Niño sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000.
 - La Convención de la Haya sobre protección de menores y la cooperación en materia de adopción internacional de 29 de mayo de 1993.
- En todos estos instrumentos rigen una serie de principios que deben cumplirse para no estar ante una adopción ilegal y que son los siguientes:
- - La adopción debe ir en interés del menor (principio superior). Este principio va a impregnar las cuestiones restantes como el carácter subsidiario de la adopción internacional respecto a la interna o el derecho a conocer sus orígenes.
- Prohibición de obtener beneficios financieros indebidos por la adopción. Con este principio se pretende prevenir la trata. En este sentido, el art. 2 del Protocolo facultativo define la venta de niños como todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución. Además, prohíbe la venta para fines sexuales y no sexuales incluyendo entre estos la adopción ilegal.
- Consentimiento de la adopción libre y consciente.
- Que se realice respetando la legalidad.

En suma, medidas dirigidas a garantizar el interés superior de menor y es que los Comités de Bioética han puesto de manifiesto que son muchos los riesgos para el menor y que pueden ser concretados en los que siguen:

- El riesgo de tráfico de niños. En 2000 se aprobó el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (2000). También este protocolo ha sido ratificado por la inmensa mayoría de los países del mundo, incluido Estados Unidos. En él se establece la siguiente definición de venta de niños: “*A los efectos del presente Protocolo: a) Por venta de niños se entiende todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución*” (art. 2). Se puede entender que la maternidad subrogada en la que media retribución a la gestante es uno de los supuestos incluidos en esta definición. Contra esta interpretación se podría defender que cuando los niños habidos por este medio cuentan con carga genética de alguno de los comitentes no son objeto de compraventa puesto que, al menos uno de sus progenitores, es también su padre legal pero, incluso en esas situaciones, no se puede negar que existe una persona a la se le paga por desprenderse de un niño al que ha dado a luz. Este supuesto podría estar contemplado en el art. 3 del mencionado protocolo, que prescribe que “*Todo Estado Parte adoptará medidas para que, como mínimo, los actos y actividades que a continuación se enumeran queden íntegramente comprendidos en su legislación penal, tanto si se han cometido dentro como fuera de sus fronteras, o si se han perpetrado individual o colectivamente*”¹⁰⁶¹.

- Riesgo de cosificación del niño y de la reproducción. En los hijos habidos mediante gestación por sustitución comercial ese riesgo se puede incrementar en la medida en que los comitentes tienen la opción de elegir aspectos que afectan directamente a las condiciones de desarrollo del niño y a sus características futuras.

Una vez determinada qué es la adopción ilegal, ¿Cuándo esta podría constituir el delito de trata? En este punto, surgen nuevos interrogantes: ¿Estamos ante el delito de

¹⁰⁶¹ Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada, Bilbao, 2017, p. 30. Disponible en: http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf

trata de seres humanos cuándo la trata está en el origen de la adopción?, es decir, cuando la finalidad de la trata es dar al niño en adopción y, por tanto, la explotación sería dar al niño en adopción ilegal, o ¿cuándo la trata es la finalidad de la adopción? es decir, se da en adopción para explotarlo sexualmente, laboralmente, etc.

Entendemos que estamos ante dos formas de trata que deberían tipificarse como tal como ya han hecho algunos países. Así, podría seguirse la legislación mexicana que en su Ley General para prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en materia de trata de personas y para la protección y asistencia de las víctimas de estos delitos prevé la adopción ilegal de menores de edad como una forma de explotación y de trata y prevé una pena mayor para el padre, madre o tutor que entregue y a quien reciba de forma ilegal, ilícita, irregular e incluso mediante adopción, a una persona menor de 18 años con el fin de abusar o explotar de ella sexualmente o para otras formas de explotación (art. 26). Contempla una sanción menor para quien de buena fe haya recibido a una persona en condición irregular, con el fin de integrarla como parte de su núcleo familiar (art. 27).

Por tanto, concluimos que para que el alquiler de úteros sea una forma de adopción ilegal debería ser considerado una venta de menores y para esto hay que determinar si se paga por el menor o por los servicios prestados y de ser así como se controla ese pago y como se determina que es solo un pago por las supuestas “molestias” que le genera la gestación.

Especialmente relevante, como factor a tener en cuenta, es el interés superior del menor, elemento esencial en las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Supremo, como también de la Dirección General de los Registros y del Notariado citadas¹⁰⁶². Entendemos que no se salvaguarda el interés del menor teniendo en cuenta que los comitentes ni siquiera son sometidos al correspondiente informe de idoneidad, como sí ocurre en las adopciones legales.

Respecto a la libertad en el consentimiento, debería valorarse si verdaderamente se le ha informado de todos los riesgos, quien y como controla ese consentimiento ¿una empresa privada? Algunos planteamientos inciden en la capacidad emancipadora para las mujeres que representa la decisión de alquilar el cuerpo para gestar. Como en el caso de

¹⁰⁶² Sobre el interés superior del menor RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, Dykinson, 2000,

la prostitución, estamos ante la cuestión del consentimiento y de la libre elección. Y, como en la prostitución, el argumento para refutarlo es el mismo. Partiendo de la existencia de un sistema que sitúa a las mujeres en situación de precariedad emocional y económica, de vulnerabilidad en definitiva, la situación de partida las mujeres que “deciden” alquilar su cuerpo no las coloca en las condiciones de igualdad necesarias para el ejercicio de la libertad, sin igualdad de condiciones y de oportunidades no existe libre elección¹⁰⁶³.

Se puede constatar en definitiva que hay muchas premisas para considerar el vientre de alquiler como una adopción ilegal, pero, además, hay que tener en cuenta si se siguen los trámites legales para establecer la filiación. Teniendo en cuenta que en algunos países la gestación subrogada es legal, si consideramos que no es una adopción ilegal ¿podemos considerarlo una forma de trata?

Pues bien, entendemos que la venta de un menor es una forma de trata y que sería necesario modificar el Protocolo de Palermo e incluir entre las formas de explotación constitutivas de trata las adopciones ilegales y los vientres de alquiler, así como negociar un Convenio internacional para la prohibición universal de la gestación por sustitución por ser un claro atentado a los derechos de la mujer y los niños. Además, debemos recalcar que tras adopciones legales en el Estado de origen puede haber adopciones ilegales y casos de trata, para evitarlo sería conveniente una reforma del Convenio de adopción internacional de menores que incluyera una prueba de ADN de los supuestos padres biológicos que entregan al menor.

Todo lo dicho, sin otra finalidad de atender al interés superior del menor en dos momentos: antes de que nazca (gestación subrogada) donde se protege el interés del menor en general y creemos que la forma de hacerlo es prohibiendo la gestación subrogada por atentar contra diversos derechos de las mujeres y de los niños. Y, totalmente diferente, es el segundo momento, cuando el menor ya haya nacido, donde se debe proteger al menor individualmente. Es en ese momento cuando surgen los problemas relativos a la filiación.

En España, el Tribunal Supremo no reconoce la filiación determinada en el extranjero por ser contraria al Orden público Internacional, sino que establece la

¹⁰⁶³ Asociación Feminista leonesa Flora Tristán, “Explotación reproductiva. Mujeres alquiladas para gestar”, Pornografía, prostitución, trata y vientres de alquiler, Edit. Fórum de política feminista, 2018, p.70.

posibilidad de reconstruir la filiación por vía indirecta mediante la reclamación judicial de la paternidad por el padre biológico (Art. 10.3 LTRHA) y la adopción por parte del cónyuge (Art. 176 CC), lo que entendemos es un fraude de ley¹⁰⁶⁴. Además, ¿esto supondría una discriminación entre el comitente varón y la madre de intención si los dos aportan material genético? Hay quienes lo han considerado así, pues entienden que el avance de la técnica médica ha permitido la implantación de un óvulo fecundado, sin que deba dudarse desde el punto de vista biológico quién ha aportado el material genético del nacido. Ello sitúa la acción de reclamación de la filiación materna en el mismo ámbito de determinación de la filiación biológica que la filiación paterna¹⁰⁶⁵.

Entendemos que no se da tal discriminación porque para que haya un trato desigual deberíamos estar ante dos situaciones iguales y no es al caso, ya que el varón al aportar el material genético agota todos los medios de que dispone para contribuir a la gestación, es su única aportación a la paternidad, en cambio, en el caso de la mujer si solo aporta el material genético y no gesta no agota su aportación a la maternidad y tendría que reclamar judicialmente la filiación para lo que sería necesario la renuncia de esta por la gestante mediante su intervención en el proceso para, otra vez, tener la certeza de que no estamos ante un supuesto de trata de menores.

Por último, y atendiendo a la protección del menor, creemos que los menores ya nacidos deben ser protegidos, pues el interés del menor en concreto debe primar en cualquier decisión que se adopte por encima de cualquier otro interés. Por eso, no debe admitirse el reconocimiento automático sin control de condiciones de las sentencias judiciales extranjeras que atribuyen la filiación a los comitentes, por cuanto la filiación trae su causa en prácticas incompatibles con el orden público internacional. Nuestro país solo debería habilitar vías para que la filiación de los comitentes se determinara a través de la adopción, en un procedimiento con todas las garantías para el interés superior del menor o, en su caso, reconocer la filiación de todos los intervinientes en el proceso de gestación. El mecanismo de la adopción internacional podría suplirse por la reclamación

¹⁰⁶⁴ Se utilizan normas y figuras jurídicas con unos objetivos, que, no siendo los propios de esa norma, son además contrarios a la ley existente del ordenamiento jurídico.

¹⁰⁶⁵ Sobre esta diversidad de trato contraria al mandato igualitario del artículo 14 de la CE y al principio de no discriminación NÚÑEZ BOLAÑOS, M., “El interés del menor y los supuestos de discriminación en la maternidad subrogada, entre la realidad jurídica y la ficción”, *Derecho Privado y Constitución*, Núm. 29, enero-diciembre, 2015, pp. 255 y 256.

judicial de la paternidad biológica, tal y como permite el art. 10.3 LTRHA, en los casos en que exista vínculo genético con el progenitor varón, procediendo posteriormente a la adopción por el otro comitente. Y, en todo caso, no debería facilitarse este proceso cuando se descubriera que la mujer gestante se encontraba en una situación de vulnerabilidad, que no ha prestado su consentimiento informado y libre y que ninguno de los comitentes tiene vinculación genética con el menor¹⁰⁶⁶.

¹⁰⁶⁶ En opinión de LARA AGUADO, A., La gestación subrogada: ¿Una forma de liberación o de esclavitud de la mujer? *Revista Iberoamericana de Derecho internacional y de la integración*, núm. 8, junio, 2018, p. 20.

CAPÍTULO VI- CONCLUSIONES

Tras el estudio del delito de trata de seres humanos previsto en el artículo 177 bis del Código Penal en las páginas anteriores y, los criterios valorativos ya planteados en cada uno de sus niveles, es momento de concretar una serie de valoraciones finales destinadas a despertar el interés del legislador sobre los elementos que el intérprete y los estudiosos del Derecho consideramos especialmente conflictivos y oscuros en nuestra labor, con el objeto de que sean adecuadamente reformados.

Primera- La primera cuestión que surge cuando alguien inicia un estudio sobre el delito de trata de seres humanos es, inevitablemente, la relación del mismo con el fenómeno esclavitud, sin embargo, estas figuras no se deben confundir. En primer lugar, porque el delito de trata de seres humanos ha sido configurado en nuestro Código Penal, resultado de la transposición de la normativa supranacional, como un proceso constituido por una acción, unos medios –a excepción del caso víctima menor de edad– y un fin, de modo que la esclavitud es el fin y la trata el mecanismo para alcanzarlo. Y, en segundo lugar, porque la esclavitud en su concepción tradicional, suponía la reducción de la persona a semoviente como parte del patrimonio del dueño, reconocida legalmente como negocio jurídico y con un coste para el propietario, lo que no parece coincidir con la figura de la trata de seres humanos.

Aunque creemos que los conceptos evolucionan, en palabras de IHERING “*la vida no son los conceptos, sino que los conceptos existen a causa de la vida*” y, de acuerdo con ello, la llamada nueva esclavitud supone el sometimiento de hecho de una persona negándole la posibilidad de autodeterminación y el desarrollo de su personalidad, sostenemos que ambos fenómenos convergen en aspectos como la objetivación de la persona y la vulneración de la dignidad humana pero mantenemos que la trata es el proceso o camino y la esclavitud el fin.

En relación con lo anterior, la distinción “delito de trata de seres humanos” por un lado y, “esclavitud” por otro, encontramos la necesidad de crear un delito autónomo de *sometimiento a situación de esclavitud* en nuestro Código Penal. Cada una de las demás conductas contempladas por el artículo 177 bis 1 CP, en mayor o menor medida, están tipificadas en el cuerpo penal como delitos autónomos. Por suponer un grave atentado a

la dignidad y libertad de autodeterminación de la persona, la esclavitud merece un adecuado reproche penal diferenciado del delito de trata, destinado a los casos en los que, no concurriendo las conductas típicas previstas para el delito de trata de seres humanos – captación, traslado, acogida, etc. –, en cambio, se reduzca a la persona a objeto mercantilizado y privado de la libre disposición sobre su persona, bienes y derechos. Este delito deberá configurarse teniendo en consideración el concepto de esclavitud de la Convención sobre la Esclavitud de 1926, esto es, como el “*estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos*”, ya no de derecho sino, de hecho.

Segunda- Sobre la controvertida cuestión del bien jurídico tutelado en el art. 177 bis CP, en sentido dogmático podemos concluir que, por su ubicación sistemática, en el título VII bis del Código Penal bajo la rúbrica “de la trata de seres humanos”, a caballo entre los delitos contra la integridad moral y los delitos contra la libertad, la pretensión del legislador era la protección de la dignidad.

En sentido político-criminal, en cuanto a lo que debería proteger la norma, el bien jurídico “dignidad” ha sido excluido por parte de la doctrina por no ser un Derecho Fundamental, si bien, es fundamento del orden político y la paz social (Art. 10 CE) y Derecho Humano, motivos de sobra para afirmar su “suficiente importancia social” y su “necesaria protección por el derecho penal”. Incluso, debe reconocérsele una mayor relevancia como valor que va más allá inherente al ser humano por el hecho de serlo, precisamente contra el que este delito atenta anulándolo. A pesar de las dificultades para su positivación, que no son pocas y que han sido señaladas por la doctrina, consideramos que solo la dignidad puede abarcar el desvalor de conductas delictivas como la trata de seres humanos o la esclavitud.

