

Corrupción y trata de seres humanos

Análisis de las relaciones entre ambos delitos y su plasmación en el ordenamiento jurídico-penal

Autora: Silvia Rodríguez López

Tesis doctoral UDC / 2020

Directoras:

Profa. Dra. Patricia Faraldo Cabana

Profa. Dra. Luz María Puente Aba

Programa de doctorado en Derecho
regulado por el RD 99/2011, de 28 de enero.



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

A QUEN CORRESPONDA

Patricia Faraldo Cabana, Catedrática de Dereito Penal, e Luz María Puente Aba, Profesora Titular de Dereito Penal, na condición de directoras da tese doutoral desenvolvida pola doutoranda Silvia Rodríguez López, baixo o título “Corrupción y trata de seres humanos. Análisis de las relaciones entre ambos delitos y su plasmación en el ordenamiento jurídico-penal”

AUTORIZAN

O depósito da tese doutoral, que cumpre os requisitos esixidos pola Universidade da Coruña para optar ao grao de doutor, así como os requisitos adicionais para obter a mención internacional.

E para que conste a todos os efectos oportunos expedimos a presente constancia en A Coruña a 28 de outubro de 2020.

Fdo.: Profa. Dra. Patricia Faraldo Cabana

Fdo.: Profa. Dra. Luz María Puente Aba

RESUMEN (ESP)

CORRUPCIÓN Y TRATA DE SERES HUMANOS. ANÁLISIS DE LAS RELACIONES ENTRE AMBOS DELITOS Y SU PLASMACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO-PENAL

La presente tesis doctoral tiene como objetivos principales examinar los vínculos entre la trata de seres humanos y la corrupción, y analizar críticamente la respuesta del Derecho Penal frente a la participación de funcionarios públicos en la trata. Para ello, se aborda, en primer lugar, la evolución de la normativa internacional en la materia, el concepto de trata de personas y el de corrupción. De este modo, se delimita con claridad qué se entiende, en el plano teórico, por conductas corruptas relacionadas con la trata. Posteriormente, se aporta una descripción criminológica del fenómeno de la corrupción relacionada con la trata en Europa. Esto permite entender mejor quién, cómo y cuándo puede llevar a cabo estas conductas. Partiendo de esta información, se estudia la respuesta penal frente a la corrupción relacionada con la trata en España, a través del análisis dogmático del artículo 177 bis 5 del Código penal y la jurisprudencia en la materia. Finalmente, con toda la información obtenida, se proponen medidas para mejorar la represión y prevención de estas conductas, destacando la importancia de abandonar la perspectiva meramente criminocéntrica.

RESUMO [GAL]

CORRUPCIÓN E TRATA DE SERES HUMANOS. ANÁLISE DAS RELACIÓNS ENTRE AMBOS DELITOS E A SÚA PLASMACIÓN NO ORDENAMENTO XURÍDICO-PENAL

A presente tese de doutoramento ten como principais obxectivos examinar os vínculos entre a trata de seres humanos e a corrupción, e analizar criticamente a resposta do Dereito Penal no tocante á participación de funcionarios públicos na trata. Para iso, abórdase, en primeiro lugar, a evolución da normativa internacional na materia, o concepto de trata de persoas e o de corrupción. Deste xeito, delimítase claramente o que se entende, a nivel teórico, por condutas corruptas relacionadas coa trata. Posteriormente, ofrécese unha descrición criminolóxica do fenómeno da corrupción relacionada coa trata en Europa. Isto permite unha mellor comprensión de quen, como e cando pode levar a cabo estas condutas. Partindo desta información, estúdase a resposta penal fronte á corrupción relacionada coa trata en España, a través da análise dogmática do artigo 177 bis 5 do Código penal e da xurisprudencia ao respecto. Finalmente, con toda a información obtida, propóñense medidas para mellorar a represión e a prevención destes comportamentos, destacando a importancia de superar a perspectiva meramente criminocéntrica.

ABSTRACT [ENG]

CORRUPTION AND HUMAN TRAFFICKING. A CRIMINOLOGICAL AND LEGAL ANALYSIS OF THE LINKS BETWEEN BOTH CRIMES

This doctoral thesis has two main objectives: to examine the links between human trafficking and corruption, and to analyse the Criminal Law response to public officials' involvement in trafficking. To do so, it first addresses the evolution of international regulations related to this topic, as well as the concepts of human trafficking and corruption. Thus, the concept of trafficking-related corruption is clearly delimited on a theoretical level. Subsequently, this thesis offers a criminological description of human trafficking-related corruption practices in Europe. This allows for a better understanding of how, when and by whom these conducts can be carried out. In the light of this data, the Criminal Law response to trafficking-related corruption in Spain is critically analysed, focussing on the scope of application of article 177 bis 5 of the Spanish Criminal Code and case-law on this topic. Finally, with all the information obtained, some measures to improve the investigation, prosecution and prevention of these behaviours are suggested, highlighting the importance of abandoning a purely crime-centred approach.

*Á miña mai, ao meu pai,
a Luis e a Philip:
alicerces.*

ÍNDICE

ABREVIATURAS Y SIGLAS.....	15
INTRODUCCIÓN.....	19

CAPÍTULO I. EVOLUCIÓN NORMATIVA INTERNACIONAL EN MATERIA DE TRATA DE SERES HUMANOS Y CORRUPCIÓN

1. INTRODUCCIÓN.....	25
2. EVOLUCIÓN NORMATIVA EN MATERIA DE TRATA DE PERSONAS.....	25
2.1. Primeros intentos de abolir la esclavitud como antecedente histórico de la legislación contra la trata.....	25
2.2. La trata de blancas.....	28
2.3. El resurgimiento del discurso anti-trata.....	34
2.4. El Protocolo de Palermo.....	37
2.5. Evolución normativa en materia de trata de personas en Europa.....	40
3. EVOLUCIÓN NORMATIVA EN MATERIA DE CORRUPCIÓN.....	45
3.1. Primeras iniciativas para combatir la corrupción.....	45
3.2. Los inicios de la regulación de la corrupción en transacciones internacionales.....	46
3.3. Medidas regionales contra la corrupción.....	48
3.4. Medidas anti-corrupción a nivel internacional.....	53
4. CONCLUSIONES. EVOLUCIÓN NORMATIVA EN MATERIA DE CORRUPCIÓN RELACIONADA CON LA TRATA DE PERSONAS.....	56

CAPÍTULO II. CONCEPTO DE TRATA DE SERES HUMANOS: UNA ÚNICA DEFINIÇÃO JURÍDICO-PENAL PARA UNA REALIDAD CRIMINOLÓGICA MÚLTIPLE

1. INTRODUCCIÓN.....	61
2. CONCEPTO DE TRATA DE SERES HUMANOS: TABLA COMPARATIVA.....	68
3. LAS ACCIONES.....	69
3.1. Interpretación del elemento acción: ¿solo proceso o también explotación?.....	70
3.2. Ámbito territorial de la acción: la trata interna y la trata transnacional.....	73
3.3. La captación.....	76
3.4. El transporte o traslado.....	77
3.5. La recepción, acogida o alojamiento.....	79
3.6. El intercambio o transferencia de control.....	80
4. LOS MEDIOS.....	82
4.1. El uso de la fuerza/ violencia.....	84
4.2. Las amenazas y otras formas de coacción/ la intimidación.....	85
4.3. El rapto/ secuestro.....	86

4.4. El fraude y el engaño.....	87
4.5. El abuso de poder/ de una situación de superioridad.....	89
4.6. El abuso de una situación de vulnerabilidad o necesidad de la víctima.....	90
4.7. La entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima.....	94
4.8. Especial referencia al consentimiento: la problemática de la denominada “trata consentida”.....	95
5. LA FINALIDAD DE EXPLOTACIÓN.....	101
5.1. Cuestiones generales en torno al concepto de explotación.....	104
5.2. La explotación sexual.....	106
5.3. Los trabajos o servicios forzados.....	109
5.4. La esclavitud o prácticas análogas.....	115
5.5. La servidumbre.....	118
5.6. La mendicidad.....	122
5.7. Explotación para realizar actividades delictivas.....	124
5.8. La celebración de matrimonios forzados.....	126
5.9. La extracción de órganos.....	127
6. DISTINCIÓN ENTRE TRATA DE SERES HUMANOS Y TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES.....	130
7. CONCLUSIONES. SOBRE LA NECESIDAD DE REPENSAR LA TRATA.....	137

