

La trata de personas

BORJA MAPELLI CAFFARENA

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Sevilla

RESUMEN

Los delitos contra la trata de personas aparecen en nuestro código y en el derecho comparado con una redacción muy similar por la marcada influencia de las normas internacionales y, muy especialmente, del protocolo de Palermo. Desde una perspectiva política criminal merece ser criticado que los legisladores no hayan hecho ningún esfuerzo de concreción y diferenciación y abarquen un conjunto de conductas que merecen valoraciones jurídicas penales distintas por su distinta gravedad. Como consecuencia de ello las penas aplicables resultan frecuentemente desproporcionadas. La actual redacción fundamenta el injusto de estos delitos en un elemento objetivo, que consiste en la desubicación de la víctima gracias a lo cual queda en una situación de vulnerabilidad y dependencia y, de un elemento subjetivo, que exige que la transferencia se haga con fines de explotación. En el presente trabajo abordamos desde esta polaridad el estudio del tipo.

Palabras claves: *Trata de seres humanos. Protocolo de Palermo. Convenio de Varsovia. Prostitución. Migración ilegal.*

ABSTRACT

The human trafficking crimes appears in our Criminal Code as well as in the comparative law with a very similar redaction due to the strong influence made by the international laws and, specially, for the Protocol of Palermo. From a political criminal perspective it must be criticized the attitude of the law maker for its lack of an effort in order to concrete and to difference the divergent criminal conducts that differs in their severity. As a result of this action the penalties to apply become excessive. The current redaction underlies the crimes in an objective and subjective item. The first one is focus on the victim dislocation provoking a state of vulnerability and dependency. The second element requires making the transfer with the purpose of exploitation. In the current paper we work from this polarity the analysis of the penal figure.

Keywords: *Human trafficking. Protocol of Parlema. Agreement of Varsovie. Prostitution. Illegal migration.*

SUMARIO: 1. Introducción.–2. Normativa Internacional. a) Las normas dictadas por las Naciones Unidas. b) Las normas dictadas por la Unión Europea y el Consejo de Europa.–3. La trata de seres humanos en el Código Penal español. a) Evolución histórica. b) El tipo vigente de trata de seres humanos (art. 177 bis). i. El bien jurídico protegido. ii. Elementos típicos y circunstancias modificativas de la responsabilidad pena. a) Las relaciones concursales con otras infracciones afines. b) Aspectos penológicos. c) La excusa absolutoria para la víctima.–4. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito elabora en el año 2009 un informe demoledor sobre la trata de personas (1) en el mundo actual (2). El estudio era el primero que se hacía sobre 155 países, de forma que, aunque los responsables del mismo consideran que sigue siendo una visión parcial del problema, resulta ser el más elaborado de los que se conocen hasta la fecha. A pesar de la gravedad de los datos obtenidos en sus conclusiones también se reconoce que la intensa producción de recomendaciones de distinto tipo desde las Naciones Unidas permite afirmar que las cosas –aunque lentamente– están cambiando y que «*en un periodo de tiempo muy breve se han alcanzado progresos notables en la lucha contra un*

(1) Aunque el *nomen iuris* del delito que vamos a analizar en el presente trabajo es *trata de seres humanos*, hemos preferido denominarle *trata de personas*. Si bien la cuestión no pasa de ser meramente semántica, nos parece más adecuado en este contexto hablar de personas por dos razones: la primera porque seres humanos hace referencia a un animal que pertenece a la familia de los homo sapiens, mientras que persona es un sujeto de derechos y obligaciones (CASTÁN TOBEÑAS. *Derecho Civil, común y foral*. T. I. Vol. II. Madrid. 2007. P. 104), el único imaginable que puede ser sujeto pasivo del delito. En segundo lugar, frente a un delito en el que una persona se ve tratada «*como un animal*» [ALONSO ÁLAMO. *¿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. Núm. 19 (2007). *Passim*.] encuentra plena justificación destacar la cualidad de sujeto de derechos. Hemos señalado que es una cuestión semántica aunque, eventualmente, podría tener su importancia en aquellos casos en los que los autores deciden trasladar fetos vivos para extracción de órganos. El *nasciturus* es jurídicamente ser humano, pero no es persona (art. 29 CCi). Semejante supuesto no es trata y quedaría ya excluido por el propio nombre del delito.

(2) El referido informe está en parte inspirado en otro precedente realizado en el 2006.

delito que ha recibido un amplio reconocimiento como tal, hace muy poco tiempo».

El progreso se cifra en el hecho de que a finales de 2008 ya el 63 % de esos 155 países habían incorporado leyes específicas para prevenir y reprimir la trata de personas en todas sus manifestaciones de explotación de las mismas. El 54 % habían creado unidades policiales especializadas y en una proporción similar se había elaborado unos planes de acción nacional (3). No obstante, la actividad legiferante no se reparte por igual en las distintas regiones del planeta. A pesar de que gran parte de las personas transferidas proceden del continente africano, en la mayoría de los países de esta región aún no se ha promulgado ninguna legislación al respecto. Por el contrario, las sentencias condenatorias tan solo se produjeron en los países desarrollados.

Un aspecto interesante que ayuda a entender el mundo criminal que gira en torno a la trata es el de las proporciones de hombres y mujeres que se dedican a estas labores. A pesar de que en las organizaciones criminales es muy superior la presencia de hombres, sin embargo, en aquellas que se dedican a la trata de personas se aprecia un número considerable de mujeres. La conclusión se toma comparando en los países con más sentencias los porcentajes de mujeres condenadas por este delito en comparación con el resto de los delitos. Según el informe ello se debe a que mujeres que fueron originariamente víctimas de la trata terminan formando parte de las organizaciones dedicadas a transferir nuevas personas. Las organizaciones, continua el informe, son más complejas y asumen más responsabilidad y también beneficios en los países de destino, mientras que, en los países de origen de la persona transferida, puede no existir organización criminal, sino que directamente se captan las personas a través de familiares o allegados, que tienen un cierto prevalimiento sobre las mismas. El *modus operandi*, pues, consiste en contactar con la delincuencia local y dejar que ella se encargue de las labores de captación y envío de las personas transferidas, evitando, de esta manera, los riesgos. A esta conclusión llegan los responsables del informe tras comprobar que los delincuentes detenidos son de los países de origen y no extranjeros.

Un dato relevante para conocer esta delincuencia es el perfil personal de las víctimas. Los datos no resultan plenamente fiables en la medida que no hay acuerdo en los países estudiados respecto de qué debe entenderse por trata de personas. Pero hecha esa salvedad se

(3) La incorporación de estas leyes y estos medios ha dado lugar a que en menos de dos años en 97 países se había ya celebrado un juicio y en 73 había recaído una sentencia condenatoria; en 47 se habían dictado, al menos, diez sentencias y en 15 más de 50.

aprecia que la mayoría de las personas transferidas son mujeres adultas (66 %), seguidas de niñas (13 %), hombres (12 %) y menores (9 %). La mayor presencia de mujeres guarda relación con el dato de que las personas transferidas lo eran en el 70 % de las ocasiones para ejercer la prostitución.

Por último, señala el informe que como trata se debe reconocer, también, la transferencia de personas dentro del propio país, cuando, como modo de debilitarlas, se les desubica, si bien, en la mayoría de las ocasiones –y, además, las más graves–, se hace un tránsito de fronteras, aunque no necesariamente recorriendo largas distancias (4).

A pesar de que la mayoría de los informes sobre la trata de personas centran su atención en la explotación sexual, son igualmente preocupantes los datos procedentes de explotaciones con otros fines. De entre ellos, destaca el trabajo forzado que, conforme a la OIT (5), es un problema global, que se encuentra en casi todos los países del mundo. En la actualidad se contabilizan en torno a 12,3 millón de personas en trabajo forzoso. La mayoría de las víctimas son personas pobres en África, Asia, y América Latina, cuya vulnerabilidad se explota con fines de lucro. Sin embargo, más de 350.000 mujeres y hombres sufren también de trabajo forzoso en países industrializados, víctimas de trata para explotación laboral. Las bolsas de esclavitud en Asia y África son los mercados idóneos a donde acuden las organizaciones criminales para obtener personas transferibles.

2. NORMATIVA INTERNACIONAL

a) Las Normas dictadas por las Naciones Unidas

La primera Resolución de las Naciones Unidas relativa a la trata de personas es del año 1950 (6). En ella se aborda principalmente el

(4) «*Sorprendentemente, señala el informe, se descubrieron víctimas de Asia oriental en más de 20 países de distintas regiones del mundo, como Europa, América, el Oriente Medio, el Asia Central y África. Ello indica que la trata de personas del Asia oriental constituye un fenómeno aparte digno de un estudio pormenorizado. Otras corrientes a larga distancia incluyen traslado de víctimas de la trata de África a lugares en Europa y América del Norte; de América Latina a América del Norte y Europa; de Europa Central, Europa oriental y Asia central a Europa y al Oriente Medio; y del Asia meridional al Oriente Medio*».

(5) <http://www.ilo.org/sapfl/lang--es/index.htm>.

(6) Adoptada en Lake Success, NY, EIJ el 21 de marzo de 1950 con el nombre de Convención para la represión de la trata de personas y de explotación de la prostitución ajena. Sin embargo, la cuestión había sido objeto de interés desde 1904 en el

tema de la prostitución, comprometiendo a los Estados a castigar las conductas de concertación de dos personas para que una de ellas preste un servicio sexual a la otra o bien explotar a una persona en el ejercicio de la prostitución, con independencia de que medie su consentimiento en cualquiera de los dos supuestos, y la de mantener una casa dedicada a la prostitución o participar de cualquier otra forma en el favorecimiento de la misma (arts. 1 y 2). Se trata de un documento claramente alineado en una política criminal abolicionista de la prostitución que compromete a los Estados que lo aprueban a tomar medidas para derogar cualquier legislación que establezca registros o carnets de identificación de las personas que ejercen la prostitución. En esa época la trata se asociaba exclusivamente con el ejercicio de la prostitución (7).

No obstante, diseña una serie de medidas de carácter preventivo para dificultar los movimientos de personas entre países con fines de explotación sexual, sin llegar a plantear la persecución penal de quienes se dedican a la trata de personas. Entre estas medidas destaca la creación de un observatorio para estudiar el volumen y la evolución de la trata, los programas de prevención, como los de control de aeropuertos y estaciones o de las agencias de colocación y las campañas de publicidad en los puntos de transporte en los países de origen o la asistencia de las víctimas.

En las décadas siguientes las Naciones Unidas observan con preocupación el vertiginoso incremento de este fenómeno de la trata que no dudan en considerar más lucrativo que los de tráfico de drogas o de armas, con un volumen de negocios en la actualidad entre los cinco y los siete billones de dólares anuales, lo que lo convierte en «*un grave problema para la humanidad* (8)». Lo que hasta entonces había sido un negocio ilegal de determinadas regiones, pasa a convertirse en una industria que genera enormes beneficios y tiene dimensiones mundiales. Las organizaciones criminales internacionales se han terminado apoderando de él. Las *triadas* china, las *makuzas* japonesas, las mafias rusas o la *camorra* italiana se han dedicado a esta actividad obteniendo pingües beneficios y creando redes complejas más o

que se redacta el Acuerdo internacional del 18 de mayo de 1904 para la represión de la trata de blancas, modificado por el Protocolo aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 3 de diciembre de 1948.