Tercera- Desde el punto de vista dogmático es criticable toda la estructura típica, si bien, hay aspectos que son positivos. Así, en el ámbito de los elementos objetivos del tipo, consideramos acertada la incorporación en 2015 de la conducta “*intercambio o transferencia de control sobre esas personas*”, ya que deja claro que la conducta típica no solo supone la transferencia física de las personas objeto del tráfico de unas a otras manos, sino el poder real de control que se ejerce sobre las mismas, sin necesidad de un traslado o desplazamiento, supone el intercambio del control de hecho sobre la persona. Siendo también acertada la inclusión, como medio comisivo, de *la entrega o recepción*

de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que posea el control sobre la víctima, facilitando la incriminación de los casos de compraventa, alquiler o permuta de víctimas. Por el contrario, es errónea la expresión “*esas personas*”, ya que estamos ante un hecho delictivo que atenta contra bienes personalísimos y ha quedado claro entre la doctrina y la jurisprudencia la existencia de un delito por víctima, en este sentido, debería estar redactado en singular “*esa persona*”, con referencia a la víctima.

Estamos ante un delito de intención, en el que basta la realización de cualquiera de las conductas típicas para su consumación sin necesidad de que se produzca el resultado de explotación, y es que el adelanto de las barreras punitivas constituye la esencia de este tipo. Pero, continuando con la incorrecta redacción típica, el legislador, creemos que con la intención de dejar claro que el delito de trata de seres humanos puede tener carácter nacional y transnacional, se refiere a que la conducta típica se realiza respecto a “*víctima nacional o extranjera*”, precisión que debe suprimirse, pues sujeto pasivo puede ser cualquier persona bastando la condición de persona y, por tanto, constituye una concreción innecesaria. Siendo otro error en la redacción típica la referencia al menor en la descripción de los subtipos agravados, proponemos que ambos subtipos –menor y vulnerabilidad– se engloben en una sola categoría, la “*especial vulnerabilidad*”.

En cuanto al elemento geográfico (*desde, en tránsito o con destino a España*), consideramos también necesaria su supresión, pues a pesar de reconocerse la competencia en el ámbito nacional e internacional conforme a los artículos 23.2 y 23.4.m) LOPJ, aún hay casos que quedan excluidos, piénsese en el supuesto en el que la conducta es perpetrada por un Español en el extranjero sin ninguno de los requisitos (*desde, en tránsito o con destino a España*), la premisa básica para la atribución de jurisdicción nacional es que la conducta sea delictiva de acuerdo con la legislación española, y no lo será si esta se encuentra totalmente desconectada del territorio nacional como consecuencia del elemento territorial exigido.

Por lo que respecta a los elementos subjetivos del tipo, es necesario un dolo preordenado, constituido por un elemento intelectual y un elemento volitivo. Implicará que el sujeto activo sepa que no existe un consentimiento por parte de la víctima, que esta se encuentra en situación de vulnerabilidad, en su caso, y, además, que quiera tratar con ella, quiera explotarla. En cuanto a este término, sería conveniente la inclusión por el

legislador de una definición de “*explotación*” que, si bien en la mayoría de los casos vistos en informes y jurisprudencia incluye un componente económico o lucrativo, no es un elemento esencial y el hecho de incluirlo en la descripción típica podría limitar el alcance del mismo.

El problema surge cuando el legislador se refiere a “*cualquiera de las finalidades siguientes*”, lo que implica una enumeración *numerus clausus* de tales finalidades. Si el sujeto activo no tiene por finalidad alguna de las formas de explotación establecidas por el legislador no concurre el tipo. En cambio, el Protocolo de Palermo utiliza la expresión “*como mínimo*”. El legislador deja fuera una serie de conductas como la adopción ilegal que ha sido reconocida en otros códigos penales, por ejemplo, el portugués, e instrumentos supranacionales, como la Directiva 2011/36/UE que incluye entre las modalidades de trata la adopción ilegal en su Considerando 11. Y es que este, copia las expresamente indicadas en un ya desfasado Protocolo de Palermo teniendo en cuenta la rapidez con que se transforman y surgen nuevas modalidades delictivas, intensificada por los grandes avances tecnológicos.

En esta línea, proponemos la inclusión como finalidad del delito de trata de seres humanos no solo la adopción ilegal, sino toda conducta que implica la mercantilización del menor y a su vez la de la madre, por ejemplo, a través de la gestación subrogada.

En cuanto a la adopción ilegal, la cuestión de si solo debe apreciarse si el menor se destina a la explotación o ya es trata la propia mercantilización del menor con el objeto de cumplir el deseo de ser padres, entendemos que ambas constituyen una forma de explotación directa o indirecta y debería incluirse expresamente en el Protocolo de Palermo por su importancia.

Un segundo planteamiento es si el alquiler de úteros es una forma de adopción ilegal y, por tanto, también parte de esta finalidad. Podemos resolver este interrogante teniendo en consideración los textos internacionales destinados a proteger los derechos del menor, como la Guía de Buenas prácticas del Convenio de la Haya de 1993 sobre Adopción Internacional, según la cual la adopción ilegal es aquella que resulte de “*abusos, tales como la sustracción, la venta o el tráfico de niños, y otras actividades ilegales o ilícitas respecto a los niños*”.

En consonancia con esta definición, concluimos que para que la gestación subrogada sea una forma de adopción ilegal debería ser considerada una venta de menores

y, para esto, hay que determinar si se paga por el menor o por los servicios prestados y, de ser así, cómo se controla ese pago y cómo se determina que se trata solo de un pago por las supuestas “molestias” que genera la gestación y la libertad en el consentimiento. Además, debería valorarse si verdaderamente se ha informado a la gestante de todos los riesgos, quién y cómo controla ese consentimiento. Teniendo en cuenta la red comercial que existe tras lo que ya se ha convertido en un rentable negocio, constituida por agencias e intermediarios que reciben grandes beneficios, son muchos los factores expuestos en este estudio para pensar que el consentimiento no es libre.

En todo caso, lo que debe primar es el interés superior del menor y, a nuestro juicio, no se salvaguarda en estos supuestos teniendo en cuenta que los comitentes ni siquiera son sometidos al correspondiente informe de idoneidad, como sí ocurre en las adopciones legales. De *lege ferenda*, debería incluirse en el artículo 177 bis 1 la explotación con finalidad de adopción ilegal que abarcaría la gestación subrogada, si bien, resulta conveniente la inclusión de esta forma de explotación reproductiva en el Código Penal, cuestión que nos ofrece nuevas líneas de investigación de cara al futuro.

Cuarta. En cuanto al aspecto penológico, el legislador tomó una decisión desproporcionada, sobre todo si se tiene en cuenta que en la mayoría de los casos no se aplicará solo la pena del tipo básico, estamos ante conductas que supondrán que este vaya acompañado de agravantes y las penas procedentes de la concurrencia delictiva, lo que dará lugar a penas desorbitadas. A ello, hay que añadir la concurrencia con tipos de reciente incorporación al Código Penal, tales como la captación de menores de edad o incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos previsto en el artículo 189 CP o el delito de tráfico de órganos previsto en el artículo 156 bis CP que, por su especialidad, tendrán aplicación preferente al delito de trata de personas, lo que lleva al sinsentido de imponer una pena inferior al que ejecuta la explotación que en el delito de trata de personas que no requiere que llegue a producirse la explotación.

Respecto a las agravaciones, especialmente relevante es la prevista en el apartado 6 del art. 177 bis CP pues, aunque detrás de los casos de trata de personas no siempre está la estructura propia del crimen organizado, son muchos los casos en que sí es así e, inevitablemente, existe una estrecha relación. El legislador español sigue, nuevamente, las directrices de los instrumentos internacionales elevando la pena cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas. Al mismo tiempo,

en los arts. 570 bis y 570 ter CP se criminaliza la participación en organizaciones y grupos criminales con penas que pueden llegar hasta los doce años de prisión cuando se cumplan determinados requisitos, lo que puede dar lugar a la vulneración del principio *ne bis in idem*.

Para evitarlo, dichos concursos deben analizarse partiendo de la consideración de que nos encontramos en presencia de un concurso de leyes que debe ser resuelto por el criterio de la gravedad de la pena a imponer, lo que supone la aplicación preferente del subtipo agravado del delito de trata de seres humanos. A dicha solución aboca la propia regla concursal dispuesta en el art. art. 570 quater 2 *in fine* que parece detectar esta posible problemática concursal, cuando expresa: “*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. 8º*”.

Por su parte, con la cláusula del apartado 9 del art. 177 bis el legislador parece intentar una acumulación de penas a través del concurso real de delitos, de modo que solo se refiere al concurso que se produce con las finalidades de explotación. En este sentido, entendemos que no existe un tratamiento unitario para todos los supuestos, por ser un tipo tan amplio que abarca conductas concurrentes a lo largo de todo el proceso. Así, al inicio puede concurrir con detenciones ilegales y tráfico de persona, entre otras, y al final del mismo, si llegan a producirse las conductas contempladas como explotación, concurrirán con estas, de forma que podrán apreciarse casos de concurso real, concurso ideal y concurso medial, sin descartar completamente el concurso de normas (por ejemplo, la intimidación utilizada como medio comisivo absorberá habitualmente las amenazas o coacciones). Esto ha llevado a una exasperación punitiva (de cinco a ocho años de prisión) que excede de las recomendaciones, la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos establece una pena máxima para el tipo básico de al menos cinco años de prisión, diez años en los tipos agravados. Será necesaria una interpretación coherente mediante la acumulación de penas en algunos casos, pero recurriendo, en otros, a reglas más benévolas como las previstas en el artículo 77 CP.

Quinta-. Realizadas las consideraciones finales, tanto fenomenológicas como dogmáticas, relativas a la “P” *prosecution*, corresponde abordar ahora las otras dos “Ps”, esto es *prevention* y *protection*.

Para dar cumplimiento a los principios informadores del derecho penal, en especial el principio de intervención mínima, se tornan necesarias medidas que, si bien a simple vista nada tienen que ver con el Derecho Penal por ser previas al mismo, sí afectan a su condición de *última ratio*. Nos referimos a medidas preventivas que muchas veces resultan más eficaces ante conductas que tienen un origen endémico como la falta de concienciación o recursos y que en la dicotomía reducción-ampliación del Ordenamiento jurídico-penal permite optar por la primera. Nos referimos a medidas contra los factores que alientan la oferta y la demanda de lo que constituyen las finalidades de explotación. Medidas como aquellas dirigidas a reducir las desigualdades económicas, la discriminación o la mejora de las condiciones de vida, que incidirán sobre la oferta y, medidas educativas y concientizadoras, contra los estereotipos de género, de formación de los profesionales en los diferentes ámbitos de actuación, que repercutirán sobre la demanda.

A su vez, serán fundamentales medidas que permitan una satisfactoria conclusión de las causas por este tipo de delitos. El trabajo prejudicial que se lleve a cabo por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado condicionará siempre el posterior despliegue de la actuación jurisdiccional que tenga lugar por parte del Juzgado de Instrucción, lo que requiere una adecuada identificación y protección de las víctimas antes y durante el proceso, la anticipación operativa que permita reducir las estructuras criminales y el soporte económico de las organizaciones y, así como recuperar las ganancias a través del comiso, siendo especialmente importantes aquellos mecanismos que salvaguardan las declaraciones de las víctimas, como la prueba preconstituida. Constituye una regla general que en los delitos de trata de seres humanos la presión sobre los testigos es especialmente intensa y debe recurrirse a esta para evitar que el *ius puniendi* del Estado dependa del azar o de la mala fe de las partes, eso sí, con las debidas garantías.

Ante la falta de una regulación precisa de la prueba preconstituida en la investigación de delitos especialmente complejos como la trata, proponemos una reforma legal que, al menos, tenga en cuenta cuestiones como la intervención de intérpretes, la correcta documentación del acto, la identificación de las víctimas y el papel del Juez instructor con el objeto de evitar que se frustre el papel de esta en el proceso. Así como reformar su regulación en la LECrim, en concreto, el artículo 448 bis, de modo que el juez instructor pueda acordar, de oficio o a instancia de parte o del Ministerio Fiscal,

como prueba preconstituida en los procesos por delitos de trata de seres humanos las declaraciones de víctimas, testigos y peritos cuando exista causa legítima para considerar que no podrán hacerse en el juicio oral o motivar su suspensión. La causa legítima debe poder derivar tanto de la imposibilidad física de acudir al juicio ya contemplada en el art. 448 LECrim como de la imposibilidad psicológica de acudir al mismo por la situación de especial vulnerabilidad de quien debe prestar declaración o por existir determinados riesgos relevantes para la persona que deba declarar o su familia.

En último lugar, y en relación a la protección de la víctima, no existe una ley que aborde concretamente los derechos y medidas de protección de las víctimas del delito de trata, como si la hay en otros atentados. La Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Dolosos y Violentos y contra la Libertad Sexual, regula como delitos susceptibles de generar ayudas públicas aquellos cuyo resultado sea la muerte, lesiones corporales graves o daños graves en la salud física o mental, la gravedad de las lesiones o los daños en la salud serán valorados por la legislación de la Seguridad Social, lo que hace que la previsión no garantice el acceso de la víctima del delito de trata de seres humanos a la reparación, por el hecho de que para la consumación de este delito no es necesario que se emplee violencia, es habitual la trata engañosa o la trata con abuso de situación de vulnerabilidad. Además, su artículo 2 excluye como beneficiarias a las víctimas extranjeras y no residentes en España cuando el Estado del que sea nacionales no reconozca ayudas análogas a los españoles. Es necesario la modificación de esta Ley de modo que se incluya expresamente a todas las víctimas de delito de trata de seres humanos.

Las medidas de protección para las víctimas de trata se regulan especialmente en la Ley de Extranjería. Las relativas a la protección durante el proceso deberían regularse en la legislación procesal de manera que no se limiten a la víctima de trata irregular. Además, es imprescindible que las medidas de protección para las víctimas no estén condicionadas a su colaboración, solo así se brindará una protección integral y eficaz.

Destacable, es lo que sucede con la LO 1/2004, de 28 de diciembre, sobre Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género que solo le será aplicable si el tratante es pareja o expareja de la víctima. En este ámbito, creemos que debería reformarse la regulación de los delitos de violencia de género para que puedan incluirse conductas de trata con fines de explotación, en las que, incuestionablemente, el

componente de género está en la raíz de determinadas conductas y el límite de la relación afectiva entre el autor y la víctima deja fuera de la protección a muchas de estas. Atendiendo así, a las estrategias supranacionales que han reconocido la trata de seres humanos como una forma de violencia de género.

La Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito, puede responder a las necesidades de las víctimas, pero solo algunas, ya que aborda solo parcialmente el de asistencia y no incide en el reconocimiento de su derecho a la reparación y compensación y, estas requieren una serie de especialidades no contempladas en la Ley. Se han producido algunos avances en la protección y asistencia de las víctimas, pero aún queda mucho por hacer, los Planes contra la trata aprobados en España se han dirigido específicamente a salvaguardar los derechos de las víctimas de explotación sexual, siendo que los datos analizados muestran que el delito de trata con finalidad de explotación laboral no es anecdótico.

En consonancia con lo anterior, puede resultar beneficiosa una Ley integral o, incluso, una Ley Penal Especial contra la trata de seres humanos, que aborde la cuestión de forma global, que incluya todos los tipos de explotación, que no vincule la ayuda a la cooperación o participación en el proceso y que prevea un fondo para la indemnización. Además, la reforma del actual proceso de identificación, con nuevos mecanismos coordinados de todos los agente públicos y privados que intervienen, y con participación de entidades y organizaciones especializadas, como se recoge en el artículo 10 del Convenio de Varsovia. A este respecto, es necesario crear un mecanismo de acreditación a organizaciones especializadas para la identificación formal de víctimas. En definitiva, medidas relativas a la formación de los profesionales, la identificación de las víctimas, de prevención de este tipo de victimización y la construcción de mecanismos institucionales para su aplicación efectiva.

Coincidimos con el Borrador presentado por el Gobierno en que esta Ley deberá incluir la perspectiva de género, entendida como los instrumentos que a pesar de que exista un reconocimiento formal de la igualdad permita conocer los mecanismos que hacen que subsistan los valores androcéntricos en la sociedad y las normas, y es que Naciones Unidas insta a los Estados a que incorporen una perspectiva de género en todas las políticas y programas, de otra forma no se podrá alcanzar una igualdad real, sustantiva y efectiva. Pero esta Ley Integral no debe limitarse a la trata con fin de explotación sexual

y debe incluir medidas de prevención y protección a todos los niveles, en este sentido, debería denominarse “Ley Integral contra la trata de seres humanos”.

Tras las valoraciones finales del trabajo realizadas y, teniendo en consideración el hecho de que la trata de seres humanos constituye un camino que puede concluir, aunque no siempre, con el sometimiento de la persona a la esclavitud y que, contra toda lógica, el legislador español sanciona más severamente el proceso de convertir a alguien en esclavo que la esclavitud misma, en el marco del Código Penal, proponemos la siguiente propuesta de *lege ferenda*:

Modificación del Título VII bis: Pasaría a denominarse “Delitos contra la dignidad”.

Este Título incluiría dos delitos, el Delito de Trata de seres Humanos en el artículo 177 bis y el Delito de sometimientos a esclavitud en el artículo 177 ter., ambos destinados a la protección del bien jurídico “dignidad”.

Modificación del Artículo. 177 bis que quedaría redactado de la siguiente manera:

Artículo 177 bis. Delito de Trata de seres humanos.

1. Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima 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 esa persona. La explotación incluirá, como mínimo:

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.

f) La adopción ilegal

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

Cuando la víctima de trata de seres humanos fuera una persona menor de edad se impondrá, en todo caso, la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidos, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad, por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta.

2. El consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante.

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

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

4. 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 prevaleciendo 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.

5. 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.

6. 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 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.

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 este delito.

Introducción del artículo 177 ter relativo al delito de sometimiento a esclavitud:

Artículo 177 ter. Sometimiento a esclavitud.

1. Será castigado con pena de nueve a doce años de prisión el que ejerza sobre una persona poderes correspondientes a los del derecho de propiedad o el que reduzca o mantenga a una persona en estado de sujeción continua de forma que limite su capacidad de autodeterminación. La reducción o el mantenimiento al estado de sujeción tiene lugar cuando la conducta se realiza mediante violencia, amenaza, engaño, abuso de autoridad o aprovechándose de una situación de necesidad o vulnerabilidad.

2. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo cuando la víctima fuera menor de edad.

3. 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.

BIBLIOGRAFÍA

AGUADO LÓPEZ, S., “Tráfico de órganos humanos”, en BOIX REIG, J. (Dir.), *Derecho penal. Parte especial. Volumen I, 2ª Ed., Iustel*, Madrid, 2016.

ALASTUEY DOBÓN, C.: “Aspectos problemáticos del delito de tráfico de órganos”, *Revista Penal*, núm. 32, 2013.

ALBERT MÁRQUEZ, M.M., “La explotación reproductiva de mujeres y el mito de la subrogación altruista: una mirada global al fenómeno de la gestación por sustitución”, *Cuadernos de Bioética XXVIII*, 2017/2ª.

ALLAIN, J., “Silvia Scarpa, Trafficking in Human Beings: Modern Slavery”, *European journal of international law = Journal europeen de droit international*, 2009.

— “Parte II. Conceptuación legal de las formas contemporáneas de esclavitud. 125 años de abolición: el derecho de la esclavitud y la explotación humana” en Pérez Alonso, E. (Dir.) *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

ALONSO ÁLAMO, M. “¿Protección penal de la dignidad? a propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual”, *Revista Penal*, 2007.

— “Bien jurídico penal: más allá del constitucionalismo de los derechos”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XIX, 2009.

— “Derecho penal y dignidad humana. De la no intervención contraria a la dignidad a los delitos contra la dignidad”, *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 12, 2011.

ALONSO DE ESCAMILLA, A., “Torturas y otros delitos contra la integridad moral”, en Lamarca Pérez, C. (Coord.), *Delitos y Faltas. La Parte Especial del Derecho Penal*, Ed. Colex, 2ª Ed., Madrid, 2013.

ALONSO OLEA, M., ALONSO GARCÍA, E. Y CASAS BAAMONDE, M.E., *Introducción al derecho del trabajo [Recurso electrónico]*, 7ª Ed. Rev., Cizur Menor, Navarra): Civitas-Thomson Reuters, 2013.

ALVARADO ALANIS, K. A., “Trata de personas, un fenómeno delictivo transnacional: Alemania e Israel”, *Revista Espiga*, Vol. 17, N.º. 35, 2018.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, G., “La protección contra la discriminación del extranjero en el CP” en *El extranjero en el derecho penal español, sustantivo y procesal* (Adaptado a la nueva LO 4y2000), *Manuales de Formación Continuada*, número 5, CGPJ, 2000.

ÁLVAREZ ALVAREZ, L., “Contenido y función de la dignidad del hombre en la Constitución Española de 1978”, *Teoría y realidad constitucional*, nº 18, 2006.

ANDERSON, E.S., “Why commercial surrogate motherhood unethically commodifies women and children: reply to McLachlan and Swales”, *Health Care Analysis*, 2000.

ARROYO ZAPATERO, L., “Los delitos contra los derechos de los trabajadores (Especial consideración del art. 499 bis, CP)”, *Revista española de Derecho del Trabajo*, nº 15, 1983, p. 366.

— “Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*. Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca, 2001.

— “Cesare Beccaria y la moderna Política Criminal en España en los primeros años de la democracia”, en *Política criminal humanista para la sociedad contemporánea*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2021

ARCOS RAMÍREZ, F., “Globalización, pobreza y esclavitud contemporánea: una mirada cosmopolita”, en Pérez Alonso, E. (Dir.), *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

BALES, K., *Understanding global slavery*, University of California Press, 2005.

— *Disposable People: New Slavery in the Global Economy, Updated with a New Preface*, University of California Press, 2012. ProQuest Ebook Central, <http://ebookcentral.proquest.com/lib/bual-ebooks/detail.action?docID=894683>. Created from bual-ebooks on 2020-09-29 10:29:57.

— *The Slave Next Door: Human Trafficking and Slavery in America Today*, University of California Press, 2010. ProQuest Ebook Central, <https://ebookcentral.proquest.com/lib/bual-ebooks/detail.action?docID=763983>.

BAUCCELLS LLADÓS, J. “El tráfico ilegal de personas para su explotación sexual” en Rodríguez Mesa, M.L y Ruíz Rodríguez, L.R. *Inmigración y sistema penal: Retos y Desafíos para el s. XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

BEDMAR CARRILLO, E., “El bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos”, *La ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 94-95, 2012.

BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., “Criminalidad organizada y ‘trata de seres humanos’ con fines de explotación sexual en España” [en línea], en (Dir.) González Rus J.J., *La criminalidad organizada*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014. Disponible en: <https://biblioteca.tirant.com/cloudLibrary/ebook/show/9788490335789>

— “Obtención, tráfico y trasplante ilícito de órganos humanos” en (Dir.) Morillas Cueva, L. *Sistema de Derecho penal. Parte especial*, 2020.

BENÍTEZ PÉREZ-FAJARDO F. G., “El delito de trata de personas”, en AA. VV, xxii *Jornadas de Estudios de la Abogacía El Nuevo Código Penal*, Ministerio de Justicia, 2011. Disponible en www.mjusticia.es.

BHOOLA U., “Los nuevos retos para la erradicación de las formas contemporáneas de esclavitud” en Pérez Alonso, E. (Dir.), *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

BOLAÑOS VÁSQUEZ, H.J., “Regulación jurídico-penal de la trata de personas según el Protocolo de Palermo. Aplicación práctica desde la teoría del delito”, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, Nº. 34, 2013.

BONET PÉREZ, J., “La interpretación de los conceptos de esclavitud y de otras prácticas análogas a la luz del ordenamiento jurídico internacional: aproximación teórica y jurisprudencial”, en (Dir.) Pérez Alonso, E. *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

BORJA JIMÉNEZ, E., *Curso de política criminal*, 2ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

BOTELLA CORRAL, J., “Capítulo I. Introducción”, en (Dir.) García Arán, M. y Botella Corral, J. *Malas Noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, Edit. Tirant lo Blanch, 2009.

CALVO VINAGRE, V. Y GARCÍA DOMÍNGUEZ, P., “Trata de seres humanos”. *Cuadernos de la Guardia Civil: Revista de seguridad pública*, n.º 52, 2016.

CANO GALÁN, Y., “Prostitución voluntaria y contrato de trabajo” en (Coord.) Pérez Alonso, E. *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

CANO PAÑOS, M. A., “Los delitos de violencia doméstica y en el ámbito familiar o asimilado y los de trata de seres humanos” en Aguilar Cárceles, M. M. Barquín Sanz, J. y Morillas Cueva, L., *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Edit. Dykinson, Madrid, 2015.

CARMONA SALGADO, C., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I). Consideraciones generales sobre el Título VIII, Libro II del Código Penal. Agresiones y

abusos sexuales”, en (Dir) Zugaldía Espinar, J. M., *La nueva regulación del tráfico ilegal de personas con fines de explotación sexual según la LO 11/2003*, Edit Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

— “Trata de seres humanos para su explotación sexual. Argumentos a favor de una regulación española que normalice el ejercicio por adultos de la prostitución voluntaria”, *La Ley Penal*, n. ° 113, 2015.

CARRARA, F., *Programa de Derecho Criminal, parte especial*, volumen II, 4, Edit. Temis Bogotá, 1997.

CASADO CABALLERO, V., “La trata de mujeres con fines de explotación sexual. La globalización de la violencia de género” en Vázquez Bermúdez, I. (Coord.), *Logros y retos: Actas del III congreso universitario nacional "Investigación y género"*, 2011.

CASTRO RODRÍGUEZ, M. C., “Trata de personas: la esclavitud más antigua del mundo”, *Documentos de trabajo social: Revista de trabajo y acción social*, n. ° 51, 2012

CERRADA MORENO, M., *Criminalidad organizada tratamiento policial y judicial*, Bosch editor, 2020.

CISNEROS ÁVILA, F., “Reflexiones sobre el delito de matrimonio forzado del artículo 172 bis del CP”, *Diario La Ley*, N° 9072, Sección Tribuna, 2017, Editorial Wolters Kluwer.

COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A., “Trata de seres humanos: art. 177 bis Cp” en Jacobo Dopico Gómez-Aller (coord.); Francisco Javier Álvarez García (dir.) *Estudio Crítico Sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, 2013.

CUERDA ARNAU, M. L., “Lección X: Torturas y otros delitos contra la integridad moral. Trata de seres humanos”, en González Cussac, J. L. (Coord.) *Derecho penal. Parte Especial*, Edit. Tirant lo Blanch, 2019.

CUGAT MAURI, M., “Normativa internacional y derecho comparado” en García Arán, M. (Coord.), *Trata de personas y explotación sexual*, Granada. Comares, 2006.

— “Sujetos protegidos por el delito de tráfico de personas del Art. 318 Bis Cp”, en (Coord.) Ruiz Rodríguez, L.R., Rodríguez Mesa, M.J., *Inmigración y sistema penal: retos y desafíos para el siglo XXI*, 2006

— “La trata de seres humanos: la universalización del tráfico de personas y su disociación de las conductas infractoras de la política migratoria (arts. 177 bis, 313, 318 bis)”, en Quintero Olivares, G. (Dir.), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Edit. Aranzadi, 2010.

DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*, Edit. Comares, Granada, 2009.

— “Cuestiones claves de la prostitución y la trata de seres humanos. Aproximación al caso andaluz”, en Iglesias Skulj, A. y Puente Alba, L. (Coords.), *Sistema penal y perspectiva de género: trabajo sexual y trata de personas*, Granada, Edit. Comares, 2012.

— *El delito de trata de seres humanos*, Valencia, Edit. Tirant lo Blanch, 2013.

DE LEÓN VILLALBA, F.J., *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, Valencia, Edit. Tirant lo Blanch, 2003.

— “Propuesta de reforma frente a la trata de seres humanos”, en Casanueva Sanz, I. / Pueyo Rodero, J. A. (ed.), *El anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008: algunos aspectos*, Universidad de Deusto, 2008.

DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “Título VII bis. De la trata de seres humanos” en Gómez Tomillo, M. (Dir.) *Comentarios al Código Penal*, Edit. Lex Nova, Valladolid, 2011.

DEL ROSAL BLASCO, B., “Delitos contra la libertad” en Morillas Cueva L. (Dir.) *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial*, Edit. Dykinson, S.L., 2015, p. 175.

DELGADO SANCHO, C. D., “La Trata de seres humanos y la inmigración clandestina tras la reforma de la LO 1/2015”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, num.8, Editorial Aranzadi, 2017.