CAPÍTULO III. UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE CORRUPCIÓN

1. INTRODUCCIÓN.....	141
2. DIFERENTES APROXIMACIONES AL CONCEPTO DE CORRUPCIÓN.....	145
2.1. Definiciones centradas en la función pública o legalistas.....	146
2.2. Definiciones centradas en el interés público o éticas.....	149
2.3. Definiciones centradas en el mercado o económicas.....	151
3. UNA APROXIMACIÓN A LA DEFINICIÓN JURÍDICO-PENAL DE CORRUPCIÓN.....	154
3.1. Definiciones de corrupción en Derecho internacional y europeo.....	154
3.2. Características de la corrupción (concepción descriptiva).....	160
3.3. Figuras delictivas que conforman la corrupción (concepción normativa).....	168
4. CONCLUSIONES: ESPECIAL REFERENCIA A LA CORRUPCIÓN RELACIONADA CON LA TRATA.....	179

CAPÍTULO IV. DESCRIPCIÓN DEL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN RELACIONADA CON LA TRATA

1. INTRODUCCIÓN.....	183
2. CORRELACIONES ESTADÍSTICAS ENTRE CORRUPCIÓN Y TRATA DE SERES HUMANOS.....	186
3. LA CORRUPCIÓN COMO FACTOR CAUSAL O FACILITADOR DE LA TRATA.....	190
4. LOS VÍNCULOS ENTRE LA CORRUPCIÓN Y LA TRATA DE SERES HUMANOS EN EUROPA...	196
4.1. Corrupción policial.....	199

4.2. Corrupción de autoridades fronterizas.....	211
4.3. Corrupción en servicios diplomáticos.....	217
4.4. Corrupción política.....	222
4.5. Corrupción judicial.....	225
4.6. Otros tipos de corrupción.....	228
5. CONCLUSIONES. LA INCIDENCIA DE LA CORRUPCIÓN EN LA TRATA DE SERES HUMANOS.....	230
5.1. Durante la comisión del delito.....	230
5.2. En la persecución e investigación del delito.....	233
5.3. En la protección de las víctimas.....	234

**CAPÍTULO V. LA RESPUESTA DEL DERECHO PENAL ESPAÑOL
FRENTE AL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN RELACIONADA
CON LA TRATA**

1. INTRODUCCIÓN.....	237
2. EL SUBTIPO AGRAVADO DEL ARTÍCULO 177 BIS 5 DEL CÓDIGO PENAL.....	238
2.1. Naturaleza y fundamento de la agravación.....	239
2.2. Sujeto activo: el concepto penal de autoridad, agente de esta o funcionario público.....	242
2.3. El prevalimiento de la condición pública como requisito esencial de la agravación.....	256
2.3.1. <i>Elemento personal</i>	258
2.3.2. <i>Elemento material</i>	259
2.3.3. <i>Elemento subjetivo</i>	268
2.4. Autoría y participación en el subtipo agravado.....	269
2.5. La concurrencia con otras figuras delictivas. Problemática concursal e inherencia.....	272
2.6. Compatibilidad con otras circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.....	275
2.7. Cuestiones de penalidad.....	278
3. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA CORRUPCIÓN RELACIONADA CON LA TRATA...	281
3.1. Durante la fase de transporte.....	283
3.2. Durante la fase de explotación.....	286
4. CONCLUSIONES. PROPUESTAS PARA LA MEJOR PERSECUCIÓN PENAL Y PREVENCIÓN DE LA CORRUPCIÓN RELACIONADA CON LA TRATA.....	292
CONCLUSIONES	305
INTRODUCTION AND CONCLUSIONS IN ENGLISH	313
BIBLIOGRAFÍA	327

ABREVIATURAS Y SIGLAS

AC	Acción Común
ART	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CATW	Coalición contra la Trata de Mujeres (<i>Coalition against the Trafficking in Women</i>)
CCAA	Comunidades Autónomas
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CIE	Centro de Internamiento de Extranjeros
CIT	Obra citada
CITCO	Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado
COORD	Coordinador
CP	Código Penal
CPI	Índice de Percepción de la Corrupción (<i>Corruption Perception Index</i>)
DIR	Director
ECOWAS	Comunidad Económica de Estados de África Occidental (<i>Economic Community of West Africa States</i>)
ED	Editor o edición, según contexto
ET AL	Y otros
EUROPOL	Oficina Europea de Policía
FASC	Fascículo

FCPA	<i>Foreign Corrupt Practices Act</i>
FGE	Fiscalía General del Estado
GAATW	Alianza Global contra la Trata de Mujeres (<i>Global Alliance Against Traffic in Women</i>)
GRECO	Grupo de Estados contra la Corrupción
IBA	International Bar Association
IBID	En el mismo lugar
JAI	Consejo de Justicia y Asuntos de Interior
LECr	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
NÚM	Número
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
OEA	Organización de los Estados Americanos
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMI	Organización Internacional para las Migraciones
ONG	Organización no gubernamental
ONU	Organización de las Naciones Unidas
P	Página
PACO	Programa contra la corrupción y el crimen organizado en el sudeste de Europa
PÁRR	Párrafo
PIB	Producto Interior Bruto
RAE	Real Academia Española
REF	Referencia
S	Siguiente

SADC	Comunidad de Desarrollo del África Austral (<i>Southern African Development Community</i>)
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TI	Transparencia Internacional
TS	Tribunal Supremo
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea
UNGIFT	United Nations Global Initiative to Fight Human Trafficking
UNCAC	Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (<i>United Nations Convention against Corruption</i>)
UNODC	Oficina de las Naciones Unidas para la Droga y el Delito (<i>United Nations Office on Drugs and Crime</i>)
UNTOC	Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (<i>United Nations Convention against Transnational Organised Crime</i>)
VOL	Volumen
VID	Véase

INTRODUCCIÓN

La trata de seres humanos es un fenómeno delictivo global que afecta a miles de personas en todo el mundo. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) estima que alrededor de 40 millones de personas son víctimas de la denominada moderna esclavitud¹. Solo en Europa, 20.532 víctimas de trata de seres humanos fueron identificadas entre 2015 y 2016². En España, el Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado (CITCO) informó en su balance más reciente de que en 2018 fueron identificadas 117 víctimas de trata sexual, 94 de trata laboral y 16 de trata para otras finalidades³. Además, los beneficios derivados de la trata de personas siguen aumentando, hasta llegar incluso a considerarse la actividad delictiva que más rápido crece del mundo, de la que cada año se obtienen ilegalmente 150.000 millones de dólares⁴.

Con el objetivo de poner fin a esta alarmante situación, la comunidad internacional ha tomado varias medidas, siendo la más importante la entrada en vigor del Protocolo de la ONU para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños⁵. A pesar de que actualmente 178 Estados han ratificado dicho Protocolo⁶, todavía puede afirmarse que la trata de seres humanos constituye una actividad de bajo riesgo y alta rentabilidad⁷. El número de condenas por trata de personas es, en general, muy bajo. Un 16% de los 132 países analizados en el Informe Mundial sobre la Trata de Personas de 2012 realizado por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) no registró ninguna condena al respecto entre 2007 y 2010⁸. Esta tendencia internacional afecta también a España. En su informe más reciente, el Defensor del Pueblo puso de relieve las graves deficiencias en el proceso de identificación de las víctimas y el bajo número de condenas por trata de seres humanos⁹. En general, aunque el número de condenas ha aumentado en los últimos años, todavía existen importantes áreas de impunidad¹⁰.