(7) No obstante, otras formas de explotación ya venían siendo tratadas en distintos documentos, como es el caso de la esclavitud expresamente prohibida por la Declaración Universal de los Derechos Humanos y que mereció también un Convenio en el 1926, complementado, años después, en 1967.

(8) Resolución aprobada por la Asamblea General el 12 de agosto de 2010 (64/293).

menos legales que van desde la inmigración totalmente clandestina al uso de agencias de viajes especializadas en turismo sexual con personas de todo tipo, mujeres, hombres, menores, jóvenes o adultos. Lejos de lo que se pueda pensar el problema en la actualidad no es solo de determinadas zonas del mundo, sino que es de dimensiones mundiales. En ocasiones el volumen del tránsito y los problemas que conllevan han terminado convirtiéndose en una causa de tensiones entre los países.

Ante este panorama en la década de los noventa la Asamblea General de las Naciones Unidas decide crear un Comité *ad hoc* con el objetivo de estudiar el problema y de diseñar propuestas. En efecto, fue en el año 1994 cuando se toma esta decisión que es, sin duda, el momento en el que arrancan las nuevas políticas criminales que termina influyendo en las legislaciones penales de todos los países del mundo (9). El Comité desarrolla una actividad a nivel internacional muy destacada que termina dando sus frutos en el año 2000 en el que se convoca una reunión en Palermo que logra reunir representantes de 148 países. En dicha reunión se iban a suscribir importantes acuerdos, como la Convención contra la Delincuencia Transnacional Organizada y, en lo que al tema que nos ocupa se refiere, el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, como complementario a la Convención. Este documento, conocido comúnmente como el *Protocolo de Palermo*, fue firmado por ochenta de los países que asistieron a la referida reunión y se presenta como el primer instrumento jurídico universal para abordar el problema de la trata de personas. Sus aspectos más destacados son los siguientes:

1. El objetivo es triple, de una parte, prevenir y combatir la trata de personas y, en especial, de mujeres y niños; por otra proteger y ayudar a las víctimas y, por último, promover la cooperación entre los Estados.

2. Por primera vez se define la trata de personas como la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al abuso 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.

(9) No obstante, el Comité no se crea hasta la resolución 53/111 de la Asamblea general de 9 de diciembre de 1998 y se crea como comité especial intergubernamental de composición abierta.

3. De la anterior definición destacan dos aspectos novedosos en comparación con los textos internacionales precedentes. El primero de ellos es que se incluyen como responsables de la trata no solo a quienes actúan directamente sobre las víctimas, sino también a quienes operan financieramente favoreciendo su captación.

4. En segundo lugar, el Protocolo de Palermo incluye dentro de la trata, además de la explotación sexual –y no solo la relacionada con la prostitución–, la explotación laboral, la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.

5. Concurriendo cualquiera de las circunstancias anteriores el consentimiento de la víctima es irrelevante. De forma que pasan a considerarse víctimas todas aquellas personas que han sido transferidas. Incluso, tratándose de un menor de edad, sean cuales sean las circunstancias, se le considerará víctima de la trata de personas.

6. Se invita a los Estados que suscriben el documento a que tipifiquen expresamente el delito de trata conforme a la definición precedente. Además se debe castigar la tentativa, la participación y las organizaciones criminales dedicadas al tránsito de personas con fines de explotación.

7. Al capítulo de protección se le da una particular relevancia, contemplando diversas medidas que van desde la privacidad de las víctimas, hasta la asistencia médica, psicológica y material, esta última se traduce en el compromiso de suministrar alojamiento, legalización de su residencia permanente, formación laboral y empleo. En todo caso se atenderá al deseo de la víctima de ser repatriada, ofreciéndole recursos y seguridad.

8. También se proponen importantes medidas de prevención en los países de origen, que contempla ayudas económicas o de otro tipo a las poblaciones especialmente vulnerables, así como coordinación con las organizaciones no gubernamentales.

9. En el ámbito de la prevención se proponen medidas fronterizas de control, el control de los medios de transportes más empleados para la transferencia de personas, la denegación de visados para quienes se dediquen estas prácticas o el control de la documentación de fronteras.

La separación de la trata y de la prostitución fue un paso decisivo para mejorar la colaboración internacional en la lucha contra este delito ya que los países que tienen legalizada la prostitución se negaban a admitir que la misma fuese siempre un acto de explotación y, en consecuencia, no admitían que aquellos supuestos en los que media el consentimiento y se trata de una persona adulta debieran incluirse como supuestos de trata. Con independencia de este debate debemos

de considerar plausible que dentro de la trata se contemplen otras modalidades distintas a la prostitución, incluso, la expresión prostitución resulta en exceso estricta, por lo que, finalmente, se ha preferido sustituirla por explotación sexual.

Sin poder ignorar la relevancia que han tenido otros textos posteriores al Protocolo de Palermo, que entró en vigor en el año 2003, se puede afirmar que el mismo marca un momento de inflexión en la lucha internacional contra la trata (10). Las Naciones Unidas han desplegado desde entonces una intensa actividad en conferencias, asambleas y foros internacionales, han incentivado a los países para creen fondos financieros para luchar contra la desigualdad de oportunidades, como forma de prevenir la trata de personas y, en fin, nuevamente aprueba una Resolución de la Asamblea General en el 2011 con un Plan de Acción Mundial para combatir la trata de personas. Este último tiene como objetivos promover el cumplimiento de los acuerdos, ayudar a los Estados a reforzar sus compromisos políticos y jurídicos, promover la coordinación con la organizaciones no gubernamentales y promover un enfoque basado en los derechos humanos, lo que se traduce en programas integrados en los que se procura buscar un equilibrio eficiente entre las medidas de represión y las de protección y prevención.

b) Las normas dictadas por la Unión Europea y el Consejo de Europa

En el Tratado de la Unión Europea (TEU) firmado en Maastricht en 1992 se reconoce que los fines de la Unión no pueden alcanzarse si no se consideran temas de interés común las políticas de inmigración relativas a los nacionales de terceros países y la lucha contra la delin-

(10) Entre otros documentos más recientemente se han aprobado los siguientes: Resoluciones 61/180, de 20 de diciembre de 2006, 63/194, de 18 de diciembre de 2008, y 64/178, de 18 de diciembre de 2009, relativas a las medidas para mejorar la coordinación de la lucha contra la trata de personas, la resolución 61/144, de 19 de diciembre de 2006, relativa a la trata de mujeres y niñas, y la resolución 58/137, de 22 de diciembre de 2003, relativa al fortalecimiento de la cooperación internacional para prevenir y combatir la trata de personas y proteger a sus víctimas; decisión 2004/110 de la Comisión de Derechos Humanos, de 19 de abril de 2004/19, en la cual la Comisión nombró a un Relator Especial sobre la trata de personas; resolución 2006/27, de 27 de julio de 2006, relativa al fortalecimiento de la cooperación internacional para prevenir y combatir la trata de personas y proteger a sus víctimas, que se reforzó mediante la resolución 61/180 de la Asamblea General, relativa a las medidas para mejorar la coordinación de la lucha contra la trata de personas, se estableció el Grupo Interinstitucional de coordinación.

cuencia transnacional. A partir de ahí se aprueba la Acción Común 97/154/JAI del Consejo de Europa de 24 de febrero de 1997 relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de niños (11). Conforme a esta preocupación, en España, la Comisión de Política Social y Empleo del Congreso emite una Circular de 23 de junio de 1998 en la que se advierte de la necesidad de modificar el Código penal, para dar entrada a los delitos por medio de los cuales se protegen los emigrantes que son explotados.

La referida Acción Común resulta ser a la postre el instrumento de referencia base que incentiva una serie de reformas penales en distintos países, entre otros en el nuestro. Aporta una información muy relevante para los legisladores nacionales que va desde la definición del problema, hasta propuestas concretas de modificación legal. En cuanto a la definición de la expresión de trata de personas, por tal se entiende cualquier conducta que facilite la entrada, tránsito, residencia o salida del territorio de un Estado miembro, con fines lucrativos, para la explotación sexual o abusos sexuales. Por explotación sexual de adultos debe entenderse, según la Acción Común, al menos, la prostitución y tratándose de menores, además, cualquier actividad sexual ilícita o su utilización para actuaciones y material pornográficos, ya sea de producción, venta y distribución u otras formas de material de este tipo, aunque sea la mera posesión del mismo.

Se recomienda la tipificación penal frente a cualquier otro orden sancionatorio. Únicamente, en relación con las personas jurídicas se abre la opción de sanciones de naturaleza administrativa, pero, en todo caso, que aseguren la confiscación de bienes y el cierre temporal o definitivo. Desde este primer documento, la Unión Europea se inclina por las penas privativas de libertad, proporcionadas, pero disuasorias, es decir, graves y que aseguren las posibilidades de extradición entre los países miembros.

El Consejo Europeo de Tampere, en su reunión de los días 15 y 16 de octubre de 1999, se declaró 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 a la explotación económica de los inmigrantes. Si a ello se suman las iniciativas de Francia en relación con el problema de la inmigración ilegal, los programas de acción STOP y Daphne y otras medidas en el orden judicial (Red Judicial Europea e intercambio de magistrados de enlace), se comprende la decisión de exigir a los Estados miembros un mayor compromiso con

(11) Sobre este documento, *vid.* DÍEZ RIPOLLÉS, *Trata de seres humanos y explotación sexual de menores: exigencias de la Unión y Legislación española*. En *Política criminal y Derecho penal. Estudios*. Valencia. 2003.

los objetivos de la lucha contra la trata de personas mediante un nuevo instrumento del Título IV del Tratado.

Este mayor compromiso queda también reflejado en sucesivas reuniones de los Ministros de Asuntos Exteriores de los Estados miembros; en concreto, en las 112.^a (14 y 15 de mayo de 2003) y 113.^a (12 y 13 de mayo de 2004) Sesiones del Comité de Ministros se apela a una acción reforzada del Consejo de Europa en el ámbito de la trata de seres humanos. Por su parte, el Tratado de Niza (2001), modificó la redacción del artículo 29 que delimita la acción común entre los Estados miembros en favor de los órganos de la Unión, en la cooperación policial y judicial en materia penal y mediante la prevención y la lucha, incluyendo, entre otros delitos, el de la trata de seres humanos y los delitos contra los niños, dicha cooperación se concreta en una mayor colaboración entre las policías y las autoridades aduaneras, ya sea, directamente, o a través de la Oficina Europea de Policía (Europol), de conformidad con lo dispuesto en los artículos 30 y 32; también, en una mayor cooperación entre las autoridades judiciales y mediante la Unidad Europea de Cooperación Judicial (Eurojust), de conformidad con lo dispuesto en los artículos 31 y 32; y, por último, con la aproximación, cuando proceda, de las normas de los Estados miembros en materia penal, de conformidad con lo dispuesto en la letra e) del artículo 31.

La Decisión Marco JAI/629/2002, de 19 julio relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, que sustituye a la Acción Común en la medida que es más vinculante para los Estados, resulta también más eficaz, pero se centra esencialmente en los aspectos represivos. En su artículo 1 se obliga a cada Estado a poner en marcha las reformas legales necesarias para que queden debidamente criminalizadas aquellas conductas que, con el objetivo de la explotación laboral o para la prostitución –incluida la pornografía–, consisten en la captación, transporte, traslado, acogida, incluidos el intercambio o traspaso del control sobre ella, cuando se haya hecho con violencia o intimidación, con engaño, con abuso de autoridad o aprovechando una situación de vulnerabilidad de la víctima, de manera que se aproveche que la persona no tenga una alternativa real y aceptable que no sea la de someterse al abuso o, por último, se concedan o se reciban pagos o beneficios para conseguir el consentimiento. Esta definición se corresponde con la del Protocolo de Palermo dejando consolidado el criterio de que la trata abarca un abanico de explotaciones humanas que trasciende la prostitución.