DÍAZ MORGADO, C.V., “El delito de trata de personas en España” en Militello, Vincenzo, and Alessandro Spena. *Mobilità, Sicurezza e Nuove Frontiere Tecnologiche*, Giappichelli, 2018.

DÍAZ BARRADO, C. M., “La lucha contra la trata de seres humanos en la Unión Europea: los componentes para una política propia”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. ° 45, 2003.

DÍEZ GUTIÉRREZ E. J., “La prostitución en el contexto de la globalización neoliberal”, Pornografía, prostitución, trata y vientres de alquiler, *XXVII Taller de política feminista*, Edit. Fórum de política feminista, 2018, pp. 46 y ss.

DELGADO, G., “Comercio de niños”, *Cambio 16*, 1996, núm. 1271.

DÍEZ PERALTA, E., *El matrimonio infantil y forzado en el Derecho internacional. Un enfoque de género y de derechos humanos*, Tirant lo Blanch, 2019.

DÍEZ RIPOLLES, J.L., “El bien jurídico protegido en el derecho penal garantista”, *Jueces para la Democracia*, Dialnet, n. ° 30, 1997.

— “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española”, *Revista de Análisis para el Derecho*, 1/2012, 2012.

— Política criminal y derecho penal, Edit. Tirant lo Blanch, 2013

DOLS GARCÍA, A., “El vudú como elemento de coacción en el delito de trata”, *Revista General de Derecho Penal*, n. ° 18, 2012.

— *Tratamiento jurídico-penal de los abusos vinculados a la creencia y ejercicio de brujería y vudú en España (especial referencia al delito de trata de seres humanos)*, Tesis doctoral, Universidad de Extremadura, 2017.

DOMINGUEZ IZQUIERDO, E., “La eventual relevancia penal de la aplicación de técnicas de reproducción asistida en casos de maternidad subrogada. El alcance del consentimiento”, *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)* / (Coord.) Gutiérrez Barrenengoa, A.; Lledó Yagüe, F. (Dir.), 2019.

EKIS EKMAN, K., *El ser y la mercancía. Prostitución, vientres de alquiler y disociación*, Edicions ballaterra, 2017.

ESCUADERO MUÑOZ, M., “Capítulo 11: El delito de trata de seres humanos desde el punto de vista de la victimología” en (Dir.) Ferrando García, F. M. y Bas Peña, E. *La trata de seres humanos. Protección de las víctimas*, Edit. Laborum, 2018

ESQUINAS VALVERDE, P., “El delito de trata de personas y sometimiento a esclavitud en el Código penal alemán (§ 233 del Strafgesetzbuch)”, en (Dir.) Pérez Esteban, A., *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Edit. Tirant lo Blanch, 2017.

— “El delito de matrimonio forzado (art. 172 bis CP) y sus relaciones concursales con otros tipos delictivos”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n. ° 20, 2018.

FARALDO CABANA, P., “Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral frente a la violencia de género”, *Revista Penal*, núm.17, enero 2006.

— “Cuestiones concursales en los delitos de organización o grupo criminal” en (Coord.) por Ballesteros Sánchez, J. y (Dir.) Zúñiga Rodríguez, L. *Criminalidad organizada transnacional: una amenaza a la seguridad de los estados democráticos*, Edit. Tirant lo Blanch, 2017.

FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, J.J., “La regulación de la trata de seres humanos: esclavitud del siglo XXI”, *Revista de Estudios en Seguridad Internacional*, Vol. 5, No. 1, 2019.

FERNÁNDEZ PANTOJA, P., “El sistema de tutela ante la violencia de género aspectos jurídicos y políticos”, en (Coord.) Jiménez Díaz, M.J., *La Ley Integral: un estudio multidisciplinar*, 2009.

— “La reparación del daño como respuesta al delito”. *Estudios jurídico penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva*, 2018.

— “Aspectos de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia. A la vez una reflexión del uso (y/o abuso) de la técnica de leyes integrales”, *Cuadernos de política criminal*, N° 134, 2021.

FIANDACA, G. / MUSCO, E., *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, Bologna, 2013.

— *Diritto penale. Parte speciale*, Volume II, tomo primo, I diritti contro la persona, Quinta edizione, Zanichelli editore, 2020.

FRANCESCO PALAZZO, *Corso di diritto penale parte generale*, 8ª ed., G. Giappichelli Editore – Torino, 2021.

GALLO, P., “Talleres textiles clandestinos en Argentina: ¿Trabajo esclavo o explotación laboral?”, en (Dir.) Esteban Pérez Alonso, Sofía Olarte Encabo ; (Coord.) Pedro Mercado Pacheco, Inmaculada Ramos Tapia ; *Formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos en clave de globalización, género y trata de personas* [Recurso electrónico], Valencia, Edit. Tirant lo Blanch, 2020.

GARCÍA ALBERO, R. M., “El nuevo delito de tráfico de órganos”, en Francisco Javier Álvarez García (Dir.), José Luis González Cussac (Dir.) *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Edit. Tirant lo Blanch, 2010.

GARCÍA ARÁN, M., “La protección penal de la integridad moral”, en (Coord.) Díez Ripollés, J. L. *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo*, 2002.

— “Esclavitud y tráfico de seres humanos”, en (Coords.) Octavio de Toledo y Ubieta, E. Gurdiel Sierra, M. y Cortés Bechiarelli, E., *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

— “Introducción”, en GARCÍA ARÁN, M. (coord.), *Trata de personas y explotación sexual*, Edit. Comares, Granada, 2006.

— “Trata de personas y regulación de la prostitución” en Pérez Alonso, E.J., (Coord.) *Trata de personas y regulación de la prostitución*, Edit. Tirant lo Blanch, 2017.

GARCÍA CABRERA, J. C., “Reflexión en torno al tráfico y trata de personas y especialmente de niñas o niños”, *Crítica*, 56 (940), 2006.

GARCÍA DE BLANCO, V., “Trata de seres humanos y criminalidad organizada”, *Anuario de derecho Penal y ciencias Penales*, 2014.

GARCÍA ESPAÑA, E., *Inmigración y delincuencia en España: Análisis criminológico*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

GONZÁLEZ GARCÍA, S., “Prostitución y proxenetismo: una cuestión de estado”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. ° 10, 2019.

GARCÍA RIVAS, N. Y LAMARCA PÉREZ, C., “Organizaciones y grupos criminales (arts. 570 bis, 570 ter y 570 quáter)” en (Dir.) Álvarez García, F. J. González Cussac, J. L. *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Edit. Tirant lo Blanch, 2010.

— “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en la trata sexual y protección de las víctimas”, en Lloria García, P. (Dir.) *La violencia sobre la mujer en s. XXI: Género, derecho y TICS*, Edit. Aranzadi, 2019.

GARCÍA SÁNCHEZ, M. D., “El menor víctima en el delito de trata de seres humanos”, *Anuario de justicia de menores*, n. ° 16, 2016.

GARCÍA SEDANO, T., “La reforma del código penal español motivada por la trasposición de la directiva 2011/36, sobre prevención y lucha contra la trata de seres humanos y protección de las víctimas”, *Revista jurídica de investigación e innovación educativa*, n. ° 8, 2013.

— “El tipo de trata de seres humanos”, *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 2014.

— “¿Sería subsumible el delito de trata de seres humanos en la Ley 1/2004, de 28 de diciembre?”, *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, Nº. 118, 2016.

— “Vulnerabilidad y delito de trata de seres humanos” en (Coord.) Escobar Roca, G., *Ombudsman y colectivos en situación de vulnerabilidad: actas del III Congreso Internacional del PRADPI*, Edit. Tirant lo Blanch, 2017.

— *El delito de trata de seres humanos: el artículo 177 bis del Código Penal*. Madrid, España, Editorial Reus. 2020.

— *El trabajo forzoso, la esclavitud y sus prácticas análogas como finalidades del delito de trata de seres humanos*, Edit. Reus, 2021, p. 117.

GAROFOLI, R., “I delitti contro la personalità individuale”, *Manuale di diritto penale. Parte Speciale*, Tomo II, IV edizione, edit. Nel diritto editore, 2017.

GERMÁN ZURRIARÁIN, R., “La maternidad subrogada: ¿«solidaridad» o «explotación»?”, *Medicina y Ética*, octubre-diciembre, Vol. 30, Núm. 4, 2019.

GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., PÉREZ GONZÁLEZ, C., “La protección de los menores de edad víctimas de trata de seres humanos: Derecho internacional, europeo y español” en (Coord.) Alcáncer Guirao, R., Martín Lorenzo, M., Valle Mariscal de Gante, M., *La Trata de seres humanos: persecución penal y protección de las víctimas*, Edit. Edisofer, 2015.

GÓMEZ RIVERO, M.C., “El delito de tráfico ilegal de órganos humanos”, *Revista penal*, n. ° 31, 2013.

GÓMEZ TOMILLO, “Artículo 156 bis” en Manuel Gómez Tomillo (Dir.) *Comentarios al Código Penal*, 2011.

— *Comentarios prácticos al Código penal*. Tomo II, Aranzadi, Pamplona, 2015.

GONZÁLEZ BARNADAS, O.: “El delito de tráfico de órganos humanos en el ordenamiento jurídico español”, *DS: Derecho y Salud*, Vol. 27, núm. 2, 2017.

GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “Delitos de tortura y otros tratos degradantes (delitos contra la integridad moral)”, *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte especial)*, Madrid, 1996.

GONZÁLEZ RUS, J. J., “Aproximación político-criminal a la regulación de la criminalidad organizada después de la reforma de 2010”, en (Dir.) González Rus, J. J. *La criminalidad organizada*, Valencia, 2013.

GONZÁLEZ TASCÓN, M.M., “Aspectos jurídico-penales de la explotación sexual de las personas adultas en la prostitución y de otras conductas relacionadas”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2020.

— “A propósito de la trata de seres humanos: análisis de la modalidad básica del delito de trata de seres humano”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, Edit. Aranzadi, 2020.

GUARDIOLA GARCÍA, J. “Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas: comentario a la reciente reforma del art.318 del Código Penal”, *Revista de derecho y proceso penal*, n. ° 13, 2005.

— “Reforma de los delitos de tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas: ¿de la impunidad por falta de jurisdicción al exceso de atribución competencial?”, *Revista General de Derecho Penal*, n.º 9, 2008.

GUARDIOLA LAGO, M.J., *El tráfico de personas en el Derecho penal español*, Aranzadi, 2007.

— “Delitos relativos a la prostitución y a la corrupción de menores” en (Coord.) Araceli Manjón-Cabeza Olmeda, Arturo Ventura Püschel; Gonzalo Quintero Olivares (Dir.), Juan Carlos Carbonell Mateu (Dir.), Fermín Morales Prats (Dir.), Nicolás García Rivas (Dir.), Francisco Javier Álvarez García (Dir.) *Esquemas de la parte especial del derecho penal (I)*, 2011.

GUERRA-PALMERO, M.J., Contra la llamada gestación subrogada. Derechos humanos y justicia global versus bioética neoliberal, *Gaceta Sanitaria*, n.º 31, 2017.

GUINARTE CABADA, G., “El nuevo delito de matrimonio forzado” en González Cussac, J. L. (Dir.) *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Valencia. Edit. Tirant lo Blanch, 2015.

GUINARTE CABADA, G. Y VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., “Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores”, en (Coord.) Lameiras Fernández, M. y Orts Berenguer, E. *Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial*, 2014.

GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Barcelona, 2005.

HERNÁNDEZ OLIVER, B., “La prostitución, a debate en España”, *Documentación social*, n.º 144, 2007.

HERRERA MORENO, M., “Delitos relativos al tráfico de órganos (artículo 156 bis CP)”, en Polaino Navarrete, M. (Dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*. Tomo I, Tecnos, Madrid, 2010.

HURTADO ADRIÁN, A., “Emigración ilegal (Art. 313)”, en (Coord.) Figuro, C. A. y Juanes Peces, A. (Dir.) *Reforma del Código Penal: perspectiva económica tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio: situación jurídico-penal del empresario*, 2010.

IGLESIA SKULJ, A., *Trata de mujeres con fines de explotación sexual. Análisis político-criminal del Código penal del artículo 177 bis del Código Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, 2013.

— “De la trata de seres humanos: artículo 177 bis Código Penal.” en González Cussac, J.L. (Dir.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

IGLESIAS VÁZQUEZ, M. A. y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, J.J., “La moderna esclavitud y los trabajos forzados una mirada desde el derecho internacional actual y su (i)neficacia”, *Cuadernos de derecho actual*, n. ° 10, 2018.

JIMÉNEZ DÍAZ, M.J. y DAZA BONACHERAM M.M, Compensación a las víctimas de delitos violentos en España distintos raseros, *Cuadernos de política criminal*, N° 110, 2013.

KAJSA EKIS, E., *El ser y la mercancía. Prostitución, vientres de alquiler y disociación*, Edit. Bellaterra, 2017.

LAFONT NICUESA, L., ““Los delitos de trata de personas e inmigración clandestina ilegal tras la LO 5/2010, de 22 de junio por la que se reforma el Código Penal”, en A.A.V.V., *Estudios sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos*, Aranzadi, Pamplona, 2013.

LARA AGUADO, A., “La gestación subrogada: ¿Una forma de liberación o de esclavitud de la mujer?”, *Revista Iberoamericana de Derecho internacional y de la integración*, núm. 8, junio, 2018.

— “Una nueva forma de esclavitud: El alquiler de úteros” en (Coord.) Pérez Alonso, E. J. *Formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos en clave de globalización, género y trata de personas*, Edit. Tirant lo Blanch, 2020

LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del derecho*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1966.

LAURENZO COPELLO, P., “La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2.ª Época, n. °12. 2003.

— “Últimas reformas en el derecho penal de extranjeros: Un nuevo paso en la política de exclusión”, *Jueces para la democracia*, n. ° 50, 2004.

LÓPEZ MORATALLA, N., “Comunicación materno-fetal en el embarazo”, *Cuadernos de Bioética*. XX (3), 2009.

LOUSADA AROCHENA, J. F., “Normativa internacional contra la explotación humana y laboral en el trabajo doméstico: la ONU y la OIT”, *Lan Harremanak*, Vol. 39, 2018.

LÁZARO GONZÁLEZ, I. Y SERRANO MOLINA, A., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Don José María Castán Vázquez*. Madrid, 2019, Editorial Reus. Recuperado de <https://elibro--net.ual.debiblio.com/es/ereader/ual/120934?page=360>.