¹ OIT, *Global Estimates of Modern Slavery: Forced Labour and Forced Marriage*, Ginebra, 2017.

² COMISIÓN EUROPEA, *Data Collection on Trafficking in Human Beings in the EU*, Bélgica, 2018.

³ CITCO, *Trata de seres humanos en España. Balance estadístico 2014-2018*, 2019.

⁴ OIT, *Profits and Poverty: The Economics of Forced Labour*, Ginebra, 2014.

⁵ (Adopción 15 Noviembre 2000, entrada en vigor 25 Diciembre 2003) 2237 UNTS 319. En adelante, Protocolo de Palermo.

⁶ Información sobre el estado de las ratificaciones disponible en: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-12-a&chapter=18&clang=en

⁷ TREMBLAY, M./ KARBASSI, C., *Corruption and Human Trafficking*, Transparency International Working Papers, Berlín 2011, p. 2; SHELLEY, L., "Human Trafficking as a Form of Transnational Organized Crime" en LEE, M. (Ed.), *Human Trafficking*, Willan Publishing, Cullompton, 2007, p. 117.

⁸ UNODC, *Global Report on Trafficking in Persons*, Nueva York, 2012, p. 7.

⁹ DEFENSOR DEL PUEBLO, *La trata de seres humanos en España: víctimas invisibles*, Madrid, 2012, p. 54.

¹⁰ UNODC, *Global Report on Trafficking in Persons*, Nueva York, 2018, p. 23.

En relación con lo anterior, una de las múltiples explicaciones ofrecidas desde la criminología y la sociología acerca de la persistencia e impunidad de la trata en nuestra sociedad es su estrecha relación con la corrupción en el sector público. Aunque se trata de un tema poco explorado, se ha señalado que son fenómenos que se retroalimentan y que la corrupción es un importante factor que impide el adecuado cumplimiento de las tres políticas anti-trata: prevención, persecución y protección¹¹.

En este sentido se pronuncian algunas investigaciones previas a nivel internacional. La mayoría de los trabajos sobre este tema se centran en buscar correlaciones entre niveles de percepción de corrupción y la medida en la que los Estados se esfuerzan para luchar contra la trata, para demostrar que aquellos países en los que la corrupción se considera más extendida son también aquellos que presentan niveles más bajos de cumplimiento con los compromisos internacionales anti-trata, y viceversa¹². Por su parte, otras investigaciones dan un paso más al intentar sostener que la corrupción es en realidad un importante factor causal de la trata de personas¹³. Esta tesis ha sido adoptada también por diversas organizaciones internacionales, llegando incluso a afirmar que la trata de seres humanos no podría existir sin la corrupción¹⁴.

Más allá de estos estudios, fundamentalmente de carácter cuantitativo, poco se sabe en realidad sobre el fenómeno de la corrupción relacionada con la trata. Las investigaciones en esta materia se enfrentan a una dificultad que afecta a todos los trabajos sobre trata en general: la falta de datos fiables. En primer lugar, por la propia naturaleza clandestina de la trata, el acceso a testimonios directos de víctimas y autores es bastante limitado¹⁵. Por otra parte, la existencia

¹¹ PÉREZ GONZÁLEZ, C., "Corrupción y trata de seres humanos", en JIMÉNEZ GARCÍA, F./ ROPERO CARRASCO, J. (Dir.)/ PASTOR PALOMAR, A. (Coord.), *Blanqueo de capitales y corrupción. Interacciones para su erradicación desde el Derecho internacional y los sistemas nacionales*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 306.

¹² Vid., por ejemplo, CHO, S./ DREHER, A./ NEUMAYER, E., "Determinants of Anti-Trafficking Policies: Evidence from a New Index", *The Scandinavian Journal of Economics*, vol. 116, núm. 2, 2014, pp. 429-454; y VAN DIJK, J./ KLERX-VAN MIERLO, F., *Indicators of Corruption: Further Explorations of the Link between Corruption and Implementation Failure in Anti-Trafficking Policies*, International Victimology Institute Working Paper, Tilburg, 2011.

¹³ Vid., por ejemplo, BALES, K., "What Predicts Human Trafficking?", *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*, vol. 31, núm. 2, 2007, pp. 269-279; SACCO STUDNICKA, A.C., "Corruption and Human Trafficking in Brazil: Findings from a Multi-Modal Approach", *European Journal of Criminology*, vol. 7, núm. 1, 2010, pp. 29-43.

¹⁴ UNGIFT, *Corruption and Human Trafficking: the Grease that Facilitates the Crime*, Background paper presentado en el Foro de Viena para la Lucha contra la Trata, 13-15 de febrero de 2008; UNODC, *The Role of Corruption in Trafficking in Human Beings*, UNODC Issue Paper, Viena, 2011; OCDE, *Developing a Framework for Combatting Corruption Related to Trafficking in Persons*, 2015.

¹⁵ GOŹDZIAK, E.M., "Data Matters: Issues and Challenges for Research on Human Trafficking", en DRAGIEWICZ, M. (Ed.), *Global Human Trafficking. Critical Issues and Contexts*, Routledge, New York, 2015, pp. 25-28. MERRY, S.E., *The Seductions of Quantification. Measuring Human Rights, Gender Violence, and Sex Trafficking*, Chicago-Londres, 2016, pp. 124 y ss.; KANGASPUTA, K., "Collecting Data on Human Trafficking: Availability, Reliability and Comparability of Trafficking Data", en SAVONA, E.U./STEFANIZZI, S. (Eds.), *Measuring Human Trafficking: Complexities and Pitfalls*, Springer, 2007,

de múltiples conceptos de trata (o de diversas interpretaciones de una misma definición legal) introduce distorsiones en los estudios que comparan varias fuentes. Sin una especificación cuidadosa sobre el marco conceptual, es difícil comparar o sumar diferentes investigaciones, porque no está claro si todas están discutiendo lo mismo¹⁶.

Además, y en relación con lo anterior, es importante tener en cuenta que no existe a día de hoy un método fiable para cuantificar la trata¹⁷. Por una parte, los datos oficiales siempre van a ir acompañados de una incierta cifra negra de casos que nunca llegan a ser descubiertos por las autoridades¹⁸. Se estima que esta cifra sea especialmente alta en la trata, puesto que muchas víctimas nunca llegan a denunciar su situación por miedo a represalias de los tratantes o a ser deportadas por su estatus migratorio irregular. Por otro lado, es importante cuestionar también la veracidad o exactitud de las grandes cifras, que pueden haber sido generadas para atraer atención y recursos sobre un tema¹⁹. Los números tienen la habilidad de crear certeza en espacios de ambigüedad, pero, por mucha credibilidad que adquieran al ser constantemente citados, no puede obviarse que frecuentemente se obtienen a partir de fuentes y metodologías cuestionables²⁰.

Estas dificultades se exacerbaban en relación con los comportamientos corruptos de funcionarios públicos relacionados con la trata. La mayoría de informes nacionales e internacionales omiten rutinariamente cualquier mención sobre los nexos entre la corrupción y la trata. Muy pocos gobiernos estudian el problema, y si lo hacen, los informes nunca ven la luz porque la información que incluyen se considera sensible²¹. Por todo ello, el análisis de las conexiones entre la corrupción y la trata ha sido identificado como “una de las principales lagunas” en la literatura académica sobre trata²².

pp. 27-36; DI NICOLA, A., “Researching into Human Trafficking: Issues and Problems”, LEE, M. (Ed.), *Human Trafficking*, Routledge, New York, 2012, pp. 53-56.

¹⁶ MCCARTHY, L.A., “Human Trafficking and the New Slavery”, *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 10, 2014, p. 235; MERRY, S.E., *The Seductions of Quantification*, cit., p. 124; KANGASPUTA, K., “Collecting Data on Human Trafficking”, cit., pp. 27-36; DI NICOLA, A., “Researching into Human Trafficking”, cit., pp. 50-53.