De la definición que ofrece la Decisión Marco conviene destacar algunos elementos que fuerzan una modificación del artículo 318 bis 1

y 2 de nuestro Código Penal, que había entrado en vigor con la Reforma de 2000 (12). En primer lugar, se diferencian dos grupos de víctimas. Los mayores de dieciocho años, cuyo consentimiento, si no está viciado por una causa impuesta por el responsable de los hechos, es relevante y los menores de esa edad, frente a los que toda captura con los fines mencionados, constituye trata de personas. La trata no tiene necesariamente dimensión transnacional. Ni es necesario que la víctima sea extranjera, ni tampoco que se produzca un tránsito entre países. Las conductas que se deben castigar aparecen perfectamente descritas en el referido documento, quedando claro que todas ellas están acompañadas, además, de un plus comisivo mediante el cual se doblega la voluntad de la víctima adulta y de un elemento subjetivo, una finalidad trascendente que guía el comportamiento de los que practican la trata.

A tenor de la disposición europea la trata puede tener un doble objetivo, bien la explotación sexual –un concepto más amplio que la prostitución en el que expresamente se incluye la pornografía–, o bien, la explotación laboral, ya sea para trabajos o para la prestación de servicios.

Las legislaciones nacionales, señala la Decisión en su artículo 2, deben asegurar el castigo de los inductores, de los cómplices y de cualquier forma imperfecta de ejecución en relación con las conductas mencionadas. En términos similares a como lo hacía la Acción Común, la Decisión Marco, ahora, señala que las penas con que se castiguen estas conductas deberán ser efectivas, proporcionadas, disuasorias y de tal gravedad que aseguren la posibilidad de la extradición. Se exige a cada Estado que incorpore a su legislación nacional un conjunto de figuras agravadas, castigándolas con pena privativa de libertad máximas no inferiores a los ocho años, cuando concurren algunas de las siguientes circunstancias:

- Peligro grave para la vida de la víctima;
- Que estas resulten especialmente vulnerables –vulnerabilidad que debe reconocerse de forma generalizada cuando la edad está por debajo de la mayoría sexual y el delito se haya cometido con fines de explotación sexual–;
- Empleo de violencia grave o provocando graves lesiones;
- Que se cometa a través de una organización de delictiva.

Un importante paquete de exigencias va referida a las sanciones de las personas jurídicas relacionadas con estos hechos, de las que se

(12) LO 04/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.

excluyen los organismos públicos. A tenor de su artículo 4 las legislaciones nacionales asegurarán que las personas jurídicas puedan responder cuando las conductas referidas se han hecho en su beneficio por personas que actúan en su nombre o representación. La responsabilidad debe hacerse extensiva a aquellos supuestos en los que los hechos se cometen debido a la falta de vigilancia o control de la persona jurídica respecto de sus empleados. Como viene siendo habitual se evita expresamente que la extensión de la responsabilidad a las personas jurídicas juegue un efecto de pantalla protectora de las físicas, que ha actuado en su nombre, de manera que las sanciones de estas se impondrán con independencia de las de aquellas.

En relación con las sanciones previstas para las personas jurídicas se sugieren la excusión del disfrute de ventajas o ayudas económicas, la prohibición temporal o definitiva de actividades, el sometimiento a vigilancia o liquidación judicial y el cierre temporal o definitivo de los establecimientos utilizados para la comisión de los hechos.

Una vez que el Programa de Estocolmo –*Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano*–, adoptado por el Consejo Europeo el 12.2005, otorgó prioridad a la lucha contra la trata de seres humanos –como era de esperar–, a la Decisión Marco del 2002 han seguido una serie de disposiciones tendentes a concretar las medidas y lograr los compromisos de los Estados miembros. Así, por ejemplo, la Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes; el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos de 2005 que contiene un mecanismo de evaluación, compuesto por el Grupo de expertos en la lucha contra la trata de seres humanos (GRETA) y el Comité de las Partes; o la Directiva 2009/52/CE que dispone sanciones para los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular que, sin haber sido imputados o condenados por trata de seres humanos, hagan uso del trabajo o los servicios de una persona a sabiendas de que esta es víctima de dicha trata. Además, los Estados miembros deben estudiar la posibilidad de imponer sanciones a los usuarios de los servicios de una persona a sabiendas de que es víctima de la trata de seres humanos.

Finalmente, el Consejo de Europa en una reunión celebrada en Varsovia acuerda un Convenio en el 2005, ratificado por nuestro país en el 2009, que, probablemente, es uno de los documentos más elaborados hasta la fecha sobre las políticas que deben emplearse para la

lucha contra la trata. Dicho Convenio iba a inspirar la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, que sustituye la de 2002 (13).

El Convenio de Varsovia cristaliza la tendencia que se ha ido apreciando en toda la documentación precedente de combatir la trata desde una perspectiva más ambiciosa y compleja, en la que se incluye, tanto los distintos tipos de explotación que tiene como *modus operandi* común a todos ellos la debilitación de la víctima mediante su desubicación, como todo el *iter criminis* que comienza en el país de origen con la captación de víctimas y concluye con su explotación material. La ratificación por nuestro país del contenido del Convenio no solo dejaba el artículo 318 bis del Código penal completamente desenfocado (14), ya que mantenía asociada la actividad de la trata de perso-

(13) Conforme a las consideraciones de esta Directiva para su redacción se han tenido en cuenta los siguientes textos del Comité de Ministros a los Estados miembros del Consejo de Europa: Recomendación n.º R(91) 11 sobre la explotación sexual, la pornografía, la prostitución, así como la trata de niños y jóvenes; Recomendación n.º R (97) 13 sobre la intimidación de los testigos y los derechos de la defensa; Recomendación n.º R (2000) 11 sobre la lucha contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual; Recomendación Rec (2001) 16 sobre la protección de los niños de la explotación sexual; Recomendación Rec (2002) 5 sobre la protección de las mujeres contra la violencia. Por otra parte también se han tenido en cuenta los siguientes documentos de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa: Recomendación 1325 (1997) relativa a la trata de mujeres y a la prostitución forzada en los Estados miembros del Consejo de Europa; Recomendación 1450 (2000) sobre la violencia contra las mujeres en Europa; Recomendación 1545 (2002) campaña contra la trata de mujeres; Recomendación 1610 (2003) migraciones relacionadas con la trata de mujeres y la prostitución; Recomendación 1611 (2003) tráfico de órganos en Europa; Recomendación 1663 (2004) esclavitud doméstica; servidumbre, personas «*au pair*» y esposas compradas por correspondencia. Por último, se tiene en cuenta la Decisión marco del Consejo de la Unión Europea de 19 de julio de 2002 relativa a la lucha contra la trata de seres humanos; la Decisión marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001 relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal y la Directiva del Consejo de la Unión Europea de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competente.

(14) La Comisión Europea en su Informe de 6 de diciembre de 2006 [COM (2006) 770] crítica que nuestro Código aun no distinga con claridad entre «entre la trata de seres humanos y el tráfico ilícito de emigrantes. Las dos decisiones marco destinadas a combatir estas formas de delincuencia se basan en definiciones diferentes, lo que parece excluir la posibilidad de que las mismas disposiciones de Derecho penal puedan aplicarse a estas dos formas de delincuencia. Por lo tanto, surgen dudas en cuanto a la posibilidad de aplicar adecuadamente las disposiciones de la citada Decisión Marco del Consejo sin establecer distinción alguna entre la trata de seres humanos y el tráfico ilícito de emigrantes».

nas a la explotación sexual, sino que establecía las bases que iban a inspirar al legislador en la reforma introducida con la LO 5/2010 de 22 de junio, que representa, como veremos más adelante, un giro coperniquiano.

No obstante, mientras que se producía la adaptación de la legislación penal se aprueba en el 2008 un Plan Integral de lucha contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual que estaba previsto fuera completado con otro sobre trata para la explotación laboral. Los objetivos del mismo son «sensibilizar a la sociedad para promover reacciones de “tolerancia cero” contra los actos delictivos relacionados con la trata de seres humanos con fines de explotación sexual; combatir las causas de la trata a través de políticas activas de cooperación con los países de origen y mediante medidas preventivas en países de origen, tránsito y destino; desarrollar medidas desde una perspectiva integral, en los ámbitos judicial, social, educativo, policial, administrativo y de inmigración, con participación de las Organizaciones No Gubernamentales. Asegurar, como eje central, la asistencia y protección a las víctimas de la trata, garantizando la protección de sus derechos e intereses y luchar decididamente contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual y contra la activa intervención en el fenómeno de traficantes y proxenetas» (15).

El Plan Integral de nuestro país está en la línea de las propuestas integradas, en las que se contemplan numerosas disposiciones sobre todo de protección a las víctimas. Entre las que afectan a la actividad policial y de la justicia se pueden destacar: la protección de los datos identificativos de las víctimas en los atestados; mecanismos para proteger la intimidad de las víctimas en las vistas orales; medidas para facilitar los cambios efectivos de domicilio; mecanismos para facilitar la protección de familiares en el país origen; comunicaciones rápidas entre organizaciones policiales y la justicia. En relación con la asistencia de las víctimas se proponen las siguientes medidas: inclusión de las víctimas de trata con fines de explotación sexual entre los colectivos beneficiarios de los programas de formación para el empleo; la creación de centros de acogida con programas de atención integral específica (psicosocial, médico y legal); agilización y simplificación de los procedimientos administrativos para la concesión de autorizaciones de trabajo y residencia; la transposición de la Directiva 2004/81/CE; el reconocimiento de un período de reflexión de, al menos, treinta días, para que las víctimas puedan restablecerse y escapar a la influencia de los traficantes y/o decidir su colaboración con las autoridades adminis-

(15) Plan Integral de Lucha contra la trata de Seres Humanos con fines de explotación sexual, aprobado el 12 de diciembre de 2008 en el Consejo de Ministros,

trativas, policiales y judiciales y establecer una dotación económica que garantice la subsistencia de las víctimas durante el período de reflexión o su posible retorno al país de origen, si lo solicitan.

Gran parte de estas medidas están inspiradas en el Convenio de Varsovia, del cual nos vamos a limitar a entresacar los aspectos relativos a las propuestas de modificación de los Códigos penales de los distintos Estados, a lo que el Convenio dedica hasta nueve artículos (Cap. IV. *Derecho penal material*).

A tenor del artículo 4 debe entenderse por trata de personas «la contratación, el transporte, el traslado, el alojamiento o la acogida de personas mediante amenazas de recurrir a la fuerza, recurso a la fuerza o cualquier otra forma de obligación, mediante raptó, fraude, engaño, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad o mediante la oferta o la aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra con fines de explotación. La explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena o bien otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos».