LLORIA GARCÍA, P. “Apuntes sobre la evolución normativa internacional en materia de trata de personas con fines de explotación sexual” en Serra Cristóbal, R. (Coord.), *Prostitución y Trata: marco jurídico y régimen de derechos*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

— “Trata de seres humanos” en Boix Reig, J. (Dir.), *Derecho penal. Parte especial*. Volumen I. La protección penal de los intereses jurídicos personales (adaptado a las reformas de 2010 del Código penal), Ed. Iustel, Madrid, 2010.

— “El delito de trata de seres humanos y la necesidad de creación de una ley integral”, *Estudios penales y criminológicos*, n. °. 39, 2019.

LÓPEZ CERVILLA, J.M., “Tráfico ilícito de personas. La Reforma del artículo 318 bis del Código Penal (I)”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 58, n. ° 1977, 2004.

— “El extranjero como víctima del delito análisis de los tipos penales (artículos 318 bis, 313-1 y 312.2. 2º del Código Penal)”, *Estudios jurídicos*, n. °. 2004, 2004.

LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., *Conceptualización jurídica de la trata de seres humanos con fines de explotación laboral*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016, n. ° 99.

— “La trata de seres humanos con fines de explotación laboral en la legislación española”, *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n. ° 107, 2019.

LUCEA SÁENZ, A., “Erradicar la trata de menores con fines de explotación sexual. La necesidad de una ley integral”, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, n. ° 48, 2018.

LUZÓN CUESTA, J.M., *Compendio de Derecho Penal Parte general*, Edit. Dykinson, 2015.

MAGARIÑOS, E., “Freno a la trata... por ley”, *Vida Nueva*, (3223), 2021.

MANTOVANI, F., *Diritto penale, parte speciale, Vol. I, i delitti contro la persona*, 2019.

MAPELLI CAFFARENA, B., “La Trata de personas”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 65, 2012, p. 59.

MAPELLI CAFFARENA, B., “La trata de personas”, *ob. cit.*, p. 58

MAQUEDA ABREU, M. L. “¿Cuál es el bien jurídico protegido en el nuevo artículo 318 bis 2? Las sinrazones de una reforma”, *Revista de derecho y proceso penal*, n. °11, 2004.

— “Una nueva forma de esclavitud: el tráfico sexual de personas”, En (Coord.), Lorenzo Copello P., *Inmigración y Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

— “A propósito de la trata y de las razones que llevan a confundir a los inmigrantes con esclavos”, en (Coords.) Carbonell Mateu, J.C. / González Cussac J. L. / Orts Berenguer E. /Cuerda Arnau M. L. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Tomo II. Valencia, 2009.

— *El Derecho penal en casos*, 3ª Ed., Tirant lo Blanch, 2011.

— “Trata y esclavitud no son lo mismo, pero ¿qué son?” en (Coords.) Suárez López, J. M., Barquín Sanz, J., Benítez Ortúzar, I. F., Jiménez Díaz, M. J., Sáinz-Cantero Caparrós, J. E. *Estudios jurídico penales y criminológicos: en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva*, Vol. 2, 2018.

MARAVÉR GÓMEZ, M., “Trata de seres humanos”, en (Coord.) Molina Fernández, F. *Memento Práctico Francis Lefebvre Penal 2019*, 2018.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., “El turismo sexual infantil: especial referencia a la responsabilidad penal del cliente” en (Dir) Zugaldía Espinar, J. M., *La nueva regulación del tráfico ilegal de personas con fines de explotación sexual según la LO 11/2003*, Edit Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

MARTÍN ACÍN, F. *La trata de seres humanos con fines de explotación sexual en el Código Penal de 2010 aportaciones de la Ley Orgánica 1/2015*, Edit. Tirant lo Blanch, 2017.

MARTÍN CASARES, A., “Reflexiones sobre globalización, esclavitud histórica y renovación del abolicionismo contemporáneo en España”, en Pérez Alonso, E. (Dir.), *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

MARTÍN MEDEM, J. M., “Niños en venta”, *Cambio 16*, 1999, (1438).

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M, *La inmigración como delito. Un análisis político-criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del art.318 bis CP*, Madrid, Edit. Atelier, 2007.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Lección XXXI: Delitos contra los derechos de los trabajadores. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en (Coord.) González Cussac, J. L. *Derecho penal. Parte especial*, Edit. Tirant lo Blanch, 2019.

MARTIÑÓN CANO, G., “El delito de trata de personas en México. Análisis comparativo con la tipología propuesta en el Protocolo de Palermo”, en Pérez Alonso, E. /Pomares Cintas, E. (Coord.) *La Trata de Seres Humanos en el Contexto Penal Iberoamericano*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

MARTOS NUÑEZ, J.A., “El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis del código penal”, *Estudios penales y Criminológicos*, vol. XXXII, 2012.

MAYORDOMO RODRIGO, V., *El delito de tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas*, Iustel, 2008.

— “Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas”, *Estudios penales y criminológicos*, núm. 31, 2011.

MEGÍAS BAS, A., “El delito de tráfico ilegal de mano de obra”, *Anales de Derecho*, Número 32, 2014.

MIR PUIG, S., “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *Ius puniendi*”, *Estudios penales y criminológicos*, n. ° 14, 1989-1990.

— *Derecho penal parte general*, 8ª Edición, Edit. Reppertor, Barcelona, 2006.

MONTALBÁN HUERTAS, I., *Perspectiva de Género: criterio de interpretación internacional y constitucional*, CGPJ, Madrid, 2004.

MONGE FERNÁNDEZ, A., “Reflexiones críticas sobre el delito de trata de seres humanos tras la reforma penal de 2015”, *Cuadernos de Política Criminal*, Número 121, I, Época II, 2017.

— “Aspectos concursales del delito de trata de seres humanos” en Santos Martín Ostos, J. D. L., *La tutela de la víctima de trata: una perspectiva penal, procesal e internacional*. Barcelona, J.M. Bosch Editor, 2019.

MORILLAS CUEVA, L., “De nuevo sobre la doble posición del dolo y de la imprudencia”, en (Coord.) Silva Sánchez, J.M., Queralt Jiménez, J.J., Corcoy Bidasolo, M., Castiñeira Palou, M.T., Mir Puig, S. (hom.), *Estudios de derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, 2017.

— *Sistema de Derecho penal. Parte general*, Dykinson, Edición actualizada 2021.

— “De la concreción conceptual y alcance del concurso de leyes penales” en *El Derecho Penal en el siglo XXI Liber amicorum* en honor al profesor José Miguel Zugaldía Espinar, Tirant lo Blanch, 2021,

— “Globalización y delincuencia organizada. Respuestas penales”, en (Dir.) Garrido Carrillo, F. J. (Coord.) Faggiani, V., *Respuesta institucional y normativa al crimen organizado. Perfiles estratégicos para una lucha eficaz*, Aranzadi, 2022.

MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., PATRÓ HERNÁNDEZ, R. M. Y AGUILAR CÁRCELES, M. M. (2014). *Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*. Madrid, Spain: Dykinson. Recuperado de <https://elibro.net/es/ereader/ual/56985?page=21>.

MOYA GUILLEM, C., “El bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos a la luz de la L.O. I/2015” en (Dir.) Pérez Álvarez, F., *Propuestas penales: nuevos retos y modernas tecnologías*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2016, p. 290

— “Aproximación crítica a la primera sentencia por tráfico de órganos (SAP de Barcelona 793/2016, de 13 de octubre)”, *Diario La Ley*, n. ° 8895, 2017.

—“Tendencias político-criminales frente a la trata de personas y sus consecuencias típicas*”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año LIV, núm. 160, 2021

MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M. *Derecho penal: Parte General*. 10ª Edición, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

— *Derecho penal Parte especial*, 20ª Edición, Tirant lo Blanch, 2015.

— *Derecho penal Parte especial*, 22ª Edición, Tirant lo Blanch, 2019.

MUÑOZ CUESTA, F. J., “Trata de seres humanos: aspectos más relevantes que configuran esta nueva figura criminal”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 4, 2011, p. 2.

MUÑOZ RUÍZ, J., “Elementos diferenciadores entre organización y grupo criminal”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, Nº. 22, 2020.

— *Respuesta jurídico-penal al crimen organizado*, Valencia, Edit. Tirant lo Blanch, 2021.

MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *Delitos contra la integridad moral*. Edit. Tirant lo Blanch, 1999.

NÚÑEZ BOLAÑOS, M., “El interés del menor y los supuestos de discriminación en la maternidad subrogada, entre la realidad jurídica y la ficción”, *Derecho Privado y Constitución*, Núm. 29, enero-diciembre, 2015.

NUÑO GÓMEZ, L. “Una nueva cláusula del Contrato Sexual: vientres de alquiler”, *Revista de filosofía moral y política*, n.º 55, 2016.

OLAIZOLA NOGALES, I., “A vueltas con la inmigración ilegal y el nuevo delito de trata de personas” en (Coord.) Gustavo Fernández Teruelo, J. *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, 2013.

OLARTE ENCABO, S., “La prostitución voluntaria: ¿una forma de esclavitud o de ejercicio de libertad personal, de trabajo y de empresa?” en (Coord.) Pérez Alonso, E. *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

OLMEDO CARDENETE, M., *La inducción como forma de participación accesorio*, 2.a ed., Perú: Pacífico Editores, 2016.

ORTS BERENGUER, E. y José L. González Cussac, L., *Introducción al derecho penal [Recurso electrónico]: parte general*, Universidad de Valencia, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

PALOMO DEL ARCO, A., “Criminalidad organizada y la inmigración ilegal”, *Cuadernos de derecho judicial*, n. ° 2, 2001.

PARDO MIRANDA, M. “¿Era necesario un tipo específico de coacciones para el delito de matrimonio forzado?: analizando el art. 172 bis del código penal”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, n. ° 20, 2019.

PASCUAL LAGUNAS, E., *Configuración jurídica de la dignidad humana en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Edit. J.M. Bosch Editor, 2009.

PECCIOLI, A., “Giro di vite” contro i trafficanti di esseri umani: le novità della legge sulla tratta di persone, in *dir. Pen. Proc.*, 2004.

PEREA GONZÁLEZ, A., “La prueba preconstituida en el delito de trata de seres humanos: el problema de la progresión procesal”, *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 2019.

PÉREZ ALONSO, E.J., “Los nuevos delitos contra la integridad moral en el Código Penal de 1995”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n. ° 2, 1999.

— “Bienes jurídicos protegidos” en (Dir.) De León Villalba, F. J. *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia 2003.

— *Tráfico de personas e inmigración clandestina (un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*, Tirant lo Blanch, 2008.

— “Las últimas reformas del Principio de Justicia Universal legalizadoras de la Jurisprudencia “creativa” del Tribunal Supremo Español”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 32, 2012.

— “La política europea en materia de trata de seres humanos”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, No. 16-18, 2013-2015.

— “Tratamiento jurídico-penal de las formas contemporáneas de esclavitud”, en *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud* en (Dir.) Pérez Alonso, E. *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

— “El bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos”, en (Dir.) Marín de Espinosa, E. B., *El derecho penal en el siglo XXI. Liber amicorum en honor al profesor José Miguel Zugaldía Espinar*, Tirant lo Blanch, 2021.

PÉREZ CEPEDA, A. I., “Algunas consideraciones político-criminales previas a la incriminación del tráfico de personas”, *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, n. ° 0, 2002.

— *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y Derecho penal. Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de integración social de los extranjeros*, Ed. Comares, Granada, 2004.

— “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (Art. 318 bis Reformado por LO 11/2004)” en (Coord.) Ruíz Rodríguez, L.M y Rodríguez Mesa, M.J *Inmigración y sistema penal: retos y desafíos para el siglo XXI*, Valencia, Edit. Tirant lo Blanch, 2006.

— “Las normas penales españolas: Cuestiones generales” en (Coord.) García Arán, M., *Trata de personas y explotación sexual*, Comares, Granada, 2006.

PÉREZ FERRER, F., *Análisis dogmático y político-criminal de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Dykinson, Madrid, 2006.

— “Sobre el delito de trata de seres humanos en el Código Penal español tras la reforma de la LO 1/2015, de 30 de marzo”, *Estudios jurídico penales y crimino-lógicos en homenaje al Prof. Lorenzo Morillas Cueva*, Suarez López, J.M. / Barquín Sanz, J. / Benítez Ortúzar, I. / Jiménez Díaz, M.J./Sáinz-Cantero Caparrós, J. E. (Coords.), Vol. 2, 2018.

— “Nuevos desafíos del delito de tráfico de órganos en el Ordenamiento jurídico-penal español tras la reforma de la LO 1/2019, de 20 de febrero”, *Cuadernos de política criminal*, núm. 132, Época II, 2020.

— “Luces y sombras sobre la aplicación práctica del Estatuto de la víctima del delito”, *Anales de derecho*, Vol. 38, Nº 1, 2020, p. 23.

PÉREZ MACHÍO, A. I., *El delito contra la integridad moral del art. 173.1 del vigente Código Penal. Aproximación a los elementos que lo definen*, Universidad del País Vasco. Servicio Editorial=Euskal Herriko Unibertsitatea. Argitarapen Zerbitzua, 2005.

POMARES CINTAS, E., “El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2011.

— “El delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 13-15, 2011.

— *El derecho penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

— “La prostitución, rehén permanente del discurso de la trata de personas”, *Revista del Laboratorio Iberoamericano para el Estudio Sociohistórico de las Sexualidades*, 2020.

PORTERIE P. Y ROMANO, A., Trata y Explotación Sexual: fronteras del delito. Un análisis desde la política criminal, *Revista Penal y Estado*, 2019.

POZUELO PÉREZ, L., “Tráfico de personas y explotación sexual” en (Coord.) Alcácer Guirao, R.; (Dir.) Rafael Cuerda Riezu, A. *La respuesta del derecho penal ante los nuevos retos: IX jornadas de profesores y estudiantes de derecho penal de las universidades de Madrid, celebradas en la Universidad Rey Juan Carlos los días 8, 9 y 10 de marzo de 2005*, 2006.

PUENTE ABA, L.M., “La protección frente al tráfico de órganos: su reflejo en el Código penal”, *Revista Derecho y proceso penal*, n. ° 26/2011.

QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español Parte especial*, Valencia, Edit. Tirant lo Blanch, 2015.

QUINTERO OLIVARES, G. (Coord.), *Curso de Derecho penal. Parte general*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1996.