¹⁷ KANGASPUTA, K., “Collecting Data on Human Trafficking”, cit., pp. 60-65.

¹⁸ VAN DER LEUN, J., “Criminal Policy, Migration Policy and Trafficking in Human Beings: Addressing the Dark Figure”, en MIRANDA RODRIGUES, A./ JOÃO GUIA, M. (Coords.), *Livro de Atas. Conferência Internacional 18 de Outubro Dia Europeu contra o Tráfico de Seres Humanos*, Instituto Jurídico Faculdade de Direito, Coimbra, 2017, pp. 41-50; KANGASPUTA, K., “Collecting Data on Human Trafficking”, cit., pp. 29-30.

¹⁹ WEITZER, R., “New Directions in Research on Human Trafficking”, *ANNALS, AAPSS*, 653, mayo 2014, pp. 6-24.

²⁰ MERRY, S.E., *The Seductions of Quantification*, cit., p. 127.

²¹ GOUNEV, P./ BEZLOV, T., *Examining the Links between Organised Crime and Corruption*, CSD, 2010, p. 33; UNODC, *The Role of Corruption*, cit., p. 4 y 10.

²² KANGASPUTA, K., “Collecting Data on Human Trafficking”, cit., p. 66.

Si las investigaciones a nivel criminológico sobre esta materia son escasas, los estudios acerca de la respuesta jurídico-penal frente a los vínculos entre la corrupción y la trata son prácticamente inexistentes. Aunque a lo largo de la historia la corrupción ha estado totalmente ausente de las políticas públicas contra la trata, desde el año 2010, los Estados participantes en el Plan de Acción Mundial de las Naciones Unidas para Combatir la Trata de Personas se han comprometido a investigar, procesar y sancionar a los funcionarios públicos corruptos involucrados en la trata de personas o que la facilitan. En consecuencia, las más recientes legislaciones a nivel regional y nacional prevén la criminalización de posibles comportamientos corruptos relacionados con la trata. Por ejemplo, el artículo 24 del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos y el artículo 4.3 de la Directiva 2011/36/UE recogen explícitamente la comisión por un agente público en el ejercicio de sus funciones como circunstancia agravante. Por su parte, el artículo 177 bis del Código Penal español contempla en su párrafo 5 una pena superior para los que realicen los hechos previstos en el tipo básico de trata prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. La aplicación de esta circunstancia agravante plantea una serie de dificultades que todavía no han sido abordadas por la doctrina.

Así pues, teniendo en cuenta estos antecedentes, la presente tesis doctoral tiene dos objetivos principales:

- Examinar los vínculos entre la trata de seres humanos y la corrupción.
- Analizar críticamente la respuesta jurídico-penal frente a estos delitos.

Para dar respuesta a las dos cuestiones principales planteadas anteriormente, se desarrolla en primer lugar un marco conceptual en el que se aborda la evolución histórica de la de la respuesta que el ordenamiento jurídico ha ofrecido a este tipo de conductas, así como un examen en profundidad de los conceptos jurídico-penales de trata de personas y corrupción. En esta tarea se han utilizado principalmente métodos teóricos basados en la investigación bibliográfica. Para el análisis de la evolución histórica se ha partido de fuentes originales de las diferentes épocas de estudio, algunas de ellas de principios del siglo XX, con el objetivo de revelar el origen y desarrollo de los conceptos estudiados. Por otra parte, para el estudio de las definiciones legales de trata de seres humanos y corrupción, se ha analizado legislación internacional, europea y española, jurisprudencia y doctrina. Se ha incorporado también el método de Derecho comparado, prestando atención a la normativa en la materia en países de nuestro entorno. Los resultados de esta parte de la investigación se han plasmado en los capítulos I, II y III de la tesis.

En segundo lugar, partiendo del marco conceptual delimitado con anterioridad, se aborda el marco analítico de la tesis, que consta de tres partes. Primeramente se lleva a cabo un estudio criminológico sobre las conexiones

entre la trata de personas y la corrupción. En este caso, además de una revisión de estudios previos, se realiza una recopilación y sistematización de casos de funcionarios públicos involucrados en la trata denunciados en 41 países europeos entre 2009 y 2018. El método utilizado para desenvolver este objetivo es el análisis de contenidos cualitativos, en particular, de informes específicos publicados por más de una decena de instituciones regionales e internacionales y de casos obtenidos tras un barrido de la base de datos de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC).

Posteriormente, este trabajo de investigación se ocupa de la respuesta penal frente al fenómeno de la corrupción relacionada con la trata en España. Para ello, se realiza un análisis de la conducta prevista en el artículo 177 bis 5 CP y de la jurisprudencia sobre corrupción relacionada con la trata en España. En este caso, el análisis de la legislación se complementa con el estudio de lo dispuesto sobre estas materias por doctrina y jurisprudencia. Por último, con toda la información obtenida se realizan una serie de consideraciones o propuestas de aplicación práctica para mejorar la prevención y represión de estas conductas. Todos estos aspectos se plasman en los capítulos IV y V.

CAPÍTULO I. EVOLUCIÓN NORMATIVA INTERNACIONAL EN MATERIA DE TRATA DE SERES HUMANOS Y CORRUPCIÓN

1. INTRODUCCIÓN

Tanto la trata de seres humanos como la corrupción distan mucho de ser fenómenos delictivos nuevos. A pesar de que conductas similares a los tipos actuales han sido recogidas tradicionalmente en las legislaciones penales nacionales, se trata de fenómenos en constante evolución, por lo que su regulación ha sido objeto de numerosas reformas. En ambos casos, la mayoría de cambios legislativos se produjeron a partir del siglo XIX y tuvieron su origen en instrumentos internacionales que intentaron atajar estos problemas desde perspectivas muy diversas. Un recorrido por sendos desarrollos normativos servirá para determinar si existen factores comunes que impulsen la regulación de estos delitos. De existir estos factores comunes, es necesario determinar si estos han dado lugar a algún punto de convergencia que dé respuesta a las conexiones entre trata de personas y corrupción que se producen en la realidad.

2. EVOLUCIÓN NORMATIVA EN MATERIA DE TRATA DE PERSONAS

2.1. Primeros intentos de abolir la esclavitud como antecedente histórico de la legislación contra la trata

Es habitual que el germen de la legislación contra la trata de seres humanos se sitúe en los primeros intentos de abolir la esclavitud. Ciertamente, ambos conceptos están estrechamente relacionados e incluso se ha llegado a afirmar que el actual fenómeno de la trata de personas es el heredero de la tradicional trata transatlántica de esclavos, que ha ido evolucionando a lo largo del tiempo a pesar de su prohibición formal en el siglo XIX²³. De hecho, la trata es calificada frecuentemente como la esclavitud moderna o la esclavitud del siglo XXI²⁴. No obstante, a pesar de reconocer la importancia que los movimientos abolicionistas de la esclavitud tienen en la primera legislación contra la trata, no hay que olvidar que jurídicamente esclavitud y trata no son conceptos sinónimos, por más que se haya querido utilizar el primero para resaltar la importancia del segundo²⁵.

Aunque la esclavitud ha sido practicada por múltiples civilizaciones a lo largo de la historia de la humanidad, los esfuerzos internacionales para

²³ PICARELLI, J.T., "Historical Approaches to the Trade in Human Beings", en LEE, M. (Ed.), *Human Trafficking*, William Publishing, Devon, 2007, pp. 27 y ss.

²⁴ BALES, K., *Disposable people: new slavery in the global economy*, University of California Press, Berkeley, 2012.