La propuesta del Convenio gira el tipo en torno a dos elementos que son definitorios y que, a su vez, fundamentarían la responsabilidad penal. El primero de ellos es la translación de una persona de un lugar a otro, de manera que sin transferencia no hay trata, lo que no necesariamente quiere decir transferencia internacional. El sentido originario de la expresión trata, equivalente a comercialización, se ha perdido totalmente, de forma que ni siquiera es preciso que concurra el ánimo de lucro (16). El segundo pilar sobre el que se construye esta definición es la explotación de terceras personas, en cualquiera de sus formas. Como mínimo se señalan algunos ejemplos, meramente ilustrativos, traídos de la información empírica por ser más frecuentes, pero no solo no se excluyen, sino que expresamente se abre la definición a otros modos de explotación. Para alcanzar el máximo consenso se limita la explotación de la prostitución a los casos en los que es para terceras personas –ajena– y no para uno mismo. Esta precisión permite que el acuerdo sea compatible con la legalización de la prostitución.

Más allá de la tipificación, que se propone, se añaden directivas sobre el resto de los presupuestos de punibilidad. Estas son:

(16) Conforme al Diccionario de la RAE explotar es utilizar a otra persona en provecho propio de modo abusivo.

- Solo se contempla la responsabilidad penal cuando la conducta es dolosa. La exclusión de la responsabilidad imprudente no siempre va a estar justificada político criminalmente, pero, menos aún, cuando la imprudencia se cometa por el funcionario o la autoridad que faltando a los deberes de vigilancia y control de su competencia propicia el tránsito de personas contra su voluntad.

- Se propone que la responsabilidad penal alcance también a quienes emplean los servicios de las víctimas de la trata de personas, sea cual sea la explotación en la que se produzca, teniendo conocimiento de esa circunstancia.

- Asimismo debe ser objeto de sanción penal las conductas tendientes a ofrecer una documentación –fabricar, utilizar o sustraer documentación– falsa para posibilitar el pase de fronteras de las personas transferidas.

- La responsabilidad penal debe abarcar igualmente a todas las formas de complicidad y también las formas imperfectas de ejecución de cualquiera de las modalidades delictivas que se proponen.

- Se adoptarán las medidas necesarias para hacer extensiva la responsabilidad a las personas jurídicas cuando la persona física actúe en su nombre, bien individualmente, bien como miembro de un órgano colegiado con poder de dirección dentro de la persona jurídica, bien sea actuando en representación, por poderes o con competencias de control en su seno. Asimismo se asegurará la responsabilidad penal de la persona jurídica cuando los delitos fueron cometidos aprovechando la falta de control por parte de la persona física. La responsabilidad de la persona jurídica no supondrá ningún obstáculo para el castigo de la persona física.

- Como circunstancias agravantes tanto para la figura delictiva del artículo 18, como la del artículo 20, se proponen las siguientes: puesta en peligro de la vida, deliberadamente o por negligencia grave; que la víctima sea menor de edad; que haya sido cometida por un agente público en el ejercicio de sus funciones y, por último, que haya sido cometida dentro del marco de una organización delictiva.

- Por lo que se refiere a los aspectos penológicos se propone una pena proporcional, eficaz y disuasoria, que, en el caso de la comisión de las figuras básicas del tipo de la trata (art. 18), debe ser pena privativa de libertad que lleve aparejada la extradición. Para las personas jurídicas también se proponen medidas de las mismas cualidades y se menciona específicamente la sanción pecuniaria.

- En lo referente al comiso y las sanciones accesorias se menciona el cierre definitivo de los establecimientos y la confiscación de los instrumentos y los productos de las infracciones o de los bienes cuyo

valor corresponda a dichos productos. Asimismo, se evitará que la persona responsable pueda seguir ejerciendo la actividad en el seno de la cual pudo cometer el delito de trata.

- También deberá agravar la responsabilidad penal el que el imputado tenga otras causas penales similares en otros países.

- Por último, las propuestas de Derecho penal material se cierran indicando que la legislación debe prever la exención de penas para quienes se han dedicado a la trata de forma obligada, lo que parece una referencia a las personas del entorno a la víctima que se han podido ver coaccionadas a colaborar por terceras personas u organizaciones criminales.

Sobre lo que acabamos de señalar la Directiva 2011/36/UE propone, por una parte, que el consentimiento sea siempre irrelevante en los casos de menores y, por otra, que la pena de prisión que se imponga a los autores –no especifica nada al respecto para los cómplices o en los casos de tentativa– sea de una duración máxima de cinco años y, de diez cuando concurren las circunstancias agravantes mencionadas anteriormente, a la que se añade, ahora, que la víctima sea vulnerable o que se empleara violencia grave o se le causaran a la víctima daños particularmente graves.

3. LA TRATA DE PERSONAS EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

a) **Evolución histórica**

La regulación de la trata de personas en nuestro país dista mucho de ser clara, al menos, hasta la última Reforma 5/2010. La causa o responsabilidad de esta confusión se reparten, por parte iguales, entre la vertiginosa sucesión de políticas criminales para abordar el problema y, por otra, la falta de atención de nuestro legislador, que, arrastrado por una suerte de pereza, ha ido parcheando el texto legal y sobreponiendo reforma tras reforma sin abordar de forma integrada toda la problemática. Lo uno y lo otro ha ocasionado multitud de problemas concursales y, a veces, injustificadas lagunas de punición y, otras, excesos punitivos.

La inmigración en sí misma no ha sido tratada como delito hasta épocas muy recientes, de manera que la trata de personas solo era objeto de interés cuando estaba relacionada con la prostitución. Fiel a la primigenia idea de la *trata de blancas* nuestros códigos, hasta muy

recientemente, han practicado una «*discriminación positiva*» a favor de la mujer nacional frente al resto.

El grupo de delitos relativos a la prostitución ha ido configurándose a lo largo de los sucesivos códigos en función de la propia idea que se tenía sobre esta práctica. Así el Código penal de 1870, coincidiendo con una política de máxima permisividad, tan solo castigaba la prostitución como una modalidad dentro de la corrupción de los menores (17). La jurisprudencia de la época se encargaba de aclarar que lo que pena esta figura «*no es prostituir o corromper, sino el promover o facilitar la prostitución o corrupción*» (SSTS 29/3/1887 y 18/10/1894). Más allá de esto la práctica de la prostitución, en coherencia con las políticas reglamentistas hegemónicas en aquella época, solo era objeto de protección penal en la medida que pudiera poner en peligro la seguridad sanitaria (18). La preocupación por el tráfico de personas con fines de explotación sexual no adquiría, al menos, en nuestro país una dimensión lo suficientemente notoria como para que el legislador penal le prestara atención. Fue con el Código de 1928 con el que se inicia a nivel del Derecho penal una preocupación por la dimensión internacional de la explotación sexual; si bien, no en el sentido en el que hoy preocupa, sino, en el inverso, es decir, castigándose, por una parte, a quienes cooperan o protegen públicamente la prostitución de una o varias personas dentro o fuera de España, participando de los beneficios (art. 608.1) y, de otra, a quienes mediante promesas o pactos inducen a personas comprendidas entre los 18 y los 23 años a dedicarse a la prostitución «*tanto en territorio español, como para conducirles con el mismo fin al extranjero*» (art. 609.2). El Código republicano de 1932 en relación con esta última figura se limita a reducir la edad del sujeto pasivo, haciéndola coincidir con la minoría de edad. Y el Código de 1944 vuelve a modificar exclusivamente la edad del sujeto pasivo, elevándola a 21 años. Como ya hemos señalado, en uno y otro caso se hace coincidir los tipos penales con el sentido original de la expresión «*trata de blancas*», es decir, con la inducción de mujeres nacionales u occidentales a ejercer la prostitución en países extranjeros.

Curiosamente el cambio de política criminal frente a la prostitución, es decir, el paso de un modelo permisivo a otro abolicionista, iba

(17) El artículo 459 castigaba «*al que habitualmente o con abuso de autoridad o confianza, promoviere o facilitare la prostitución o corrupción de menores de edad para satisfacer los deseos de otro*».

(18) El CP de 1822 podemos catalogarlo como una excepción temprana ya que contemplaba determinados delitos relacionados con la prostitución dentro de los delitos contra la buena costumbre, dentro, a su vez, de los delitos contra la sociedad.

a estar directamente motivado por la preocupación que suscitó la *trata de blanca* a comienzos del siglo xx. En concreto fueron propiciados dichos cambios, inicialmente, por sucesivos Convenios internacionales firmados en París en 1902, 1904 y 1910, primero, referidos a menores, pero, con posterioridad, extendido a todas las personas a partir del Acuerdo de Ginebra de 11 de octubre de 1933 (19).

En España queda abolida la prostitución mediante un DL de 3 de marzo de 1956 (20) y, a raíz del mismo, el Código incorpora nuevas figuras delictivas.

Bajo estas nuevas directrices sobre la prostitución, nuestro país, siguiendo las indicaciones de los Convenios Internacionales de 2 de diciembre de 1949 y de 21 de marzo de 1950, aborda la primera de las reformas del Código, en 1963. La misma crea un nuevo Capítulo dentro del Título IX, el Capítulo VII bajo la rúbrica de «*delitos relativos a la prostitución*». La propia denominación pone de relieve que los cambios no son radicales y que no se castiga la prostitución, en sí misma considerada, sino ciertas conductas relacionadas con ella. El castigo de conductas en las que no media lucro y la propia referencia en algunos de sus tipos a la corrupción iban, inevitablemente, a traer consigo un rico debate doctrinal sobre el bien jurídico protegido y sobre los elementos configuradores de la prostitución. El nuevo artículo 452 bis a) castigaría a quienes cooperen o protejan la prostitución de una o varias personas, dentro o fuera de España, «*o su recluta para la misma*».

Así habría de quedar redactado el delito durante todo el periodo de la transición política. Ni las reformas de finales de los setenta ni la Parcial y Urgente de 1983 le iban a afectar (21). Había, pues, que esperar a la entrada en vigor del nuevo Código de 1995, con el que se inaugura una política criminal empeñada en concebir todos los delitos relacionados con la sexualidad como delitos contra la libertad sexual.

(19) Dicho Acuerdo fue reformado por el Protocolo de Lake Success de 14 de mayo de 1947. Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*. 2.^a edic. Madrid. 1966, p. 828.

(20) En un alarde de síntesis, JIMÉNEZ ASENJO (*Abolicionismo y prostitución*, Madrid. Reus. 1963, p. 356), glosador del DL abolicionista resume los fundamentos de esta posición en las siguientes cuatro bases: degradación de la mujer hasta hacerla delincuente; escuela de perversión e injuria; relajamiento de las costumbres y destrucción del hogar y, finalmente, propagación de enfermedades venéreas y destrucción de la raza.

(21) Desde luego que no faltaron voces en la ciencia penal española que denunciara que tras una pretendida protección de las mujeres que ejercían la prostitución se escondía una defensa de determinados cánones morales. Por todos, GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho Penal*. 1990, pp. 83 ss.

Este nuevo planteamiento, reacción lógica a tantos y tantos modelos penales precedentes de protección de determinados códigos morales, iba a incidir de una forma particular en los delitos relativos a la prostitución y, especialmente, en la trata de seres humanos con fines de explotación sexual, en los que el consentimiento de la víctima pasa a tener una importancia relativa.