— *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Edit. Aranzadi. Cizur Menor, 2005.

REBOLLO VARGAS, R., “El delito de tráfico ilegal de personas y la (in)competencia de la jurisdicción española en aguas internacionales”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm.11, 2009.

— “Normativa internacional y derecho comparado” en García Arán, M. (Coord.), *Trata de personas y explotación sexual*, Granada. Comares, 2006.

REQUEJO NAVEROS, M. T., “El delito de trata de seres humanos en el Código Penal español: Panorama general y compromisos internacionales de regulación” en (Coords.) Alcácer Guirao, R., Martín Lorenzo, M. y Valle Mariscal de Gante, M., *La trata de seres humanos: Persecución penal y protección de las víctimas*, Madrid, Edisofer, 2015.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, Dykinson, 2000.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I. “Trata de personas”, en Ortiz de Urbina Gimeno, Í. (Coord.) *Memento experto. Reforma penal*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid. 2010.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, S. “La trata de seres humanos para la explotación de actividades delictivas: nuevos retos a raíz de la reforma penal de 2015”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n. ° 42, 2016,

RODRÍGUEZ MESA, M. J., *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Edit. Tirant lo Blanch, 2001, pp. 17. Entre otros.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., “Ley de Extranjería y Derecho Penal”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n. °2, 2001.

ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Traducción de la 2da. Edición alemana y notas de Luzón-Peña, Díaz y García Conlledo y De Vicente Remesal. Edit. Civitas, Madrid, 1997.

— Derecho Penal. Parte General [Recurso electrónico] Tomo II. Cizur Menor, Navarra: Civitas, 2014.

RUEDA VALDIVIA, R. “La extranjera víctima de trata y su protección desde el Derecho español de extranjería: semejanzas y diferencias con el régimen de protección de la extranjera víctima de violencia de género” en Lara Aguado, A. (Dir.), *Nuevos retos en la Incito contra la trata de personas con fines de explotación sexual*, Cizur Menor: Aranzadi, 2012.

SÁINZ CANTERO, J.A., *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, Tomo I, Bosch, Barcelona, 1990.

SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Edit. Atelier, 2002.

— “Sobre la actual configuración de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en Carbonell Mateu, J. C., Del Rosal Blasco, B., Morillas Lueva, L., Orts Berenguer, E. y Quintanar Díez, M. (Coords.) *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Edit. Dykinson, Madrid, 2005.

SALCEDO BELTRÁN, M. C., “El trabajo doméstico en España: planteamientos y desafíos insoslayables frente a la «Esclavitud moderna»”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 55, 2020.

SÁNCHEZ COVISA, J. “El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis”, *Cuadernos de la Guardia Civil: Revista de seguridad pública*, Nº 52, 2016.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., “Tráfico y trata de personas a través de organizaciones criminales”, en Puente Aba, L.M. (Dir.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración*, Comares, Granada, 2008.

SÁNCHEZ LORENZO, S., *Integración de los extranjeros. Un análisis transversal desde Andalucía*, Edit. Atelier libros, 2009.

SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., “¿Por qué le llaman trata cuando quieren decir explotación?”, en Alcácer Guirao/Lorenzo Martín/Valle Mariscal De Gantes, *La trata de seres humanos: Persecución penal y protección de las víctimas*, Edit. Edisofer, Madrid, 2015.

SANTANA VEGA, D. M., “El nuevo delito de trata de seres humanos (LO 5/2010, 22-6)”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 104, Época II, 2011.

— “Título VII bis de la trata de seres humanos” en Corcoy Bidasolo, M. / Mir Puig, C. (Dir.) y Vera Sánchez, J.S. (Coord.) *Comentarios al Código penal*, Edit. Tirant lo Blanch, 2015.

SANZ MULAS, N., *Evolución de la política criminal y sus protagonistas: del totalitarismo de la raza al totalitarismo del dinero*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

SERRA CRISTÓBAL, R., LLORIA, y LÓPEZ GUERRA, L. M., *La trata sexual de mujeres. De la represión del delito a la tutela de la víctima*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 2007.

SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L., “Tráfico de órganos humanos y lesiones”, *Cuadernos de Política Criminal*, n. ° 107/2012, p. 108

SERRANO PIEDECASAS, J. R., “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en AA.VV., *El extranjero en el Derecho penal sustantivo y procesal (adaptado a la nueva ley orgánica 4/2000)*, *Manual de Formación Continua*, Edit. CGPJ, 1999, p. 385.

— “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros” en Laurenzo Copello, P. (Coord.), *Inmigración y derecho penal. Bases para un debate*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

SIMÓN YARZA, F., “Gestación subrogada y vientres de alquiler: reflexiones a la luz del derecho comparado y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 25, 2017.

TAMARIT SUMALLA, J., y GARCÍA ALBERO, R., “Artículo 156 bis”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 6ª Ed., Aranzadi, Pamplona, 2011.

TERRADILLOS BASOCO, J. “El derecho de la globalización: luces y sombras” en *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, Edit. Consejo General del Poder Judicial, Madrid. 1999.

— “Trata de seres humanos” en Álvarez García, F., J. /González Cussac, J. L. (Dir.) *Comentarios a la reforma de 2010*, Edit. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010.

— “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, Volumen I, Ed. Iustel, Madrid, 2011.

— AAVV “Trata de seres humanos: Art. 177 bis CP” en Manjón-Cabeza Olmeda, A., Ventura Püschel, A. (Coord.); Álvarez García, F. J. (Dir.), González Cussac, J. L. (Dir.), *Consideraciones a propósito del proyecto de ley de 2009 de modificación del Código*

Penal: (conclusiones del Seminario interuniversitario sobre la reforma del Código Penal celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid), Edit. Tirant lo Blanch, 2010.

— “El delito de inmigración ilegal y la trata de personas”, en Pérez Cepeda, A.I. (dir.), *El Proyecto de Reforma del Código Penal de 2013*, Salamanca, 2014, p. 152.

TORRES FERNÁNDEZ, M. E., *El Tráfico de Niños Para Su “Adopción” Ilegal: El Delito Del Artículo 221 Del Código Penal Español*, Madrid, Dykinson, 2003.

TORRES ROSELL, N., “Matrimonio forzado: aproximación fenomenológica y análisis de los procesos de incriminación”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV, 2015.

TRAPERO BARREALES, M.A., *Matrimonios ilegales y derecho penal. Bigamia, matrimonio inválido, matrimonio de conveniencia, matrimonio forzado y matrimonio precoz*, Valencia. Edit. Tirant lo Blanch, 2016.

VALVERDE CANO, A. B., “It’s all about control: el concepto de trabajos forzosos”, *Revista de derecho penal y criminología*, 3.ª Época, n.º 22, 2019

VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., en A.A.V.V., *Curso de Derecho Penal. Parte Especial*, 16ª ed., Dykinson, Madrid, 2011.

VILLACAMPA ESTIARTE, “Título XV bis. Delitos contra los Derechos de los Ciudadanos Extranjeros”, en Quintero Olivares, G.(Dir.), *Comentarios al nuevo Código penal*, Edit. Thomson-Aranzadi, 2005.

— “Trata de seres humanos y delincuencia organizada”, *InDret* 1/2012.

— “El delito de trata de personas: análisis del nuevo artículo 177 bis CP desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 14, 2010.

— “La nueva Directiva europea relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas ¿Cambio de rumbo de la política de la Unión en materia de trata de seres humanos?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 13-14, 2011.

— *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el derecho internacional*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2011.

— “Trata de seres humanos y delincuencia organizada. Conexión entre ambos fenómenos criminales y su plasmación jurídico-penal”, *Revista de Análisis para el Derecho*, 1/2012, 2012.

— “La moderna esclavitud y su relevancia jurídico-penal”, *Revista de derecho penal y criminología*, n. ° 10, 2013.

— “La trata de seres humanos tras la reforma del Código Penal de 2015”, *Diario La Ley*, n. ° 8554, 4 de junio de 2015, Edit. LA LEY. p. 7.

— “La trata de seres humanos”, en Quintero Olivares, G. (Dir.) / Morales Prats, F. (Coord.) / Tamarit Sumalla, J.M. / García Albero, R., *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo 1, Edit. Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2016.

— “El delito de trata de seres humanos en Derecho Penal español tras la reforma de 2015”, en *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, VVAA. (Pérez Alonso, E., dir.), Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

— “La trata de seres humanos: concepto y caracterización”, en Pérez Alonso, E. y Pomares Cintas, E. (Coords.), *La trata de seres humanos en el contexto penal iberoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

— “¿Es necesaria una ley integral contra la trata de seres humanos?”, *Revista General de Derecho Penal*, n. ° 33, 2020.

VILLACAMPA ESTIARTE, C. y TORRES ROSELL, N., “El matrimonio forzado en España. Una aproximación empírica”, *Revista Española de Investigación Criminológica*, 2019.

VILLACAMPA ESTIARTE, C., CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I. y GÓMEZ GUTIÉRREZ, M., *Introducción a la Victimología*, Iustel, Madrid, 2019.

WEBGRAFÍA

- ACCEM (2006), *La Trata de Personas con Fines de Explotación Laboral. Un estudio de aproximación a la realidad en España*, 2006, p. 40
- ACCEM (2017), *¿De qué se trata? Visibilizando otras finalidades de la trata de seres humanos*, 2017, pp. 39. Disponible en: <https://www.accem.es/wp-content/uploads/2018/04/Informe-DEQUESETRATA.pdf>
- ACCEM (2017), *La Trata de Personas con Fines de Explotación Laboral. Un estudio de aproximación a la realidad en España*, 2017. Disponible en: <https://www.accem.es/wp-content/uploads/2017/07/trata.pdf>
- ACCEM (2019), *La otra cara de la Trata, Informe diagnóstico sobre otras formas de trata que afectan a las mujeres*, 2019, p. 22. Disponible en: <https://www.accem.es/wp-content/uploads/2019/11/LA-OTRA-CARA-DE-LA-TRATA-NOVICOM-2019.pdf>
- Acuerdo Internacional para la Supresión de la Trata de Blancas, París, 18 de mayo de 1904. Disponible en: <https://www.derecho.unam.mx/cultura-juridica/pdf/onu-1.pdf>
- Anuario Estadístico sobre seguridad ciudadana (2019). Disponible en: <http://www.interior.gob.es/documents/642317/1204854/Anuario+Estad%C3%ADstico+del+Ministerio+del+Interior+2019/81537fe0-6aef-437a-8aac-81f1bf83af1a>
- APRAMP. (2020). APRAMP- Informe global Estado de Alarma, Explotación sexual de mujeres durante el Estado de Alarma por el COVID-19 (informe no publicado proporcionado por APRAMP). Madrid.
- *Asylum and Immigration (Treatment of Claimants, etc.) Act 2004*. Disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/19/contents>
- *Borders, Citizenship and Immigration Act 2009*. Disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2009/11/contents>
- Código Penal Alemán *Strafgesetzbuch*. (Alemania: República Federal de Alemania, 1998). Disponible en: <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/>

— Código Penal Francés. *Mise a jour legifrance a jour au 15 septembre 2003 dernier texte modificateur: loi 2003-495 du 12/06/03 (jo 13/06/03)*, con el concurso del Prof. Dr. José Luis de la Cuesta Arzamendi. disponible en: https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/1_20080616_45.pdf

— Código Penal Portugués. Decreto-Lei n. ° 48/95. *Diário da República* n.º 63/1995, *Série I-A* de 1995-03-15. Disponible en: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1995-34437675>

— COMISIÓN EUROPEA (2011). Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Bruselas, 18 de mayo de 2011. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011DC0274&from=>

— COMISIÓN EUROPEA (2018), Segundo informe sobre los progresos realizados en la lucha contra la trata de seres humanos con arreglo al artículo 20 de la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0777&from=EN>

— Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado (2008). La puesta en práctica y el funcionamiento del Convenio de la Haya de 1993 sobre Adopción Internacional, Guía n. ° 1 de buenas prácticas, 2008. Disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/6067c417-6748-4125-b6dc-28ed5dcefdd4.pdf>

— Conferencia Ministerial Mundial sobre la Delincuencia Transnacional Organizada, Celebrada en Nápoles del 21 al 23 de noviembre de 1994. *Revista de Relaciones Internacionales* Nro. 8. Disponible en: http://www.iri.edu.ar/revistas/revista_dvd/revistas/R8/R8DOC03.html

— CONSEJO DE EUROPA (2001). Decisión marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, 2001/220/JAI. Disponible en: <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/baa3e644-164a-444f-9006-1a50f10bddd4>

— CONSEJO DE EUROPA (2005), *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings*, 2005. Disponible en: <https://rm.coe.int/16800d3812>

— CONSEJO DE EUROPA (2005). Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005. Instrumento de ratificación BOE núm. 219, de 10 de septiembre de 2009 Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2009/09/10/pdfs/BOE-A-2009-14405.pdf>

— CONSEJO DE EUROPA (2011). 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. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2011/101/L00001-00011.pdf>

— CONSEJO DE EUROPA (2011). Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, Estambul, 11 de mayo de 2011. Disponible en: <https://rm.coe.int/1680462543>

— CONSEJO DE EUROPA (2012). *Surrogate motherhood: a violation of human rights, report presented at the council of europe, Strasbourg, on 26 april 2012*. Disponible en: <https://www.ieb-eib.org/ancien-site/pdf/surrogacy-motherhood-icjl.pdf>

— CONSEJO DE EUROPA (2012). Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2012.315.01.0057.01.SPA

— CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: Comisión de estudios e informes. *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-PoderJudicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-anteproyecto-de-Ley-Organica-por-el-que--semodifica-la-Ley-Organica-10-1995--de-23-de-noviembre--del-Codigo-Penal>

— Convención Internacional para la abolición de la gestación por sustitución de 9 de octubre de 2020. Disponible en: <http://abolition-ms.org/es/noticias/convencion-internacional-para-la-abolicion-de-la-gestacion-por-sustitucion/>

— Decreto Legislativo 4 marzo 2014, n. 24, *Attuazione della direttiva 2011/36/UE, relativa alla prevenzione e alla repressione della tratta di esseri umani e alla protezione delle vittime, che sustituisce la decisione quadro 2002/629/GAI*. Disponible en: <https://www.cepc.gob.es/biblioteca-y-documentacion/documentacion/base-de-datos-docex/disposiciones/decreto-legislativo-4-marzo-2014-n-24-attuazione-della-direttiva-201136ue-relativa-alla-prevenzione>