²⁵ SCHROVER, M., "History of Slavery, Human Smuggling and Trafficking 1860-2010", en BRUINSMA, G. (Ed.), *Histories of Transnational Crime*, Springer, Nueva York, 2015, pp. 41-70; WEITZER, R., "Human Trafficking and Contemporary Slavery", *Annual Review of Sociology*, vol. 41, 2015, pp. 227; MAQUEDA ABREU, M.L., "Trata y esclavitud no son lo mismo, pero ¿qué son?", en SUAREZ LÓPEZ, J.M., et al. (Dirs.), *Estudios Jurídicos Penales y Criminológicos. En Homenaje al Prof. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*, vol. II, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 1251-1264. Sobre el concepto de esclavitud, vid. Capítulo II, sección 5.4.

erradicarla nacen con el objetivo de poner fin al comercio transatlántico de esclavos que se originó con el descubrimiento de América. A lo largo del siglo XVI España, Portugal, Gran Bretaña y los Países Bajos construyen sus imperios coloniales utilizando mano de obra esclava²⁶. El sistema de plantación desarrollado en las colonias era un medio de producción muy eficiente, pero requería mucha mano de obra. Por este motivo, ante las dificultades para reclutar trabajadores de las metrópolis y para forzar a los pueblos indígenas, se optó por el trabajo esclavo²⁷. Este suministro de mano de obra esclava encontraba su justificación moral en la consideración de los pueblos de África como “los otros” o “esclavos por naturaleza”²⁸.

A finales del siglo XVIII, grupos abolicionistas radicados principalmente en Gran Bretaña, Estados Unidos²⁹ y Francia³⁰ empezaron sus campañas para erradicar la esclavitud. El movimiento comenzó a dar resultados en Gran Bretaña, donde se prohibió el tráfico de esclavos en 1807³¹, para posteriormente abolir definitivamente la esclavitud en 1834³². Fue tal la movilización popular despertada por los abolicionistas británicos, que una vez conseguidos sus objetivos en el plano interno, intentaron extender la abolición a la esfera internacional³³. El carácter transnacional de estas conductas determinó que, ya desde las primeras iniciativas para eliminar la trata de esclavos, se tuviese conciencia de que el fenómeno debía ser abordado a través de la cooperación internacional. De poco servía prohibir el comercio de esclavos en barcos británicos si estos podían continuar su lucrativo negocio enarbolando otra bandera y enriqueciendo a otro país³⁴. Por este motivo, la expansión internacional del abolicionismo británico partió en un primer momento de la adopción de numerosos tratados bilaterales. Estos utilizaban instrumentos jurídicos propios de la lucha contra la piratería, tales como el mutuo reconocimiento del derecho de búsqueda, visita y captura de buques sospechosos³⁵. Además, muchos contemplaban también la creación de tribunales

²⁶ SCHROVER, M., “History of Slavery”, cit., p. 43.

²⁷ PICARELLI, J.T., “Historical Approaches”, cit., p. 29.

²⁸ PICARELLI, J.T., “Historical Approaches”, cit., p. 29.

²⁹ En los Estados Unidos se prohibió el equipamiento de barcos esclavos en puertos del país en 1794 y se aprobó legislación prohibiendo por completo el comercio de esclavos en puertos o barcos con bandera estadounidense en 1807. No obstante, se dedicaron pocos recursos para implementar esta prohibición, por lo que sus resultados fueron escasos. Vid. MARTINEZ, J.S., “Antislavery Courts and the Dawn of International Human Rights Law”, *The Yale Law Journal*, vol. 117, núm. 4, 2008, p. 564.

³⁰ En 1794 el gobierno revolucionario abolió la esclavitud en las colonias, pero Napoleón lo reestableció en 1803. Vid. MARTINEZ, J.S., “Antislavery Courts”, cit., p. 564.

³¹ Act for the Abolition of the Slave Trade, de 25 de marzo de 1807, 47 Geo. 3, c. 36.

³² VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el derecho internacional*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 52.

³³ ESPALIÚ BERDUD, C., “La definición de esclavitud en el Derecho Internacional a comienzos del siglo XXI”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 28, 2014, p. 8.

³⁴ MARTÍNEZ, J. S., “Antislavery Courts”, cit., p. 563.

³⁵ ESPALIÚ BERDUD, C., “La definición de esclavitud”, cit., p. 8.

internacionales mixtos para facilitar la aplicación de las disposiciones convencionales³⁶.

Posteriormente, a lo largo del siglo XIX y comienzos del siglo XX, se adoptaron tratados multilaterales en los que se apuntaba a la persecución penal del tráfico de esclavos, pero que carecían de mecanismos efectivos de implementación³⁷. Entre estos acuerdos se encuentra el Tratado de París de 1814, en el que Francia se compromete a unir esfuerzos con Gran Bretaña para abolir la trata de esclavos en un plazo de 5 años (artículo 1 de los artículos adicionales). Posteriormente, en el Acta General de Bruselas de 1890³⁸, los Estados parte adquieren un compromiso más concreto al obligarse a adoptar en el plazo de un año legislación penal contra la captura, transporte y trata de esclavos. Además, se refuerza la persecución penal de estas conductas castigando la coautoría y la participación con penas proporcionales a las establecidas para los autores (art. 5). Con el objetivo de monitorizar el cumplimiento de estas medidas, se crearon dos '*International Slavery Bureaus*' en Zanzíbar y Bruselas, si bien su eficacia fue muy limitada³⁹.

Ya en el siglo XX, con el propósito de completar la labor iniciada por los acuerdos anteriores, se aprueba en 1926 la Convención para la Abolición de la Esclavitud de la Sociedad de Naciones, en la que por primera vez se define tanto el concepto de esclavitud como el de trata de esclavos. El artículo 1.1 define trata como "el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan todos los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos". Por su parte, el artículo 1.2 dispone que "la trata de esclavos comprende todo acto de captura, adquisición o cesión de un individuo para venderle o cambiarle; todo acto de cesión por venta o cambio de un esclavo, adquirido para venderle o cambiarle, y en general todo acto de comercio o de transporte de esclavos". Además, este texto hace hincapié en la necesidad de tomar medidas útiles para prevenir, pero sobre todo para reprimir la esclavitud y la trata de esclavos, obligando a los Estados firmantes a imponer "penas severas" para castigar estas infracciones (art. 6).

En definitiva, el movimiento abolicionista fue relativamente exitoso, al menos formalmente, puesto que a mediados del siglo XIX la mayoría de Estados europeos habían emancipado a sus esclavos y las más poderosas fuerzas navales estaban comprometidas con la persecución de la trata. No obstante, la demanda de mano de obra, los incentivos económicos y las creencias ideológicas de

³⁶ MARTÍNEZ, J.S., "Antislavery Courts", cit., p. 552.

³⁷ Vid. FISHER, H., "The Suppression of Slavery in International Law", *The International Law Quarterly*, vol. 3, núm. 1, 1950, pp. 28-51.

³⁸ General Act of the Brussels Conference relative to the African Slave Trade, firmada en Bruselas, el 2 de julio de 1890.

³⁹ Sobre las carencias en la implementación del Acta General de Bruselas vid. MORCOM, C./SCHLOENHARDT, A., *All about Sex?! The Evolution of Trafficking in Persons in International Law*, The University of Queensland Australia, Human Trafficking Working Group, Research Paper, marzo 2011, p. 9; FISHER, H., "The Suppression", cit., pp. 50-51.

aquellos que se beneficiaban del trabajo esclavo no desaparecieron⁴⁰. Tras la proscripción formal de la propiedad de personas, la esclavitud se transformó en situaciones de servidumbre por deudas y trabajos forzados⁴¹, justificados como una lamentable necesidad por los funcionarios de las colonias⁴².

2.2. La trata de blancas

Desde la segunda mitad del siglo XIX, al tiempo que se avanzaba en la lucha contra la trata de esclavos procedente de África, comenzó a surgir en los medios, la población y las instituciones públicas la preocupación por otro tipo de trata: la de mujeres blancas llevadas al extranjero para la explotación comercial de la prostitución. Este cambio de perspectiva se produce en un contexto en el que el incremento de las migraciones internacionales y la regularización del trabajo sexual que estaba teniendo lugar en algunos países europeos provocaron un aumento de la visibilidad de la llamada “prostitución migratoria”⁴³. SCULLY conecta este incremento en la prostitución migratoria femenina con la migración masiva de hombres solteros “del primer mundo” y la “racialización de las jerarquías sexuales” existente en la época, que aumentó la demanda de servicios sexuales de mujeres de “la misma raza y etnia” en los países de destino⁴⁴. En este sentido, son ilustrativas del racismo imperante en la época, las palabras del Secretario del Patronato Real para la Represión de la trata de blancas en España, quien, en una publicación de 1911, habla de las mujeres europeas “llevadas” a países del Extremo Oriente “para uso de los europeos que no gustan de la carne amarilla”⁴⁵.