Por esta razón el Código de 1995, bajo el epígrafe general de delitos contra la libertad sexual, no iba a contemplar ninguna figura relacionada con la trata de personas y, además, en la nueva redacción de los delitos relativos a la prostitución se destaca el interés por alejar cualquier pretensión criminalizadora de la prostitución, de manera que si no quedaba patente alguna forma de constreñimiento de la voluntad del sujeto pasivo la conducta resultaba penalmente irrelevante. En este escenario normativo, solo a través de los delitos que castigan el tráfico ilegal de mano de obra (art. 312.1) o de promoción o favorecimiento de cualquier tipo de inmigración clandestina de trabajadores (art. 313.1) se podía castigar aquellos comportamientos (22). Pero para ello había que salvar el difícil obstáculo de equiparar, al menos, a efectos penales la prostitución como una forma de trabajo y la mujer que la ejerce, como el trabajador que lo desarrolla. El ambiente político social propenso a las ideas abolicionistas iba conseguir arrastrar a la jurisprudencia en esa equiparación.

La preocupación por el emergente problema de la inmigración ilegal conduce a un concepto penal de trabajador que va más allá del que establece el artículo 1.1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores. «La inmigración voluntaria, señala la STS 2.^a 30.05.03, aun cuando sea voluntaria, coloca en situación de vulnerabilidad o riesgo a la persona que se traslada y establece en país que no es el suyo, por lo que las conductas que la promueven están poniendo en peligro los bienes jurídicos más relevantes de estas personas y perjudicando los derechos de los que el ciudadano extranjero podría llegar a disfrutar en caso de que su entrada en el Estado Español se hubiese realizado en condiciones de legalidad».

Sin duda que esta capacidad de receptividad de los delitos contra los derechos de los trabajadores para criminalizar los supuestos de inmigración ilegal con fines de explotación sexual iba a terminar influenciando en la última de las reformas que trae a esta sede dichos comportamientos.

La descriminalización de aquellos comportamientos favorecedores de la inmigración para la explotación sexual cuando se contaba

(22) En ocasiones, era posible apreciar los elementos de la estafa o de las detenciones ilegales (STS 26.11.1999)

con la voluntad de la persona no estuvo ajeno a consideraciones críticas (23). De manera que la Reforma de 1999 (24) introduce una referencia expresa a «quienes, directa o indirectamente, favorezcan 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» (art. 188. 2 CP). En este aspecto la reforma aportaba poco, ya que el medio comisivo coincide con el del párrafo anterior en el que se tipifica con carácter general la determinación a ejercer la prostitución de terceras personas. Y si respecto de esta modalidad comisiva hay plena coincidencia que se requiere atentar contra la voluntad del sujeto pasivo, inevitablemente, debemos llegar a la misma conclusión respecto del favorecimiento de la inmigración ilegal con estos fines. El fundamento del injusto sigue siendo el atentado a la libertad al no contarse con un consentimiento válido de la persona emigrada. El hecho de la inmigración parece no tener relevancia a efectos de agravar el injusto en contra de lo que ya por entonces se venía proponiendo por distintos textos internacionales (25).

Pero en el año 2000 se iba a introducir otra reforma que afectaba directamente a la trata de personas. Por vez primera se incluye un Título, el XV Bis, con un solo artículo (art. 318 bis) cuyo epígrafe era «*Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*» (26). Se tipifica las conductas que consisten en promover, favorecer o facilitar el tráfico ilegal de personas, desde, en tránsito o con destino a España, aunque se recogen diferentes circunstancias agravantes –aún vigentes–, no se hace mención alguna a las razones de la transferencia de

(23) DÍEZ RIPOLLÉS, *Trata de seres humanos y explotación sexual de menores. Exigencias de la Unión y legislación española*: Revista penal, núm. 2, 1998, pp. 21 y 22. No obstante, para este autor los problemas de impunidad no derivaban de la no criminalización de estas conductas en si misma lesivas de intereses que merecieran ser protegidos, sino porque constituyen la antesala de posteriores atentados a la libertad sexual una vez que los inmigrantes ya se encuentran en nuestro territorio y no pueden escapar de sus captores.

(24) Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal. Esta reforma introdujo dentro de los delitos relativos a la prostitución los comportamientos relacionados con la corrupción de menores diferenciando unos y otros delitos en el propio epígrafe del Capítulo.

(25) *Vid.* Por todos la Recomendación 1325 (1997) del Consejo de Europa sobre el tráfico de mujeres y la prostitución forzada en los Estados miembros del Consejo de Europa.

(26) Además la Disposición final 1.^a Incrementa la pena del artículo 312. 1 y modifica los artículos 515, 517 y 518 para incluir la referencia dentro de las organizaciones delictivas de aquellas que persiguen el tráfico de personas.

personas y, mucho menos, a si son traídas para ser sexualmente explotadas. Para esta época ya era conocido el Protocolo de Palermo, que, como hemos tenido ocasión de ver, disocia el tráfico de personas de la explotación sexual. Así que, en los supuestos de trata, se presentaban en paralelo dos infracciones, la una, en la sede de los delitos relativos a la prostitución (art. 188. 2), que, como hemos visto, castigaba la transferencia de personas con fines de explotación sexual y, la otra, el recién incorporado artículo 318 bis que, en defensa de los extranjeros, sancionaba la entrada ilícita en nuestro país. La duda era si aplicar un concurso de leyes, conforme al artículo 8, o un concurso de delitos. Doctrina y jurisprudencia parecían inclinadas a esta segunda solución que hacia considerablemente más graves las penas, con el argumento de que son bienes distintos los que se lesionan con el cruce ilegal de las fronteras y los de la trata con el objetivo de explotación sexual (27).

Sin embargo, la polémica, por un lado, y la necesidad –según reza la Exposición de Motivos– de alcanzar la armonización con Europa, por otro, hicieron que en el 2003 (28) se añadiera al artículo 318 bis un nuevo párrafo que, lejos de lograr la armonización y de despejar las dudas, venía a complicar aún más las cosas, ya que vuelve a asociarse la inmigración ilegal con la explotación sexual, sin modificar el artículo 188. 2, con el que entra en un evidente solapamiento y, por otra parte, las indicaciones tanto europeas como mundiales iban precisamente, en sentido opuesto, es decir, a ver la trata como algo independiente de dicha explotación sexual. No era tanto que no se cumplieran las indicaciones internacionales, como que se cumplieran por partida doble (29).

(27) Vid. por todos MAQUEDA ABREU, *El tráfico sexual de personas*. Valencia. 2001, pp. 76 ss.

(28) LO 11/2003 de 29 de septiembre, de medidas concretas de seguridad ciudadana, violencia doméstica o integración social de los extranjeros.

(29) Por esta razón no nos debe de extrañar que en el Informe de la Comisión al Consejo y el Parlamento Europeo COMO (2006) 187 de 1 de enero de 2006 se incluye nuestro país entre los que han cumplido con las indicaciones de la Decisión Marco a fin de aproximar las legislaciones de los Estados miembros. Además, el Ministerio del Interior anuncia la puesta en marcha de un programa por cuatro años (2006-2009) con un coste de 20 millones de euros al que se van a dedicar un dispositivo de doscientos policías para la lucha contra la trata de mujeres y niños. El Programa es interministerial y se coordina con los Ministerios de Justicia, Exteriores, Trabajo y Asuntos Sociales. Se centra en cinco áreas: 1) Prevención y sensibilización; 2) Educación y formación; 3) Asistencia y protección; 4) Medidas legislativas y procedimentales cuyo objetivo es homogeneizar y sistematizar las intervenciones policiales buscando estrategias que acerquen la imagen del policía a las víctimas de estos delitos; 5) Coordinación y cooperación.

La decisión del legislador de trasladar los delitos de trata del ámbito de los delitos contra la libertad sexual al de los delitos contra los derechos de los extranjeros no estaba en sintonía con el Protocolo de Palermo ni con los acuerdos internacionales, ni tampoco podía explicarse que una reforma que nace con vocación de cumplir con el objetivo de armonización europea circunscriba las inmigraciones «con tránsito o destino a España», así que era previsible un nuevo cambio, que iba a llegar dosificado, primero, en el 2007 y, posteriormente, en el 2010. La Reforma del 2007 (30) se inscribe en un momento de especial preocupación por la presión inmigratoria ilegal, de forma que, además de integrar el artículo 318 bis en Europa, omitiendo la mención al tránsito o destino a España, se modifica el artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para extender la competencia de nuestros tribunales en virtud del principio de protección de intereses a los delitos de tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores.

Por su parte, la Reforma de 2010 (31) puede considerarse que responde casi textualmente a las recomendaciones internacionales y, más concretamente, a las indicaciones de Convenio de Varsovia de 2005. Por lo que se refiere al vapuleado artículo 318 bis se elimina del mismo la referencia a la explotación sexual, quedando tipificadas las conductas que «directa o indirectamente, promuevan, favorezca o faciliten el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea», de esta manera se asocia, ahora, con toda claridad a la protección de los controles estatales de los flujos migratorios (32).

Pero sin ningún género de dudas lo más destacable de la Reforma de 2010 es la creación de un Título específico con el epígrafe «*De la trata de seres humanos*» (33), que no hace sino refrendar la importancia que tanto las instituciones nacionales como internacionales le dan al grave problema de la trata de personas. En muchos de sus pasajes el largo texto del artículo 177 bis, con once apartados, casi transcribe literalmente el texto del Convenio de Varsovia.

(30) LO 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas.

(31) LO 5/2010 de 22 de junio.

(32) CUGAT MAURI, *La trata de seres humanos: la universalización del tráfico de personas y su disociación de las conductas infractoras de la política migratoria, artículo 177 bis, 313, 318 y 318 bis CP*. En QUINTERO OLIVARES (Dir.) *La reforma penal de 2010. Análisis y comentarios*. Pamplona. 2010, pp. 159 ss.

(33) Sobre la oportunidad semántica de este epígrafe véase la nota 1.

b) El tipo vigente de trata de seres humanos (art. 177 bis)

i. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

A la común importancia exegética que se le asigna al bien jurídico protegido, hay que sumar en esta ocasión la necesidad de determinarlo para poder resolver de una forma coherente los complejos problemas concursales que se plantean con figuras afines. No debe extrañarnos, pues, el interés que el tema ha suscitado en la doctrina, la cual junto con las instituciones internacionales se inclina mayoritariamente por considerar que el bien jurídico protegido con esta figura es la dignidad (34). Para De Vicente Martínez por razones de contenido y también sistemática, en la medida que el legislador ha traído la trata después de los delitos contra la integridad moral y antes de los delitos contra la libertad y la seguridad (35). En los mismos términos se expresa Queralt Jiménez porque las víctimas resultan cosificadas y, por tanto, se «*les priva de la más leve brizna de humanidad*» (36) y, también, participa de la misma opinión, Terradillos Basoco (37) y Benítez Ortuzar que, no obstante, identifica, en este caso, la dignidad con su integridad moral, de forma que no le hubiera parecido mal que se ubicara dentro de los delitos contra la misma (38).

No les falta, sin embargo, razón a quienes, como Cerezo Mir (39) conciben la dignidad no como un bien jurídico, sino como un principio material de justicia para valorar la legitimidad de la norma jurídica, o, como Gracia Martín para quien la dignidad humana «*es un atributo totalizador, una síntesis de la totalidad de dimensiones físicas y espirituales específicas de la persona humana*», y, como tal,

(34) Así, por todos, La Decisión Marco del Consejo de Europa de 19 de julio de 2002 relativa a la lucha contra la trata de seres humanos señala que «*la trata de seres humanos constituye una grave violación de los derechos fundamentales de la persona y 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 coacción*».