— Departamento de Estado de Estados Unidos, *Trafficking in Persons Report*, 2018. pp. 392 y ss. Disponible en: <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2019/01/282798.pdf>

— Diccionario de la Lengua Española. Disponible en: <https://dle.rae.es/captar>

— Directrices para la detección de víctimas de trata en Europa 2013. Disponible en: <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/otrasFormas/trata/detectarla/pdf/ManualDirectricesDeteccionTSH.pdf>

— EUROPOL (2016), Informe de situación *Trafficking in Human Beings in the EU*, febrero de 2016. Disponible en: <https://www.europol.europa.eu/publications-events/publications/trafficking-in-human-beings-in-eu>

— EUROPOL (2018), *Situation Report Trafficking in human beings in the EU* 2018. Disponible en: <https://www.europol.europa.eu/publications-documents/trafficking-in-human-beings-in-eu>

— EUROPOL (2021), *European Migrant Smuggling Centre. 5th annual report* 2021. Disponible en: https://www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/emsc_5th_annual_report.pdf

- EUROPAPRESS (2011), Disponible en: <https://www.europapress.es/sociedad/noticia-policia-nigeriana-rescata-32-adolescentes-embarazadas-clinica-supuestamente-dedicada-trafico-bebes-20110602114525.html>
- Estrategia Nacional para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer (2013-2016). Disponible en: <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/planActuacion/estrategiaNacional/docs/EstrategiaNacionalCastellano.pdf>
- Federación de Mujeres Progresistas (2018). Informe “NO ACEPTO” Estudio y visibilización de los matrimonios forzados en España, en el que participan entidades que atienden a las víctimas de trata de seres humanos, 2018, p. 10. Disponible en: <https://fmujeresprogresistas.org/wp-content/uploads/2018/03/NO-ACEPTO.-Aproximaci%C3%B3n-a-los-matrimonios-forzados-en-Espa%C3%B1a-INFORME.pdf>
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2002), Circular 1/2002, de 19 de febrero, sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del Fiscal en materia de extranjería. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-C-2002-00001.pdf
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2011). Circular 2/2011, de 2 de junio, de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales. Disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/CIR/CIR_02_2011.html
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2011), Circular 5/2011, sobre Criterios para la Unidad de Actuación Especializada del Ministerio Fiscal en Materia de Extranjería e Inmigración. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=fiscalia&id=FIS-C-2011-00005>
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2015), Memoria Elevada al Gobierno de S.M. 2015, C. V., disponible en https://www.fiscal.es/memorias/memoria2015/FISCALIA_SITE/recursos/pdf/MEMFIS15.pdf

- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2019), Memoria Elevada al Gobierno de S.M. 2019, C. V. Disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2019/FISCALIA_SITE/index.html
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2020), Memoria Elevada al Gobierno de S.M. 2020, C. V. Disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2020/FISCALIA_SITE/recursos/pdf/capitulo_III/cap_III_4_2.pdf
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2021), Memoria Elevada al Gobierno de S.M. 2021. Disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2021/FISCALIA_SITE/index.html
- FUNDACIÓN CRUZ BLANCA, Día Mundial contra la Trata de Personas, Disponible en: <https://www.fundacioncruzblanca.org/noticia/dia-mundial-contra-la-trata-de-personas>
- *Global data hub on human trafficking*, Disponible en: <https://www.ctdatacollaborative.org/>
- GRETA, *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Spain. First evaluation round, Strasbourg*, 2013. Disponible en: <http://www.phit.ub.edu/wp-content/uploads/2017/04/InformeGRETAEspa%C3%B1a.pdf>
- GRETA, *Report concerning the implementation of Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Spain. Second evaluation round, Strasbourg*, 201. Disponible en: <https://rm.coe.int/greta-2018-7-frg-esp-en/16808b51e0>
- GRETA (2020). *Group of Experts on Action against Trafficking in Human Beings Strasbourg* (GRETA), 2 April 2020. Disponible en: <https://rm.coe.int/greta-statement-covid19-en/16809e126a>
- Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre los progresos realizados en la lucha contra la trata de seres humanos (2016). Disponible en: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/ES/1-2016-267-ES-F1-1.PDF>

— Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo (2018), Segundo informe sobre los progresos realizados en la lucha contra la trata de seres humanos, con arreglo al artículo 20 de la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0777&from=EN>

— Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Convenio nº 197 del Consejo de Europa), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2009-14405

— *Legge* 11 agosto 2003, n. 228 *Misure contro la tratta di persone*. Disponible en: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2003/08/23/003G0248/sg>

— *Legge* 2 luglio 2010, n. 108 *Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani, fatta a Varsavia il 16 maggio 2005, nonche' norme di adeguamento dell'ordinamento interno*. (10G0131) Disponible en: <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2010-07-02:108>

— L.O. 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia («B.O.E.» 5 junio). Vigencia: 25 junio 2021. Disponible en: https://noticias.juridicas.com/base_datos/Laboral/699574-lo-8-2021-de-4-jun-proteccion-integral-a-la-infancia-y-la-adolescencia-frente.html#I428

— Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2014-2709>

— MILITELLO, V., *Traffico di migranti e tratta di esseri umani: studio comparato sull'implementazione degli strumenti dell'Unione Europea*. Disponible en: https://caterinachinnici.it/wp-content/uploads/2019/01/Traffico-e-Tratta_Rapporto-finale_Unipa.pdf

— MINISTERIO DE IGUALDAD (2019). Borrador del Proyecto de Ley Integral contra la trata de seres humanos y en particular con fines de explotación sexual

de 27 de septiembre de 2019. Disponible en: http://www.cimcett.es/docs/documents/27-09-19_12-09-44_borrador-ley-trata-version-9-noviembre-2018.pdf

— NACIONES UNIDAS (1910). Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Blancas, 1910, Sociedad de Naciones, Treaty Series, vol. VIII.

— NACIONES UNIDAS (1921). *International Convention for the Suppression of the Traffic in Women and Children*, Ginebra, 30 de septiembre de 1921. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/Convencion_Internacional_para_la_Preencion_de_la_Trata_de_Mujeres_y_Ninos.pdf

— NACIONES UNIDAS (1926). Convención sobre la esclavitud, Ginebra, 25 de septiembre de 1926. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/slaveryconvention.aspx>

— NACIONES UNIDAS (1933). Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres Mayores de Edad, 11 de octubre de 1.933. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/sp_cenve_inter_relat_repres_trat_muj_ma_y_edad.pdf

— NACIONES UNIDAS (1949). Asamblea General. Resolución 317 (IV), de 2 de diciembre de 1949. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/TrafficInPersons.aspx>

— NACIONES UNIDAS (1989). Artículo 34 de la Convención sobre los derechos del niño, 20 de noviembre de 1989.

— NACIONES UNIDAS (1994). Asamblea General. Resolución 49/159, de 23 de diciembre de 1994

— NACIONES UNIDAS (1998). Asamblea General. Resolución 53/111 de 9 de diciembre de 1998. Disponible en: https://www.unodc.org/pdf/crime/a_res_55/res5525s.pdf

— NACIONES UNIDAS (2000). Asamblea General. Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos, Resolución 55/25 de 15 de noviembre de 2000. Disponible en:

<https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>

— NACIONES UNIDAS (2002). Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos al Consejo Económico y Social sobre Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas. Disponible en: <https://undocs.org/es/E/2002/68/Add.1>

— NACIONES UNIDAS (2002). Guía Anotada del Protocolo Completo de la ONU contra la Trata de personas, *Global Rights, Paterners for Justice*, 2002, pp. 8-9, disponible en: http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos_download/trata_de_personas_29.pdf

— NACIONES UNIDAS (2004). Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Nueva York, 2004. Disponible en: <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>

— NACIONES UNIDAS (2010). Asamblea General de las Naciones Unidas. A/RES/64/293. Plan de Acción Mundial de las Naciones Unidas para combatir la trata de personas. Disponible en: https://www.iom.int/jahia/webdav/shared/shared/mainsite/policy_and_research/un/64/a-res-64-293_S.pdf

— NACIONES UNIDAS (2014). Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, 2014.

— Notas informativas y diligencias de seguimiento de la Fiscalía de Sala de Extranjería de 2016.

— OIM (2012), *Migrant Assistance. Annual Review 2012*, Ginebra, 2012. Disponible en www.iom.int

— OIM (2018), Informe sobre las migraciones en el mundo 2018. Disponible en: https://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr_2018_sp.pdf

— OIM (2019), *Migrants and their vulnerability to human trafficking, modern slavery and forced labor*, 2019. Disponible en: https://publications.iom.int/system/files/pdf/migrants_and_their_vulnerability.pdf

— OIT (1930), Convenio N.º 29 sobre Trabajo Forzoso, 1930. Entra en vigor el día 1 de mayo de 1932 de conformidad con su artículo 28 y se incorpora al ordenamiento español a través del BOE núm. 105, del 14 de abril de 1932. Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C029

— OIT (2005), Una alianza global contra el trabajo forzado. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo Informe del Director General, Ginebra, 2005. Disponible en: <https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc93/pdf/rep-i-b.pdf>

— OIT (2008), *Action against trafficking in humans beings, 2008, Ginebra, p. 3. / Minimum estimate of forced labour in the world*, Ginebra, 2005. Disponibles en: <http://www.ilo.org>

— OIT. Protocolo de 2014 relativo al Convenio sobre el trabajo forzado, 1930. Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:P029

— OIT, *Global Estimates of Modern Slavery: Forced Labour and Forced Marriage*, Ginebra, 2017. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_575479.pdf

— OSCE, *Policy responses to technology-facilitated trafficking in human beings: Analysis of current approaches and considerations for moving forward* de 15 de febrero de 2022, Disponible en: <https://www.osce.org/cthb/512170>

— PARLAMENTO EUROPEO. Informe de 13 de junio de 2016 sobre la lucha contra el tráfico de seres humanos en las relaciones exteriores de la UE (2015/2340(INI)). Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2016-0205_ES.html

- Plan Integral de Lucha contra la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual (2015-2018). Aprobado por Consejo de Ministros el 18 de septiembre de 2015. Disponible en: https://violenciagenero.igualdad.gob.es/otrasFormas/trata/normativaProtocolo/planIntegral/DOC/Plan_Trata_2.pdf

- Plan Estratégico Nacional contra la Trata y la Explotación de Seres Humanos 2021-2023. Disponible en: http://www.interior.gob.es/documents/10180/12745481/220112_Plan_nacional_TSH_PLUS_PENTRA_FINAL_2021_2023/3f5c859a-69ef-40f8-a0b6-2a2b316f853d

- Protocolo Marco de Protección de las Víctimas de Trata de Seres Humanos, adoptado mediante acuerdo de 28 de octubre de 2011. Disponible en: <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/en/otrasFormas/trata/normativaProtocolo/marco/docs/protocoloTrata.pdf>

- UK *Borders Act* 2007. Disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2007/30/contents>

- UNODC. Manual sobre la investigación del delito de trata de personas. Guía de autoaprendizaje. p. 9. Disponibles en: file:///E:/PUBLICACIONES%20UNODC/MANUAL%20DE%20AUTO_APRENDIZ_AJE.pdf

- UNODC (2009), *Global Report on Trafficking in Persons* 2009, Disponible en: https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Global_Report_on_TIP.pdf/

- UNODC (2010). Ley modelo contra la trata de personas, Nueva York, 2010. Disponible en: <https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/TIP-Model-Law-Spanish.pdf>

- UNODC (2012), *Global Report on Trafficking in Persons* 2012, Disponible en: https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Global_Report_on_TIP.pdf/

- UNODC (2014), *Global Report on Trafficking in Persons 2014*, Disponible en: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/GLOTIP_2014_full_report.pdf/
- UNODC. *Issue Paper: The Concept of 'Exploitation' in the Trafficking in Persons Protocol* (2015) Disponible en: https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/CrimenOrganizado/Explotacion_v2.pdf
- UNODC (2016), *Global Report on Trafficking in Persons 2016*, Disponible en https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2016_Global_Report_on_Trafficking_in_Persons.pdf/
- UNODC (2018), *Global Report on Trafficking in Persons 2018*: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2018/GLOTiP_2018_BOOK_web_small.pdf
- UNODC (2020), *Global Report on Trafficking in Persons 2020*. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tip/2021/GLOTiP_2020_15jan_web.pdf
- UNODC (2020). Impacto de la pandemia covid-19 en la trata de personas. Hallazgos preliminares y mensajes basados en un análisis rápido. Recuperado el 16 de septiembre de 2020, disponible en: https://www.unodc.org/documents/ropan/2020/Impacto_del_Covid_19_en_la_trata_de_personas.pdf
- UNODC (2020). Los efectos de la Pandemia de Covid-19 en la trata de personas y las respuestas a los desafíos, 2020, pp. 36 y ss. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Covid_and_TiP_-spanish.pdf
- UNODC (2021), *La trata de personas en el mundo, en datos y gráficos*, <https://www.epdata.es/datos/trata-personas-mundo-datos-graficos/427>
- *Sexual Offences Act* de 2003. Disponible en <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/contents>

ANEXO JURISPRUDENCIAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) núm. 2/1982 de 29 de enero de 1982 RTC 1982\2.
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 107/1984 de 23 de noviembre de 1984 RTC 1984\107.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 53/1985 de 11 de abril de 1985 RTC 1985\53.
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 231/1988 de 2 diciembre de 1988 RTC 1988\23.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Pleno) núm. 120/1990 de 27 junio RTC 1990\120.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Pleno) núm. 113/1995 de 6 de julio de 1995 RTC 1995\113.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) núm. 11/1998 de 13 de enero de 1998 RTC 1998\11.
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 124/1998 de 15 de junio de 1998 RTC 1998\124.
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 115/2000 de 5 de mayo de 2000 RTC 2000\115.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) núm. 225/2001 de 26 noviembre RTC 2001\225.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 2ª) núm. 221/2002 de 25 noviembre de 2002 RTC 2002\221.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 2ª) núm. 80/2005 de 4 abril de 2005 RTC 2005\80.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) núm. 220/2005 de 12 septiembre de 2005 RTC 2005\220.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Pleno) 53/2013 de 28 de febrero de 2013 RTC 2013\53.

- Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda) núm. 12/2019 de 28 enero de 2019 RTC 2019\12.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) núm. 56/2019 de 6 de mayo de 2019 RTC 2019\56.

TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Criminal) de 2 de febrero de 1980 RJ 1980\429.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) núm. 580/1981 de 3 de marzo de 1981 RJ 1981\1301.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Criminal) de 19 de junio de 1985 RJ 1985\3031.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 4 de febrero de 1988 RJ 1988\571.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 18 de enero de 1989 RJ 1989\44.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1407/1991 de 12 de abril de 1991 RJ 1991\2704.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 74/1998 de 26 de enero de 1998 RJ 1998\94.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 143/1998 de 5 de febrero de 1998 RJ 1998\424.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1176/1998 de 7 octubre de 1998 RJ 1998\8050.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 995/2000 de 30 de junio de 2000 RJ 2000\6081.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 1428/2000 de 23 de septiembre de 2000 RJ 2000\9509.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1456/2001 de 10 de julio de 2001 RJ 2002\3480.

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1588/2001 de 17 septiembre de 2001 RJ 2001\9014.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1095/2001 de 16 julio de 2001 RJ 2001\6498.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 2084/2001 de 13 de diciembre de 2001 RJ 2002\1991.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1216/2002 de 28 de junio de 2002 RJ 2002\7980.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1430/2002, de 24 de julio de 2002 RJ 2002\6357.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 867/2002 de 29 de julio de 2002.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1546/2002 de 23 de septiembre de 2002 RJ 2002\8996.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1583/2002 de 3 octubre de 2002 RJ 2002\9356.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 1504/2003 de 25 de febrero de 2003 RJ 2004\1843.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 1045/2003 de 18 de julio de 2003 RJ 2003\5460.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1036/2003 de 2 septiembre RJ 2004\459.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 438/2004 de 29 marzo de 2004 RJ 2004\3424.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 896/2004 de 6 de julio de 2004 RJ 2004\4185.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1367/2004 de 29 noviembre de 2004 RJ 2005\23.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) 321/2005 de 10 marzo de 2005 RJ 2005\4045.

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 372/2005 de 17 marzo de 2005 RJ 2005\7473.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 994/2005 30 de mayo de 2005 RJ 2005\6708.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 728/2005 de 9 de junio de 2005 RJ 2005\5311.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 968/2005 de 13 de julio de 2005 RJ 2005\5564.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 981/2005 de 18 julio de 2005 RJ 2005\7042.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1039/2005 de 22 de septiembre de 2005 RJ 2005\6833.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Pena) núm. 1059/2005, 28 de septiembre de 2005 RJ 2005\6957.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1425/2005 de 5 diciembre de 2005 RJ 2006\1878.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 1490/2005 de 12 diciembre RJ 2006\195.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 52/2006 de 19 enero RJ 2006\669.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 284/2006 de 6 de marzo de 2006 RJ 2006\1002.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 569/2006 de 19 de mayo de 2006 RJ 2006\3672.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 994/2005 de 22 diciembre de 2005 RJ 2006\1216.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 651/2006 de 5 de junio de 2006 RJ 2006\6296.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 1080/2006 de 2 de noviembre de 2006 RJ 2006\8143.

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 1087/2006 de 10 noviembre RJ 2007\3331.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 5/2007 de fecha 19 enero de 2007 RJ 2007\16.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 153/2007 de 28 de febrero de 2007 RJ 2007\954.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 302/2007, de 3 de abril de 2007 RJ 2007\2453.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 339/2007 de 30 de abril de 2007 RJ 2007\3860.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 380/2007 de 10 mayo. RJ 2007\3503.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 484/2007 de 29 de mayo de 2007 RJ 2007\4740.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 622/2007 de 31 de mayo RJ 2007\3567.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 526/2007 de 6 de junio de 2007 RJ 2007\3535.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 582/2007 de 21 de junio de 2007 RJ 2007\3330.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 618/2007 de 26 de junio RJ 2007\3730.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 770/2007 de 19 de septiembre de 2007 RJ 2007\5463.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 801/2007 de 28 septiembre de 2007 RJ 2007\7311.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 788/2007 de 8 de octubre RJ 2007\6293.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 823/2007 de 15 de octubre de 2007 RJ 2007\7084.

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 988/2007 de 20 noviembre RJ 2007\8273.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 1092/2007 de 27 de diciembre de 2007 RJ 2008\49.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 15/2008 de 16 de enero de 2008 RJ 2008\1399.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 1/2008 de 23 de enero de 2008 RJ 2008\43.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 350/2008 de 17 junio de 2008 RJ 2008\3375.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 445/2008 de 3 de julio de 2008 RJ 2008\4188.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 556/2008 de 17 de septiembre de 2008 RJ 2008\5488.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 914/2008 de 22 de diciembre de 2008 RJ 2009\1376.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 399/2009 de 11 abril de 2009 RJ 2009\4839.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 450/2009 de 22 de abril de 2009 RJ 2009\3072.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 1171/2009, de 10 de noviembre de 2009 RJ 2009\7880.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 477/2009 de 10 noviembre de 2009 RJ 2010\117.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 33/2010 de 3 de febrero de 2010 RJ 2010\3243.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 126/2010 de 15 de febrero de 2010 RJ 2010\2350.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 208/2010 de 18 de marzo de 2010 RJ 2010\2424.

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 326/2010, de 13 de abril de 2010 RJ 2010\5552.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 192/2011 de 18 de marzo de 2011 RJ 2011\2799.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 196/2011 de 23 marzo de 2011 RJ 2011\2905.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 293/2011 de 14 de abril de 2011 RJ 2011\3349.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 378/2011 de 17 de mayo de 2011 RJ 2011\3877.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 187/2012 de 20 de marzo de 2012 RJ 2012\5308.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 688/2012 de 27 de septiembre de 2012 RJ 2012\9456.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 788/2012 de 24 de octubre de 2012 RJ 2012\10173.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno), núm. 835/2013 de 6 febrero RJ 2014\833.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 469/2013 de 5 de junio de 2013 RJ 2013\7642.
- Auto Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 2172/2013 de 14 noviembre JUR 2013\367237.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 910/2013 de 3 de diciembre RJ 2014\485.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 17/2014 de 28 enero de 2014 RJ 2013\7718.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 53/2014 de 4 de febrero de 2014 RJ 2014\1851.
- Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 164/2014 de 13 de febrero de 2014 RJ 2014\1342.

- Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) auto de 8 mayo 2014 JUR 2014\164360.
- Sentencia del Tribunal supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 553/2014 de 30 de junio de 2014 RJ 2014\3524.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 23/2015 de 4 de febrero de 2015 RJ 2015\506.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 167/2015 de 24 de marzo de 2015 RJ 2015\1161.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 191/2015 de 9 de abril de 2015 RJ 2015\1185.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 298/2015 de 13 mayo de 2015 RJ 2015\1878.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 827/2015 de 15 diciembre de 2015 RJ 2015\6624.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 861/2015 de 20 diciembre de 2015 RJ 2015\6204.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 154/2016 de 29 febrero RJ 2016\600.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 597/2016 de 3 marzo de 2016 JUR 2016\90461.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 221/2016 de 16 marzo RJ 2016\824.
- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 270/2016 de 5 abril de 2016 de 2016 RJ 2016\3058.
- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 295/2016 de 8 abril de 2016 RJ 2016\1578.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 420/2016 de 18 mayo 2016 RJ 2016\2137.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 449/2016 de 25 mayo de 2016 RJ 2016\2153.

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 538/2016 de 17 de junio de 2016 RJ 2016\3332.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 657/2016 de 19 de julio de 2016 RJ 2016\3913.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 659/2016 de 19 julio de 2016 RJ 2016\3419.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 686/2016 de 26 julio de 2016 RJ 2016\4209.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) núm. 786/2016 de 20 octubre RJ 2016\4944.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 807/2016 de 27 octubre de 2016 RJ 2016\5173.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) núm. 715/2016 de 26 septiembre de 2016 RJ 2016\4831.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 1099/2016 de 21 de diciembre de 2016 RJ 2016\6323.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 167/2017 de 15 marzo de 2017 RJ 2017\1931.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 196/2017 de 24 marzo de 2017 RJ 2016\3332.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 214/2017 de 29 de marzo de 2017 RJ 2017\1936.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) núm. 247/2017 de 5 abril RJ 2017\1510.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) núm. 348/2017 de 17 mayo RJ 2017\3416.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) núm. 710/2017 de 27 octubre de 2017 RJ 2017\4697.
- Sentencia del Tribunal supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 15/2018 de 16 de enero de 2018 RJ 2018\84.

- Sentencia del Tribunal supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 132/2018 de 20 marzo RJ 2018\1629.
- Sentencia del Tribunal supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 144/2018 de 22 marzo RJ 2018\1365.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 400/2018 de 12 de septiembre de 2018 RJ 2018\4155.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 77/2019 de 12 febrero RJ 2019\568.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 396/2019 de 24 julio de 2019 RJ 2019\3253.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 554/2019 de 13 de noviembre de 2019 RJ 2019\4806.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 564/2019 de 19 de noviembre de 2019 RJ 2019\4838.
- Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 10 de diciembre de 2019 JUR 2020\16905.
- Sentencia del Tribunal Supremo 29/2020 de 4 de febrero de 2020 RJ 2020\168.
- Sentencia del Tribunal Supremo 39/2020 de 6 de febrero de 2020 RJ 2020\471.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 63/2020 de 20 de febrero de 2020 RJ 2020\5720.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 146/2020 de 14 de mayo de 2020 RJ 2020\5134.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 306/2020 de 12 junio de 2020 RJ 2020\5160.
- Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 15 de julio de 2020 JUR 2020\221495.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 393/2020 de 15 julio de 2020 RJ 2020\2512.

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 422/2020 de 23 julio de 2020 RJ 2020\2699.
- Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 664/2020 de 10 de septiembre de 2020 JUR 2020\284196.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 565/2020 de 30 octubre de 2020 RJ 2020\5279.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 136/2021 de 16 febrero de 2021 RJ 2021\725.
- Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 210/2021 de 9 de marzo de 2021 RJ 2021\1356.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 307/2021 de 9 abril de 2021 RJ 2021\1729.
- Sentencia del Tribunal Supremo 324/2021 de 21 de abril de 2021 RJ 2021\1776.
- Sentencia del Tribunal Supremo 375/2021 de 5 mayo de 2021 RJ 2021\2697.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 695/2021 de 15 septiembre de 2021 RJ 2021\4710.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 700/2021 de 16 septiembre de 2021 RJ 2021\4803.
- Sentencia del Tribunal Supremo 845/2021 de 4 noviembre de 2021 RJ 4134/2021.
- Auto del Tribunal Supremo núm. 232/2022 de 24 de febrero de 2022 JUR 2022\98244.

AUDIENCIA NACIONAL:

- Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 4ª) 1/2019 de 18 febrero de 2019 ARP 2019\439.

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y de Penal, Sección 1ª) núm. 123/2019 de 18 de octubre de 2019 ARP 2020\530.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares Cataluña (Sala de lo Civil y de Penal, Sección 1ª) núm. 26/2019 de 29 de octubre de 2019 JUR 2019\338580.
- Tribunal Superior de Justicia Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección1ª) auto núm. 8/2020 de 13 febrero JUR 2020\132107.
- Auto del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla núm. 35/2020 de 11 de junio 2020.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura (Sala de lo Civil y de Penal) núm. 52/2021 de 16 diciembre de 2021 JUR 2022\15100.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 7ª) núm. 10/2003 de 12 febrero JUR 2003\209138.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 4ª) núm. 120/2003 de 27 de octubre de 2003 JUR 2003\271925.
- Sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 7ª) núm. 15/2004 de 30 marzo de 2004 JUR 2004\121926.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería (Sección 1ª) núm. 162/2005 de 29 de junio de 2005 JUR 2005\224952.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 10/2008 de 8 de enero de 2008 ARP 2008\239.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección1ª) núm. 261/2014 de 12 junio. JUR 2014\228650.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 1ª) núm. 269/2014 de 7 julio de 2014 ARP 2015\918.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección3ª) núm. 333/2015 de 19 mayo de 2015 ARP 2015\1085.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca (Sección1ª) núm. 123/2015 de 14 julio de 2015 JUR 2015\215146.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida (Sección1ª) núm. 451/2015 de 1 diciembre de 2015 ARP 2016\387.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección2ª) núm. 321/2016 de 2 junio de 2016 JUR 2016\212598.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 7ª) núm. 793/2016 de 13 de octubre de 2016 ARP 2016\1192.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 1ª) 24/2017 de 8 febrero de 2017 JUR 2017\143995.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida (Sección1ª) núm. 310/2017 de 14 julio ARP 2017\1320.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 6ª) núm. 489/2017 de 27 noviembre de 2017 JUR 2018\134095.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 6ª) núm. 352/2018 de 17 octubre de 2018 ARP 2019\356.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 2ª) núm. 128/2019 de 4 abril de 2019 JUR 2019\234425.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 3ª) núm. 398/2019 de 31 julio de 2019 JUR 2019\268534.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección2ª) núm. 482/2019 de 7 octubre de 2019 JUR 2019\331067.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva (Sección 3ª) núm. 229/2019 de 20 de diciembre de 2019 ARP 2020\1277.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón (Sección2ª) núm. 19/2020 de 16 enero ARP 2020\469.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 2ª) núm. 29/2020 de 22 de enero de 2020 ARP 2020\521.
- Sentencia Audiencia Provincial de Cuenca (Sección1ª) núm. 3/2020 de 12 febrero de 2020 ARP 2020\956.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 3ª) núm. 159/2020 de 10 de junio de 2020 ARP 2020\1263.

- Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 3ª) núm. 183/2020 de 22 junio de 2020 ARP 2020\1507.
- Audiencia Provincial de Valencia (Sección 2ª) auto núm. 872/2020 de 30 septiembre JUR 2020\321368.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 1ª) núm. 245/2020 de 30 de octubre de 2020 ARP 2020\1655.
- Sentencia Audiencia Provincial de Murcia (Sección 2ª) núm. 413/2021 de 17 de diciembre de 2021 JUR 2022\72266.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 15ª) núm. 392/2021 de 23 de julio de 2021 ARP 2021\17.
- Audiencia provincial de Sevilla 494/2021 de 26 noviembre de 2021 JUR 2021\380564.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

- STEDH *van der Musselle* versus Bélgica núm. 8919/80, de 23 de noviembre de 1983.
- STEDH *Seguin* contra Francia núm. 42400/98, de 16 de abril de 2002.
- STEDH *Siliadin* vs Francia núm. 73316/01, de 26 de julio de 2005.
- STEDH *Campanelli y Paradiso* c. Italia núm. 25358/12, 24 de enero 2017.