El aumento de la preocupación por la explotación sexual de mujeres blancas en el extranjero debe enmarcarse también en el conflicto entre los dos principales discursos sobre prostitución en Europa y América en el siglo XIX: el

⁴⁰ PICARELLI, J.T., “Historical Approaches to the Trade in Human Beings”, cit., p. 36 y pp. 27 y 28.

⁴¹ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito*, cit., p. 52; SCHROVER, M., “History of Slavery”, cit., p. 43.

⁴² OLLUS, N., “Regulating Forced Labour and Combating Human Trafficking: the Relevance of Historical Definitions in a Contemporary Perspective”, *Crime, Law and Social Change*, vol. 63, núm. 5, 2015, pp. 221-246.

⁴³ Vid. IGLESIAS SKULJ, A., *La trata de mujeres con fines de explotación sexual: una aproximación político-criminal y de género*, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2013, p. 52; BRAVO, K.E., “Exploiting the Analogy Between Modern Trafficking in Humans and the Transatlantic Slave Trade”, *Boston University International Law Journal*, vol. 25, 2007, p. 217. Un ejemplo de esa institucionalización de la prostitución son las Contagious Diseases Acts de 1864, 1866, y 1869, aprobadas con el objetivo de reducir la prostitución, pero que finalmente, en la práctica, funcionaron como una especie de regularización del trabajo sexual en Inglaterra. Vid. IRWIN, M.A., “White Slavery as a Metaphor: Anatomy of a Moral Panic”, *Ex Post Facto: The History Journal*, vol. 5, 1996, pp. 1-35.

⁴⁴ Por ejemplo, los historiadores suelen afirmar que las primeras prostitutas europeas en Asia llegaron junto con cientos de soldados británicos que iban a luchar en las Guerras del Opio (1841-1842). Vid. SCULLY, E.P., “Pre-Cold War Traffic in Sexual Labor and Its Foes: Some Contemporary Lessons” en KYLE, D./ KOLOWSKI, R. (Eds.), *Global Human Smuggling*, 2ª ed., The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2011, pp. 111-113.

⁴⁵ JUDERÍAS, J., *La trata de blancas. Estudio acerca de este problema en España y en el Extranjero*, Madrid, 1911, p. 25.

regulacionista y el abolicionista. A grandes rasgos, el movimiento regulacionista de la época era partidario de un sistema de prostíbulos con licencia, en los que las prostitutas estuviesen sujetas a determinadas normas, como exámenes médicos o restricciones de movilidad⁴⁶. Por su parte, el abolicionismo (o anti-regulacionismo) veía la regulación de la prostitución por parte del Estado como un modo de controlar y degradar a quienes la ejercían⁴⁷. Además consideraba que no existía la prostitución voluntaria, que todas las prostitutas eran víctimas y, por tanto, era necesario rescatarlas y rehabilitarlas, eliminando por completo la prostitución⁴⁸.

En este contexto, anti-regulacionistas británicos como Josephine Butler o Alfred Dyer comenzaron a difundir historias de explotación sexual de mujeres europeas en el extranjero en sus campañas a favor de la abolición de la prostitución⁴⁹. De acuerdo con este discurso, la prostitución migratoria suponía en todo caso una forma de explotación. Para reforzar esta idea, estos discursos hacían especial hincapié en historias paradigmáticas de mujeres blancas, jóvenes e indefensas secuestradas por hombres extranjeros que las obligaban a prostituirse en Sudamérica, África y Oriente Medio, sin que estas tuviesen posibilidad alguna de escapar⁵⁰. En España, desde las instituciones gubernamentales, fervientes defensoras del abolicionismo, se señalaba que las principales rutas de trata de “jóvenes inexpertas” tenían rumbo a Turquía, Egipto, las colonias de Asia y América, principalmente a Buenos Aires. Se destacaba también que, entre las mujeres que emigraban a América, principalmente las de Galicia, con el pretexto de dedicarse al servicio doméstico, no pocas iban a parar a las casas de prostitución de Buenos Aires⁵¹.

Se acuñó así el término “trata de blancas”, que servía para distinguir la esclavitud sexual femenina de la de los negros africanos, pero que a su vez se identificaba con el movimiento anterior, destacando la situación de coerción y explotación como elementos definitorios⁵². Incluso el escritor francés Víctor

⁴⁶ DOEZEMA, J., “Loose Women or Lost Women: the Re-emergence of the Myth of ‘White Slavery’ in Contemporary Discourses of ‘Trafficking in Women’”, *Gender Issues*, vol. 18, núm. 1, 2000, pp. 26-28.

⁴⁷ LAMMASNIEMI, L., “International Legislation on White Slavery and Anti-Trafficking in the Early Twentieth Century”, en WINTERDYK, J./ JONES, J. (Eds.), *The Palgrave International Handbook of Human Trafficking*, Palgrave, Chad, 2019, p. 4.

⁴⁸ DOEZEMA, J., “Loose Women or Lost Women”, cit., pp. 26-28. Sobre el debate entre ambas posiciones en la época vid. JUDERÍAS, J., *La trata*, cit., p. 32.

⁴⁹ COOTE, W.A. (Secretary International Bureau for the Suppression of the White Slavery), “The World’s Congress on the White Slave Traffic in England”, en CLIFFORD, R., *The Great War on White Slavery*, Garland Publishing, Nueva York- Londres, 1979, p. 399-404.

⁵⁰ DOEZEMA, J., “Loose Women or Lost Women”, cit., pp. 23-28; SCHROVER, M., “History of Slavery”, cit., pp. 50-52.

⁵¹ Vid. JUDERÍAS, J., *La trata de blancas*, cit., pp. 11-20.

⁵² SCARPA, S., *Trafficking in Human Beings: Modern Slavery*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 55; IRWIN, M.A. “White Slavery”, cit; IGLESIAS SKULJ, A., *La trata*, cit., p. 49; ROTH, V., *Defining Human Trafficking and Identifying Its Victims. A Study on the Impact and Future Challenges of*

Hugo llegó a afirmar que “en Europa tenemos otro tipo de trata, no la de esclavos negros, sino la trata de blancas, que es todavía peor”⁵³. La conexión entre ambos fenómenos se manifiesta en el hecho de que un tercio de los líderes de los movimientos anti-prostitución en la década de 1860 había formado parte anteriormente del movimiento anti-esclavitud⁵⁴.

La “trata de blancas” se convirtió rápidamente en objeto de amplia cobertura mediática. En julio de 1885, el diario inglés *Pall Mall Gazette* publicó un artículo titulado “*The Maiden Tribute of Modern Babylon*” en el que se contaban historias sobre raptos, compraventa y violaciones de jóvenes inglesas en prostíbulos en el extranjero, destacando la inocencia y pureza de estas⁵⁵. La noticia tuvo tal impacto que rápidamente se expandió por toda Europa y Estados Unidos y los medios de otros países comenzaron a publicar historias similares. En Galicia, la revista *Vida Gallega* publicó en 1909 un extracto de *La Voz de Galicia* muy representativo, en el que se alerta a la población gallega sobre “el tráfico innoble, canallesco, inhumano” de “muchachas honradas, honestas, apenas entrada la pubertad”, “inexpertas, pedazos de belleza sana por los cuales no han pasado los vientos de la depravación”⁵⁶. Un informe emitido en 1921 por la Sociedad de Naciones ejemplifica la percepción social de este problema a nivel internacional, al afirmar que “mujeres, en su mayoría menores de edad, eran contratadas para ocupar puestos lucrativos, y que luego, siempre con total ignorancia del abominable destino que les esperaba, eran trasladadas a países extranjeros y finalmente abandonadas sin dinero en casas de libertinaje”⁵⁷.