(35) De VICENTE MARTÍNEZ, en Gómez Tomillo (Dir.) *Comentarios al Código Penal*. 2.^a edic. Valladolid. 2011, p. 707. En idéntico sentido, MUÑOZ CUESTA. *Trata de seres humanos: aspectos más relevantes que configuran esta nueva figura criminal*. Revista Aranzadi Doctrinal núm. 4/2011 (Tribuna), p. 2.

(36) QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal español. Parte especial*. 6.^a edic. 2010, p. 183.

(37) TERRADILLOS BASOCO, *Trata de seres humanos. Comentario a la Reforma del Código Penal de 2010*. Valencia. 2010, p. 15.

(38) BENÍTEZ ORTUZAR, en Morillas Cuevas (Coord.) *Sistema de Derecho penal español. Parte especial*. Madrid. 2011, p. 227.

(39) CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, I, 6.^a ed. Madrid, 2004, p. 20.

presenta un grado de inconcreción que no puede cumplir correctamente esos fines exegéticos que se esperan del bien jurídico. La dignidad humana se encuentra en la base de todos los bienes jurídicos personales porque en todos ellos la persona sufre injustamente el menoscabo de sus derechos.

En un esfuerzo por positivizar su contenido Alonso Álamo propone su comprensión «como el interés inherente a toda persona, por el mero hecho de serlo, a ser tratada como tal y no como una cosa, a no ser humillada, degradada, envilecida, cosificada, no es una manifestación encubierta de la moral sexual dominante ni cabe ver en su invocación un retorno encubierto a la honestidad.» (40) A pesar de todo, esta propuesta sigue presentando una grave carencia de concreción y, lo que nos parece más objetable, no se compadece con la redacción actual del artículo 177 bis. El tipo de delito de trata, tal como ha quedado en su última redacción, adolece del efecto de acumulación criminal en la que se incluyen las conductas más graves, que probablemente, han inspirado la redacción, como aquellas otras que merecen un reproche más liviano. Hay tal heterogeneidad de conductas tipificadas que la pena puede resultar en ocasiones, desmedida. Delito de trata lo cometen, actualmente, los jefes de las organizaciones criminales que, tras un largo viaje de condiciones durísimas, traen a las carreteras en las afueras de cualquier ciudad de España a ejercer la prostitución a mujeres jóvenes procedentes de los campos de refugiados somalíes, que viven en condiciones infrahumanas, huyendo de los señores de la guerra, con amenazas para su vida, y las mantienen encerradas en pisos clandestinos, con jornadas de trabajo de diez y doce horas, someténdola periódicamente a violencias, vejaciones y agresiones sexuales, y para asegurar que no se fuguen o denuncien su situación las violan y las dejan embarazadas y una vez tenido su hijo se lo secuestran como garantía hasta que logren saldar su deuda y, finalmente, les retribuyen sus servicios con poco más que una deficitaria alimentación; pero, también lo es, engañar a un joven que sufre unas graves circunstancias económicas en su familia y que vive desempleado en una zona de España, particularmente castigada por la crisis económica, y trasladarlo a otro sitio para emplearlo en labores de servidumbre sin respetar las condiciones de seguridad e higiene, y ofreciéndole un salario por debajo del establecido por la legislación. Sin ningún género de dudas, el primer caso atenta gravemente con los valores esenciales del ser humano, aunque podrían ser detallados en derechos concretos, pero, no, el segundo. A ello hay que añadir, además, que, expresa-

(40) ALONSO ÁLAMO, *op. cit.* p. 3.

mente, se acude a la regla concursal para castigar las explotaciones materiales, de manera que el artículo 177 bis o, se concibe como un delito de peligro –y, no lo es–, o deberemos encontrar otros argumentos para fundamentar el injusto.

El núcleo básico de la trata de seres humanos se ha visto reducido por distintas circunstancias a una conducta que consiste en trasladar a una persona, anulando su voluntad, a otro lugar para someterlo a una explotación, sin que tengan que concurrir más aditamentos agravantes (41). La circunstancia de que el Código se detenga en describir conductas fraccionadas no contradice la opinión que mantenemos en el texto ya que todas ellas tienen el mismo objetivo de alcanzar el traslado y solo son relevantes, en la medida que sus ejecutores saben y quieren lograr esa transferencia de la víctima. Lo que hace particularmente abyecta la conducta de este delito, no es el traslado, porque de ser así ni siquiera hubiera sido preciso tipificar la trata que ya se hubiera podido castigar por coacciones, amenazas o detenciones y, además, la pena resultaría insoportablemente, desproporcionada. Nos encontramos ante una figura en donde lo subjetivo, la motivación adquiere una particular relevancia para el injusto. No obstante, si no hubiera traslado forzado no habría trata, luego el traslado debe suministrar las claves para concretar el bien jurídico. El traslado no se hace para poner a los sujetos pasivos en otros lugares, sin más, sino para cumplir con un encargo o acuerdo previo que consiste en buscar determinados grupos de personas, que responde a un perfil concreto en función del negocio, para ser explotados de diversas maneras. Los responsables del traslado saben dónde llevan a sus víctimas, aunque sean otros quienes se lucren directamente de la explotación. Tanto los responsables del traslado, como los responsables de la explotación, individualmente o como organizaciones criminales, emplean medios operativos diseñados para debilitar a la víctima como sujeto de derecho, modifican su status jurídico fundamental, situándola en un mundo extraño y hostil. En esas circunstancias se genera una relación monopólica de dependencia de sus transportadores/explotadores, la mantienen amenazada o le limitan sus movimientos, bien encerrándola, bien quitándole su hijo, bien retirándole la documentación. En correspondencia con la gravedad del delito y las penas que tiene asignadas se estarían lesionando los derechos comprendidos en la Sección 1.^a del Capítulo II de nuestra Constitución y este conjunto de derechos constituyen el bien jurídico protegido. Aunque se trata de una pluralidad

(41) MARAVER GÓMEZ, *La trata de seres humanos*, en Díaz-Maroto y Villarejo (Dtor.) *Estudios sobre las Reformas del Código Penal, operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*. Pamplona. 2011, pp. 311-334, p. 318.

diversa de derechos fundamentales son concretables en cada caso en función de la naturaleza del traslado, de las circunstancias del sometimiento y del tipo de explotación al que se somete. Allá donde haya una trata, conforme a lo que tipifica el Código, habrá, cuando menos, una lesión a la libertad ambulatoria y un peligro para otros bienes jurídicos en función de la naturaleza del traslado. En correspondencia a los dos ejes sobre los que gira el injusto podemos hablar también de un delito pluriofensivo; siempre se verá comprometida la libertad y a ello habrá que sumar la lesión o puesta en peligro de otros bienes jurídicos determinado por las condiciones del traslado. Pero el elemento subjetivo trascendente del objetivo del traslado añade como bien jurídico la puesta en peligro de los derechos de la víctima afectados por la explotación. El traslado de una persona, sin su consentimiento para ser sometida a la explotación hace el mismo particularmente abyecto. En el artículo 177.1 se reprocha transferir de su hábitat a una persona para ponerlo en mano de unos explotadores. Es irrelevante que finalmente la persona no haya podido ser entregada a sus explotadores.

Conforme con lo anterior estamos en presencia de un bien jurídico eminentemente personal por lo que no se puede compartir la opinión de quienes entiende protegido un derecho colectivo de los extranjeros. Los derechos de los extranjeros son reconocidos por la ley como derechos de la persona. Semejantes propuestas terminan debilitando sin justificación alguna la protección penal de este grupo de personas. Tantas víctimas como hayan sido transferidas, concurriendo los elementos típicos, tantos delitos de trata se habrán cometido.

ii. ELEMENTOS TÍPICOS Y CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

I. De la lectura del artículo 177 bis se saca una impresión de que el tipo pretende abarcar comportamiento tan dispares que no son fáciles de reconducir a una sola figura. Ya tuvimos ocasión de comprobarlo en el análisis del bien jurídico, reconocer como hace unánimemente la doctrina que solo acudiendo pluralmente a derechos constitucionales se puede alcanzar cierta concreción pone de relieve que esos mismos problemas se van a reproducir a la hora de intentar concretar los elementos típicos. Las garantías de seguridad jurídica y de proporcionalidad se debilitan y esto provoca en los tribunales un efecto contrafáctica que limita desafortunadamente la persecución penal de estos delitos. Este riesgo se incrementa por las durísimas penas a las que se puede llegar debido al juego de los concursos.

II. El delito de trata de personas ha sido concebido por nuestro legislador como un delito de emprendimiento, en el que las conductas

de tentativa e, incluso, preparatorias, como es la labor de captación de la víctima, son equiparadas a efectos penales, estableciéndose entre ellas una relación de alternatividad. Es indiferente que los sujetos realicen una, varias o todas ellas, responderán solo por un delito. Se describe toda la cadena de conductas imaginables desde la captación hasta el alojamiento en el viaje y en el destino, pasando por el transporte, el traslado (42) y la recepción. Si tenemos en cuenta que también se castigan los actos preparatorios de conspiración, provocación y proposición, podemos concluir que estamos en presencia de una figura delictiva con un extraordinario adelantamiento de las barreras de punición (43). A pesar de todo, la constelación de conductas que colaboran gravemente en la trata de personas es muy variada y la descripción casuística no es lo más recomendable para evitar lagunas de impunidad. En esta ocasión hubiera estado, pues, justificado acudir a descripciones más generales, como se hace, por ejemplo, en relación con el tráfico de drogas, empleando verbos resultativos, como *favorecer*, *promover* o *facilitar*.

Nos encontramos ante unos hechos que pueden resultar largos en el tiempo y complejos geográficamente porque la víctima recorre a veces muchos países y las previsiones del plan criminal pueden cambiar sustancialmente por vicisitudes inopinadas. El plan del autor o autores principales puede verse interrumpido, modificado, sustituido o reiniciado en varias ocasiones; pueden incluso sucederse diferentes organizaciones criminales, de manera que solo pueden tener relevancia penal aquellas conductas en las que se aprecia el dolo de trasladar, sin consentimiento, y hacerlo para que sea explotada la víctima. Pero, incluso, no debe descartarse el riesgo de que la propia legislación produzca una doble criminalización de las víctimas –paradójicamente, las personas en favor de quienes se persiguen estas conductas–. A veces en el desarrollo del plan criminal hay personas que participan por conmiseración con las víctimas, porque la vuelta atrás o no es posible o es peor, dándole cobijo o aliviando su traslado o transporte. Quizás no corresponde al legislador prever estas situaciones, sino a los operadores del Derecho, encargados de su aplicación.

Es un delito de resultado porque cada una de las conductas presenta sus resultados parciales, que se enmarcan dentro de un resultado

(42) Aunque la mención al *transporte* y al *traslado* como conductas independientes puede entenderse una reiteración innecesaria, también es posible que los redactores hayan querido referirse con la expresión *transporte* a proveer los recursos para el mismo sin llegar a participar en él, mientras que el *traslado*, implicaría que el autor se encarga personalmente de hacerlo.

(43) De la misma opinión DE VICENTE MARTÍNEZ (*op. cit.* p. 704).

general de traslación del sujeto pasivo, por lo que es imaginable la tentativa en relación con cada una de ellas (44). El sujeto puede, por ejemplo, desplegar una labor ejecutiva de captación sin obtener resultados o puede preparar el transporte sin que finalmente, se lleve a cabo. La explotación no es resultado de este delito, sino la erradicación (45). Aquí radica uno de los cambios introducido con la creación de esta nueva figura delictiva. Cuando se aplicaba a los supuestos de trata el artículo 318 bis.2 –hoy derogado– la jurisprudencia entendía que solo se consumaba cuando se materializaba el abuso sexual (STS 2/11/2006) (46).