Si bien es cierto que con el aumento de las migraciones femeninas en la segunda mitad del siglo XIX algunas mujeres europeas fueron forzadas a prostituirse, la mayoría de los investigadores están de acuerdo en que el fenómeno de la trata de blancas existió más en la percepción pública que en la realidad. La mayoría de víctimas no se correspondían con la imagen estereotípica proyectada por la prensa y las instituciones públicas. Hoy se estima que el 99% de las víctimas eran mujeres no blancas⁵⁸. Por este motivo, puede hablarse de la

International, European and Finnish Legal Responses to Prostitution-Related Trafficking in Human Beings, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2012, pp. 42 y ss.

⁵³ Citado en IRWIN, M.A. “White Slavery”, cit.; SCULLY, E.P., “Pre-Cold War”, cit., p. 131.

⁵⁴ DAY, S., “The Re-emergence of Trafficking: Sex Work between Slavery and Freedom”, *Journal of the Anthropological Institute*, vol. 4, núm. 16, 2010, p. 821.

⁵⁵ Vid. IRWIN, M.A., “White Slavery”, cit.; JUDERÍAS, J., *La trata de blancas*, cit., p. 6.

⁵⁶ *Vida Gallega*, Núm extr. mayo 1909, p. 13.

⁵⁷ SCARPA, S., *Trafficking*, cit., p. 56.

⁵⁸ SCULLY, E.P., “Pre-Cold War”, cit., p. 120. SCULLY explica que las mujeres blancas dedicadas a la prostitución en el extranjero eran en su mayoría mujeres alfabetizadas, con edades comprendidas entre los 27 y los 35 años, que se dedicaban a la prostitución en el país de origen y que buscaban nuevas oportunidades en Asia o América, p. 113. Corroboran esta información los estudios encargados por la Sociedad de Naciones en la década de 1920. Vid. KNEPPER, P., “Measuring the Threat of Global Crime: Insights from Research by the League of Nations into the Traffic in Women”, *Criminology*, vol. 50, núm. 3, p. 2012, pp. 777-809. Vid. también: POMARES CINTAS, E., “La metamorfosis del concepto de trata de blancas en el seno de la Sociedad de Naciones como

trata de blancas como un “mito cultural”, entendiendo “mito” no como algo absolutamente falso, sino como un pensamiento colectivo que simplificaba un fenómeno extramadamente complejo⁵⁹. En cualquier caso, la trata de blancas provocó una gran conmoción en la opinión pública, instalando en el imaginario colectivo una idea estereotipada de las víctimas de la trata que ha perdurado durante décadas⁶⁰. Desde este momento, nace también un vínculo entre trata de personas y prostitución que determinó la posterior evolución legislativa en la materia.

Así, ante la expansión del pánico a la trata de blancas, la reacción de la comunidad internacional no se hizo esperar y se aprobaron diversos instrumentos jurídicos. El primero de ellos, el Acuerdo Internacional para la Supresión del Tráfico de Blancas, firmado en París el 18 de mayo de 1904, es un texto centrado en las obligaciones sociales de los Estados de vigilar posibles casos de trata y garantizar el bienestar de las víctimas. Para ello, se da especial importancia a la cooperación internacional a través del intercambio de información entre autoridades encargadas de centralizar todos los datos disponibles al respecto en cada país firmante. Esta información no solo serviría para detectar posibles casos de trata, sino para garantizar una eventual repatriación⁶¹. Además, se establecen medidas de asistencia provisional y de reparto de “gastos de transferimiento”⁶² cuando la mujer o niña que deba repatriarse carezca de recursos⁶³. En España, la autoridad encargada del intercambio de información era el Patronato Real para la Represión de la Trata de Blancas, que ya había sido creado por Real Decreto de 10 de julio de 1902, con el objeto de “secundar la acción del Estado y estimular el interés social en favor de esta obra redentora y cristiana”⁶⁴. Asimismo, en casi todos los países de Europa los fiscales recibieron órdenes de proceder con la mayor energía contra los tratantes y se inició una campaña represiva a grande escala⁶⁵.

Dada la ineficacia del acuerdo de 1904, que no ofrecía una definición de trata ni la obligación de criminalizar estas conductas, se decidió adoptar otro texto. El Convenio Internacional para la Supresión del Tráfico de Trata de Blancas,

paradigma del control de los flujos migratorios contemporáneos”, en PÉREZ ALONSO, E./OLARTE ENCABO, S. (Dir.)/ MERCADO PACHECO, P./ RAMOS TAPIA, I. (Coords.), *Formas contemporáneas de esclavitud y Derechos Humanos en clave de globalización, género y trata de personas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 629.

⁵⁹ GRITNER, F.K., *White Slavery: Myth, Ideology and American Law*, Garland, New York, 1990, p. 7.

⁶⁰ LOBASZ, J.K., “Beyond Border Security: Feminist Approaches to Human Trafficking”, *Security Studies*, núm. 18, vol. 2, 2009, p. 342; OUDE BREUIL, B.C./ SIEGEL, D./ VAN REENEN, P./ BEIJER, A./ ROOS, L., “Human Trafficking revisited: legal, enforcement and ethnographic narratives on sex trafficking to Western Europe”, *Trends in Organised Crime*, vol. 14, 2011, pp. 30-46; MCCARTHY, L.A., “Human Trafficking and the New Slavery”, cit., p. 225.

⁶¹ LAMMASNIEMI, L., “International Legislation on White Slavery”, cit., pp. 5-6.

⁶² “Gastos de transferimiento” son las palabras exactas usadas en el Acuerdo.

⁶³ Vid. JUDERÍAS, J., *La trata de blancas*, cit., pp. 29 y ss.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 35.

⁶⁵ *Ibid.*, pp. 29 y ss.

firmado en París en mayo de 1910, recoge por primera vez medidas de carácter penal. Así, establece la obligación de castigar a quien, “para satisfacer las pasiones de otro”, capte “para propósitos inmorales” a mujeres y niñas menores de edad⁶⁶, con o sin su consentimiento; o a mujeres adultas cuando medie violencia, amenazas, abuso de autoridad o cualquier otro tipo de coacción⁶⁷. Al igual que en el texto predecesor, se sigue destacando el carácter transnacional de la ofensa, y, por consiguiente, persiste la preocupación por garantizar el intercambio de información entre distintos países⁶⁸. Además, se introduce por primera vez la obligación de incluir la trata de blancas en la lista de infracciones que dan lugar a extradición (art. 5).

Con el objetivo de “asegurar de manera más completa” los objetivos establecidos en el Acuerdo de 1904 y el Convenio de 1910, se aprobó en 1921, en el marco de la Sociedad de Naciones, la Convención Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Niños. Este instrumento busca promover la adhesión a los textos anteriores (art. 1), castiga la tentativa y los actos preparatorios (art. 3) y refuerza el compromiso de extradición (art. 4). Si bien en este sentido el texto aprobado en 1921 representa la continuidad de los acuerdos alcanzados anteriormente, no pueden obviarse las importantes novedades que introdujo. En primer lugar, basta con leer el título del Convenio para ver que se ha abandonado el término “trata de blancas”, para ser sustituido por “trata de mujeres y niños”, que extiende la protección a mujeres no blancas y a niños de ambos sexos⁶⁹. Otra innovación a destacar, aunque no tan obvia, es que empieza a vislumbrarse un cambio en la perspectiva desde la cual el Derecho se acerca al fenómeno de la trata de personas. Sin abandonar completamente la asociación de la trata con el secuestro de niñas inocentes forzadas a prostituirse, se habla aquí abiertamente de “mujeres y menores que buscan empleo en otro país”, lo que

⁶⁶ De acuerdo con el Protocolo Final a este Convenio, la mayoría de edad se alcanzaba como mínimo los 20 años, pero se podía establecer una edad mayor de protección siempre que fuese la misma para mujeres y niñas de todas las nacionalidades.