El medio comisivo se encuentra descrito en el tipo de forma que solo habrá delito si se logra la trata mediante violencia, intimidación, engaño o abuso de una situación de prevalimiento, debida a una relación de superioridad, de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima. Estos medios violentos no tienen que darse respecto de cada una de las conductas típicas, pero sí en aquella que determinó que la víctima fuera transferida en condiciones de ilegalidad. También es posible que, en la dinámica del traslado, se convirtiera en trata, lo que inicialmente, no lo fue. No se menciona los supuestos en los que se llega a un acuerdo económico con la propia víctima sin que se den situaciones particularmente graves de necesidad. No se trata de un olvido sino que el legislador no ha querido que este delito pudiera ser empleado para luchar contra aquellas personas adultas que ejercen la prostitución y, en consecuencia, niega la validez de consentimiento respecto de los mayores de edad, solo cuando concurre algunos de los mencionados medios comisivos (art. 177 bis. 3) (47).

De la relación de medios típicos que sirven para captar a la víctima e introducirla en la red que la va a desubicar y poner al servicio de las

(44) De la misma opinión, QUERALT JIMÉNEZ (*op. cit.* p. 186). Lo considera de mera actividad, MARAVER GÓMEZ. *Op. cit.* p. 324.

(45) En este sentido, para BENÍTEZ ORTUZAR (*op. cit.* p. 228) nos encontramos ante un delito de consumación anticipada o de resultado cortado al no exigirse que se materialice la explotación.

(46) QUERALT JIMÉNEZ, (*op. cit.* p. 186).

(47) En el Manual para la lucha contra la trata de personas (Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, 2007, p. 19) se señala que «cuando una persona está plenamente informada de una línea de conducta que podría en otras circunstancias constituir explotación y trata según el Protocolo y pese a ello da su consentimiento, el delito de trata no se produce...». ... «Si el consentimiento se mantiene no existe delito de trata, incluso si la persona en cuestión ha consentido en realizar actividades que son ilegales en el Estado de destino como la prostitución o el tráfico de drogas». En el mismo sentido la Directiva 2011/36/UE señala que «habida cuenta de la jurisprudencia pertinente, la validez del posible consentimiento para llevar a cabo tal trabajo o servicio debe evaluarse en cada caso.»

organizaciones o personas encargadas de su explotación llama la atención el abuso «*de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima*». El texto reproduce el recogido en el Protocolo de Palermo y presenta una dificultad interpretativa que no se da cuando se trata de valorar un acto de violencia o intimidación, en donde se cuenta con un presupuesto fáctico tangible y con la negación de la voluntad del sujeto pasivo. En este caso, nos encontramos ante la dificultad de valorar las situaciones de necesidad, vulnerabilidad o dependencia en grupos o culturas completamente ajenas a las nuestras. Ponderar el grado de intensidad de estas relaciones verticales se nos antoja una labor compleja y, sobretodo, difícil de probar.

El objetivo del traslado queda circunscrito a tres tipos de explotaciones –laboral, sexual o para extracción de órganos (48)–, si bien, como se menciona dentro de la primera de ellas las «*prácticas similares a la esclavitud*» (49), pueden acogerse en su seno otros tipos de explotaciones, que no han sido expresamente mencionadas, como es el caso de utilización para pruebas de laboratorio, para la guerra o guerrillas o para la incorporación al servicio de organizaciones criminales. Más difícil es incluir en la trata los traslados para adopciones ilegales o matrimonios de conveniencia o prácticas de algunos delitos –carterismo, terrorismo, tráfico de drogas, etc.– Como ya hemos señalado, la explotación no tiene que materializarse para que llegue a la consumación el delito, es más, si así ocurriera será preciso acudir a las soluciones concursales. De manera que en la sede del delito de trata de personas todo lo referente a la explotación tiene interés, exclusivamente, para concretar el contenido de los elementos subjetivos.

A la vista de la evolución expansiva seguida en los últimos años por el concepto jurídico de trata de personas es previsible que pronto se prescinda de concretas referencias de explotación para

(48) Sobre la extracción de órganos existen dos documentos internacionales que establecen las pautas para su persecución penal. Son, por una parte, la Declaración de Estambul sobre tráfico de órganos y el turismo de trasplante, auspiciado por la *Transplantation Society* y la *Sociedad Internacional de Nefrología* en el año 2008 y, por otra, los Principios Rectores de la OMS sobre trasplantes de células tejidos y órganos humanos» (2010, Resolución WHA63.22).

(49) La redacción del primer supuesto de explotación resulta algo reiterativa, hubiera bastado mencionar el trabajo forzado y la esclavitud, ya que la mendicidad forzosa debe entenderse como una forma de trabajo o servicio forzado según la definición del Convenio n.º 29 de la OIT, relativo al trabajo forzoso u obligatorio, de 1930. Y, por otra parte, el Estatuto de la Corte Penal Internacional, adoptado en Roma el 17 de julio de 1998, contempla, entre los crímenes de lesa humanidad establecidos en su artículo 7.1, define la esclavitud como «*el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de alguno de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños*».

que no se generen estas impunidades injustificables y se entienda por trata el traslado para la explotación, entendiéndose por explotación «*utilizar en provecho propio alguna circunstancia que pone a otro en desventaja*» (50). De hecho el Protocolo de Palermo se refiere genéricamente a «*finés de explotación*». No compartimos la opinión de quienes (51) consideran que un texto abierto podría rebajar las garantías de legalidad por tres razones: en primer lugar, porque la explotación laboral es en su interpretación tan amplia como se desee; en segundo lugar, porque es más coherente con el bien jurídico protegido, pues si de lo que se trata es de luchar contra la cosificación de la persona la naturaleza de la explotación no es relevante; y, por último, porque como la propia doctrina crítica a la cláusula general reconoce se quedan fuera muchos supuestos de explotación que merecerían ser incluidos también.

Para valorar la explotación será preciso hacer una comparación con las condiciones legales que nuestro país –no el país de origen, en donde probablemente la víctima estaba sometida, incluso a peores condiciones– garantiza para la actividad de que se trate y las que presumiblemente –si no llegará a producirse– se le iban a aplicar al sujeto pasivo. Si resulta que la víctima iba a ser incorporada a una actividad legal en condiciones legales, salvo que no media su consentimiento, no habrá trata, sino detenciones ilegales o coacciones, dependiendo de las circunstancias.

Ni lo que hace al sujeto activo ni al pasivo presentan cuestiones dignas de destacar. Cualquier persona puede cometer el delito y cualquiera puede ser víctima del mismo. No se hace referencia alguna –como ocurría en textos precedentes– a la nacionalidad del sujeto pasivo. Tan solo cabe señalar que el tránsito debe ser en nuestro país, o tenerlo como destino u origen o pasar por él. Esta restricción territorial puede ser inoportuna cuando los responsables de la trata tengan su residencia en España, pero operen fuera. Sin embargo, esto no debería limitar, en principio, la competencia de nuestros tribunales que, conforme al principio de justicia universal pueden conocer y juzgar los delitos tipificados «*como tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas*» (52).

Entre las circunstancias agravantes específicas se recoge que el autor se haya prevalido de su condición de autoridad, de agente de esta o de funcionario público. A tenor del artículo 24 a los efectos

(50) MOLINER. *Diccionario de uso del español*. Madrid. 1970. T. I.

(51) TERRADILLOS BASOCO, InDret 1/2010. p. 18. MARAVER GÓMEZ. *Op. cit.* p. 325.

(52) *Vid.* artículo 23.4 Ley Orgánica del Poder Judicial.

penales se entiende por funcionario los que, ya sea individualmente o como miembros de una corporación, tengan mando o ejerza jurisdicción propia, ya sean nacionales o comunitarios.

Cuando para cometer el delito se haya empleado una persona jurídica en los términos previstos en el artículo 31 bis del Código la responsabilidad penal por la trata se extenderá a ella, sin que obstruya las eventuales responsabilidades de las personas físicas.

III. En la vertiente subjetiva del tipo vemos que solo es punible la comisión dolosa. El delito se ha estructurado como un delito recordado de dos actos en los que un resultado adicional –la explotación– será provocado por una acción posterior, igualmente, delictiva (53). Hay una relación secuencial entre ambas conductas, las cuales se vinculan por medio de un plus subjetivo que es el elemento subjetivo del injusto. De manera que solo responderán por trata quienes realicen la conducta base –cualquiera de ellas– dolosamente y con intención de explotar o entregar a terceras personas para que exploten a los sujetos pasivos transferidos. Como se trata de cadenas muy complejas debe verificarse, además, un dolo situacional, de manera que a lo anterior se suma el conocimiento de que la conducta forma parte de un entramado, de una cadena, a la que se aporta como mínimo un eslabón.

En los casos en que el autor solo sabía que su víctima iba a ser sometida a una explotación sin conocer de qué naturaleza o cuando, equivocadamente, creyó que iba a ser utilizada para una actividad distinta de las tres que señala el artículo 177 bis, la tipicidad no está completa y no podrá aplicarse esta figura, sino el delito común contra la libertad y la seguridad. Cualquier otra solución nos parece más objetable. Un error de esa naturaleza no puede ser considerado como error de tipo, porque no es un error sobre un «*hecho constitutivo de la infracción penal*» (art. 14.1) y porque de admitir el error el hecho del traslado quedaría impune. Si consideramos que es irrelevante y que se mantiene la adecuación al tipo ignoramos que la voluntad del legislador se circunscribe a uno de esos tres objetivos y si otra hubiera sido su voluntad, hubiera omitido esa referencia.

IV. El tipo básico se hace acompañar de tres circunstancias agravantes específicas que inciden sobre las circunstancias de peligro para la vida y la integridad física de una persona que es sometida a un proceso violento de desarraigo. Para que cualquiera de ellas tenga relevancia deberán ser conocidas por los responsables. La pena resultará incrementada cuando la víctima es menor, cuando su vida ha sido

(53) Para QUERALT JIMÉNEZ (*op. cit.* p. 185) se trata de un delito de tendencia interna intensificada.

puesta en peligro o por sus circunstancias personales es especialmente vulnerable.

c) **Las relaciones concursales con otras infracciones afines**

Los problemas concursales generan un considerable número de interrogantes debido a que la incorporación de nuevas figuras delictivas se emplea la técnica del parcheo del Código sin tener en cuenta la eventualidad de que todo o parte de lo que se tipifica ya se encontrase en el texto legal. Sin ánimo de ser exhaustivo vamos a ver los supuestos concursales más frecuentes, empezando por recordar que estamos ante un delito que tiene como objetivo la protección de determinados derechos de las personas. Al menos es seguro que la conducta típica del traslado sin consentimiento o con consentimiento viciado provoca una lesión en el ejercicio del derecho a la libertad, lo que lo hace incompatible con los delitos contra la libertad. Además, eventualmente, se pueden ver afectados otros derechos personales, dependiendo de las condiciones en las que se realizó el referido traslado. A partir de esta convención, pacíficamente asumida por la doctrina, llegamos a la conclusión de que tantos sujetos pasivos hayan sido trasladados, tantos delitos de trata deberán considerarse. Las circunstancias en que se produjo el traslado deberán determinar si corresponde aplicar, entre ellos, las reglas del concurso real o ideal.

La segunda cuestión concursal interna que se suscita es la compatibilidad entre la apreciación de las circunstancias agravantes de peligro para la vida, cuando la trata tiene como objetivo la extracción de los órganos de la víctima, o de vulnerabilidad de la víctima, cuando esa circunstancia personal está expresamente mencionada en la base del reproche del delito de trata de seres humanos. En estos supuestos no procede aplicar las agravantes para no concurrir en una doble valoración de los elementos del injusto.

Mayor relevancia presenta la concurrencia del tipo básico de trata de personas con las distintas modalidades de explotación que menciona el propio artículo 177.1 –los trabajos forzados, la explotación sexual y la extracción de órganos–, todos ellos tienen sus correspondientes tipos específicos, a saber, los artículos 156 bis, 312 y 178 y ss. (54). Conforme al artículo 177 bis las penas previstas para la trata

(54) Por explotación sexual debemos entender cualquier ataque a la libertad sexual que aparezca tipificado como delitos dentro del Título VIII de nuestro Código penal, abarca tanto conductas descritas como agresiones sexuales (cap. I), abusos sexuales de adultos o menores (caps. II y II bis), acoso sexual (cap. III), exhibicio-

serán impuestas «sin perjuicio de aplicar también las que correspondan por el art. 318 bis y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación». El texto adolece de cierta confusión en su redacción porque lo que parece impuesto inexorablemente por voluntad de la ley —«en todo caso»— se relaja a continuación permitiendo que «en su caso» deje de aplicarse las reglas concursales. Por otra parte, el texto propone un concurso en cadena de hasta tres y cuatro delitos. Serán de aplicación obligada el de trata y el de tráfico ilegal y, eventualmente, los resultantes de las explotaciones. Es respecto de estos últimos que deberá considerarse la cláusula «en su caso».

Son imaginables dos supuestos que merecen el mismo tratamiento, aunque por distintas vías. El primero, cuando los propios individuos se hacen responsables del traslado de la víctima y su posterior explotación, y el segundo, cuando la explotación la realizan terceras personas —supuesto relativamente frecuente, según la información criminológica—, en este segundo caso, las penas serían idénticas, ya que los responsables del traslado son cooperadores necesarios en los delitos de explotación. En el primer caso, el propio Código señala que deberá acudirse al concurso de delitos, sin embargo, la relación de delitos que entran en concurso puede ser extraordinaria y, como consecuencia, alcanzarse penas desproporcionadas. Así, por ejemplo, si el tránsito se llevó a cabo con el fin de extraerle un órgano a la víctima, cosa que finalmente sucedió a manos de los propios traficante, tendríamos que acudir a las siguientes figuras delictivas: el delito de trata, cuyo bien jurídico son los derechos de la persona transferida; la inmigración clandestina, que protege los controles migratorios por parte del Estado; el delito de extracción de órganos del artículo 156 bis, que protege la salud pública y, más concretamente, el funcionamiento del sistema nacional de trasplantes (55), y, por último, el delito de lesiones por la extracción del órgano.

d) Aspectos penológicos

Desde una perspectiva penológica el artículo 177 bis resulta un delito de penas desproporcionadas, sobretodo en relación con ciertos

nismo y provocación sexual (cap. IV) y prostitución y corrupción de menores (cap. V).

(55) L 30/1979; RD 2070/1999; y, en el ámbito internacional los Principios Rectores de la OMS sobre Trasplante de Células, Tejidos y órganos humanos, aprobados por la 63.^a Asamblea Mundial de la Salud, de mayo de 2010, en su resolución WHA63.22.

supuestos, debido no solo a la gravedad de las penas previstas para los delitos básicos, sino también a que es difícil de imaginar casos en los que solo haya que acudir al tipo básico, porque las circunstancias agravantes abarcan un espectro tan amplio y tan frecuente que están puestas con vocación de convertirse en la aplicación normal y no excepcional. Resulta contrario a las estructuras lógicas de valoración del sistema penal, que la colaboración –aun necesaria– con los explotadores, resulte más castigada que la propia explotación. Pero, incluso, la pena del tipo base excede de las recomendaciones de la Directiva 2011/629/AI de que tuviera una duración máxima de, al menos, cinco años de prisión, mientras el nuestro se castiga con una pena entre los cinco y los ocho años (56). A partir de ahí se produce un lanzamiento hacia arriba que permite aplicar en caso no extremadamente graves penas de hasta veinticuatro años de prisión, esto sin necesidad de acudir a los concursos con los correspondientes delitos de explotación. Si convenimos que la pena reservada para el homicidio –de diez a quince años– debe servir de referencia a un sistema penal comprometido con el principio de proporcionalidad, el desequilibrio es manifiesto. Veámoslo con un ejemplo, cuando el que organiza el traslado –de 4 a 8 años (177 bis 1)– es un funcionario de embajada que acuerda con otros –de 8 a 12 años (177 bis. 6)–, trasladar a nuestro país a una persona, considerada especialmente vulnerable, para su explotación –de 12 a 24 años (177 bis. 6 *in finis*)–, puede ser castigado con una pena de hasta los veinticuatro años de prisión, como decimos, sin tener en cuenta la aplicación del art. 318 bis, ni las penas que habría que sumarse si, finalmente, la víctima resulta explotada.

e) La excusa absolutoria para la víctima

Siguiendo las indicaciones de la Directiva 2011/629/AI (57) el artículo 177 bis se cierra con una excusa absolutoria en virtud de la cual

(56) TERRADILLOS BASOCO, en Álvarez García/González Cussac, *Comentarios a la Reforma penal de 2010*. Valencia. 2010, pp. 211-212; MARAVER GÓMEZ. *Op. cit.* p. 326.

(57) Señala la Directiva 2011/36/JAI que «*Debe protegerse a las víctimas de la trata de seres humanos, de conformidad con los principios básicos de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros correspondientes, contra el procesamiento o el castigo por actividades delictivas tales como el uso de documentación falsa o infracciones contempladas en la legislación sobre prostitución o inmigración que se hayan visto obligadas a cometer como consecuencia directa de ser objeto de la trata. 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. Esta salvaguarda no debe excluir el procesamiento o el*

«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 exención similar a otras ya recogidas en nuestro Código, como son las sustracciones entre parientes (art. 268) o las conductas fraudulentas asociadas a los delitos contra la Hacienda pública (art. 305. 4). Para su aplicación deben tenerse en cuenta lo siguiente:

- La excusa absolutoria es una causa de exclusión de la culpabilidad por lo que solo afecta a la víctima y no a otras personas que, eventualmente, hubieran participado en la comisión de los delitos exentos de responsabilidad para ella.

- Su condición de víctima ha debido quedar probada por un órgano judicial. Se trata de víctimas del delito de trata de personas y no de los delitos de explotación. Por el contrario, quien entra en España legalmente para ejercer la prostitución no puede invocar esta cláusula de exención.

- La exención puede afectar a cualquier infracción que guarde alguna relación culpabilística con la condición de víctima del delito de trata. Deberá probarse que el ámbito convencional de motivación de la norma penal no desplegaba sus efectos debido a la debilidad jurídica o social que sufría a consecuencia del desarraigo.

- En todo caso solo es posible invocar la excusa si la infracción no solo ha sido cometida intencionadamente, sino que concurre, como elemento subjetivo del tipo, la intención de superar o eludir con ella su situación, al igual que en cualquier otra causa exculpatoria que afecta a las motivaciones es preciso que concorra ese elemento subjetivo.

- Junto a esa relación culpabilística, debe quedar probado una relación objetivamente directa entre la condición de víctima de una explotación sexual, laboral o de extracción de órganos. La Directiva, mencionada, que inspira esta exención cita dos infracciones a modo ilustrativo: el uso de documentación falsa o infracciones contempladas en la legislación sobre prostitución o inmigración. También son imaginables otras muchas, como la ocupación de vivienda, el abandono de familia, el matrimonio ilegal, el falso testimonio, e, incluso, son imaginables delitos más graves como la interrupción del emba-

castigo por infracciones que una persona haya cometido o en las que haya participado de forma voluntaria».

razo. Las investigaciones criminológicas informan de que es relativamente frecuente que mujeres que fueron inicialmente víctimas se conviertan con el transcurso del tiempo en miembros de las organizaciones criminales que captan nuevas víctimas. En principio, esta cláusula no les eximiría de responsabilidad penal por esos hechos, entre otras razones, porque para entonces ya no se encuentran sometidas a ninguna situación que justifique la impunidad.

- El sentido de la excusa absolutoria es extender los efectos de algunas causas de exculpación más allá de los criterios comúnmente aceptados. La presencia de la misma no puede entenderse en ningún caso en perjuicio de la víctima infractora. El resto de las reglas generales de justificación o exculpación mantienen su vigencia.

- La aplicación de esta cláusula está informada por los criterios de proporcionalidad. No serán comportamientos proporcionales aquellos que no son idóneos para protegerse o aquellos en los que la víctima opta por la infracción cuando una conducta adecuada al derecho le hubiera posibilitado superar la situación o cuando la gravedad de la infracción desborda manifiestamente la gravedad de la situación personal.

4. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO ÁLAMO, *¿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. Núm. 19 (2007).
- BENÍTEZ ORTUZAR, en Morillas Cuevas (Coord.) *Sistema de Derecho penal español*. Parte especial. Madrid. 2011.
- CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil, común y foral*. T. I. Vol. II. Madrid. 2007.
- CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, I, 6.ª ed. Madrid, 2004.
- CONDE PUMPIDO TOURÓN, 2003.
- CUGAT MAURI, *La trata de seres humanos: la universalización del tráfico de personas y su disociación de las conductas infractoras de la política migratoria*, artículo 177 bis, 313, 318 y 318 bis CP. En Quintano Olivares (Dir.) *La reforma penal de 2010. Análisis y comentarios*. Pamplona. 2010, pp. 159-164.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, en Gómez Tomillo (Dir.) *Comentarios al Código Penal*. 2.ª Edic. Valladolid. 2011.
- DÍEZ RIPOLLÉS, *Trata de seres humanos y explotación sexual de menores. Exigencias de la Unión y legislación española*. Revista penal, n.º 2, 1998, pp. 17-22.
- GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho Penal*. Madrid. 1990.

- JIMÉNEZ ASENJO, *Abolicionismo y prostitución*. Madrid. 1963.
- MAQUEDA ABREU, *El tráfico sexual de personas*. Valencia. 2001.
- MARAVÉR GÓMEZ, *La trata de seres humanos*. En Díaz-Maroto y Villarejo (Dtor.) *Estudios sobre las Reformas del Código Penal, operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*. Pamplona. 2011, pp. 311-334.
- MUÑOZ CUESTA, *Trata de seres humanos: aspectos más relevantes que configuran esta nueva figura criminal*. Revista Aranzadi Doctrinal núm. 4/2011 (Tribuna), pp. 9-20.
- QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal español. Parte especial*. 6.^a edic. 2010.
- QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*. 2.^a edic. Madrid. 1966.
- TERRADILLOS BASOCO, *Trata de seres humanos. Comentario a la Reforma del Código Penal de 2010*. Valencia. 2010.
- *Reflexiones y propuestas sobre inmigración*. InDret 29/1/2010.
- En Álvarez García/González Cussac, *Comentarios a la Reforma penal de 2010*. Valencia. 2010, pp. 211-212.