⁶⁷ No obstante, el Protocolo Final deja a los Estados la posibilidad de criminalizar “la contratación de personas mayores de edad” incluso cuando han consentido.

⁶⁸ El artículo 6 recoge reglas sobre la trasmisión de exhortos, mientras que el artículo 7 establece la obligación de comunicarse condenas por infracciones objeto de esta convención.

⁶⁹ Es importante señalar que el término “blancas”, utilizado en los dos textos internacionales anteriores, iba mucho más allá del color de la piel y tenía profundas connotaciones de clase, nacionalidad y “pureza”. Por citar algún ejemplo, las mujeres judías no eran consideradas blancas y, en ocasiones, aquellas que se dedicaban abiertamente a la prostitución tampoco. De hecho, la mayoría de los Estados firmantes de los convenios contra la trata de blancas había formulado reservas sobre su aplicabilidad en sus territorios coloniales, para que las mujeres de las colonias no pudiesen ser consideradas “blancas” según la ley. Vid. LAMMASNIEMI, L., “International Legislation on White Slavery”, cit., pp. 7 y ss.

La eliminación del término “blancas” es consecuencia de la creciente preocupación en el seno de la Sociedad de Naciones por la explotación sexual en Asia, conocida en su momento como “*yellow slavery*”. Vid. SCHROVER, M., “History of Slavery”, cit., pp. 55-59.

potencia un acercamiento al problema de la trata desde la perspectiva de la inmigración⁷⁰.

La huella del movimiento abolicionista sigue dejándose notar con fuerza en las dos siguientes convenciones sobre esta materia⁷¹. La Convención Internacional relativa a la Supresión del Tráfico de Mujeres Mayores de Edad, adoptada en 1933, criminaliza a quien “haya conseguido, arrastrado o seducido” a mujeres mayores de edad para la prostitución aun con su consentimiento (art. 1). De este modo, el consentimiento resulta irrelevante, tanto si se trata de menores de edad, como ya contemplaba el Convenio de 1910, como de mayores de edad.

Por su parte, el Convenio para la Represión de la Trata de Personas y la Prostitución Ajena, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1949, busca fusionar y consolidar todos los instrumentos anteriores en un único texto, acentuando el enfoque anti-prostitución⁷². No solo se criminaliza la conducta del que concierte o explote la prostitución de otra persona, incluso si es consentida, sino que también se prohíben expresamente determinadas medidas regulacionistas, como los registros especiales de prostitutas (art. 6). Por ello, se ha afirmado que el objeto de atención de este Convenio era, en realidad, la prostitución migrante voluntaria⁷³.

En línea con los textos anteriores, el Convenio de 1949 mantiene una perspectiva fuertemente centrada en la represión, en la que la estrategia principal contra la trata es el castigo penal de los tratantes. Siguen siendo punibles la tentativa, los actos preparatorios (art. 3) y la participación intencional (art. 4). Además, se intenta asegurar la extradición (arts. 8 y 9), el intercambio de información (arts. 14 y 15) y la cooperación internacional a través de comisiones rogatorias (art. 13). Este enfoque criminocéntrico deja en un segundo plano la protección de los derechos humanos de las víctimas. La convención obliga a los Estados parte a tomar medidas relativas a la prevención de la prostitución y la adaptación social de las víctimas (art. 16), pero en ningún momento aborda las causas o las situaciones que dan lugar a la trata⁷⁴. Por si esto fuese poco, las víctimas que carezcan de residencia legal podían ser deportadas, a través de un

⁷⁰ En el mismo sentido, vid. POMARES CINTAS, E., “La metamorfosis”, cit., pp. 625-646.

⁷¹ LAMMASNIEMI, L., “International Legislation on White Slavery”, cit., p. 10.

⁷² Este enfoque debe contextualizarse en el momento histórico de posguerra en el que se adopta el texto. Tras la Primera y la Segunda Guerra Mundial, la prostitución llegó a considerarse en algunos países como una amenaza a la seguridad nacional, la salud y la moral, al asociarla con la expansión de enfermedades venéreas. Vid. LAMMASNIEMI, L., “International Legislation on White Slavery”, cit., p. 10.

⁷³ POMARES CINTAS, E., “La metamorfosis”, cit., p. 645.

⁷⁴ CUOMARASWAMY, R., Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences on trafficking in women, women’s migration and violence against women, submitted in accordance with Commission on Human Rights resolution 1997/44, E/CN.4/2000/68, 29 de febrero de 2000, pp. 11-12.

proceso que podía conllevar detenciones y “rehabilitaciones” forzadas⁷⁵. Por este motivo, en el año 2000, la Relatora Especial de la ONU sobre la violencia contra la mujer señaló que este convenio había aumentado la vulnerabilidad y la marginalización de las mujeres, tachándolo de ineficaz para proteger de los derechos de las víctimas y combatir la trata⁷⁶.

A pesar de las duras críticas recibidas, es de justicia destacar que el Convenio de 1949 presenta también innovaciones positivas. La más remarcable es que, al hablar de trata de “personas”, se adopta por primera vez una terminología neutral, que incluye a hombres y niños, y no solo a mujeres y niñas blancas⁷⁷. Es importante también el hecho de que se intenten tomar medidas dirigidas a asegurar su implementación, si bien estas fueron muy débiles y generalmente ineficaces⁷⁸.

En definitiva, el Convenio de 1949 es el último de una serie de tratados que intentaron responder a la trata de personas principalmente desde la perspectiva de la erradicación de la prostitución, pero también, de un modo incipiente, a través del control migratorio. Aunque fueron adoptados bajo la retórica de la defensa de los derechos de las mujeres, carecen de disposiciones que efectivamente protejan a las víctimas de la trata⁷⁹. Además, estos primeros convenios reflejan una visión de la trata limitada al tráfico transnacional de mujeres y niñas para la explotación sexual que continúa dominando las conceptualizaciones contemporáneas de este fenómeno⁸⁰.

2.3. El resurgimiento del discurso anti-trata

Durante la Segunda Guerra Mundial y la Guerra Fría se produjo un parón en la evolución normativa internacional contra la trata de seres humanos⁸¹. Con la división en bloques, los flujos migratorios se redujeron considerablemente y, aunque es altamente probable que la trata se siguiese produciendo en Europa y

⁷⁵ CUOMARASWAMY, R., Report of the Special Rapporteur, cit., p. 12.

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito*, cit., p. 159.

⁷⁸ BRUCH, E.M., “Models Wanted: the Search for an Effective Response to Human Trafficking”, *The Stanford Journal of International Law*, vol. 40, núm. 1, 2004, p. 10.

⁷⁹ Vid. LAMMASNIEMI, L., “International Legislation on White Slavery”, cit., p. 10.

⁸⁰ MORCOM, C./ SCHLOENHARDT, A., *All about Sex?!*, cit., p. 17.

⁸¹ Aunque entre 1949 y 2000 no se aprobó ningún instrumento legislativo específico sobre trata, sí se aprobaron disposiciones sobre esta materia en otros convenios. Un ejemplo es la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada en 1979, que prohíbe todas las formas de trata de mujeres. Para un análisis del papel que ocupaba la trata en los organismos internacionales en este período, vid. SUCHLAND, J., *Economies of Violence. Transnational Feminism, Postsocialism, and the Politics of Sex Trafficking*, Duke University Press, Durham-London, 2015, pp. 53 y ss.

otras regiones, este dejó de ser un tema de interés para las grandes potencias y sus aliados, más preocupados por la seguridad entendida en sentido clásico⁸².

A partir de finales de la década de los 80, la preocupación por la trata de personas reapareció tanto para los legisladores como para la población en general. Tras la caída del muro de Berlín y la disolución de la Unión Soviética se produjo un importante incremento en las migraciones⁸³. De nuevo comenzaron a divulgarse con rapidez historias terribles de mercadeo a gran escala de mujeres y niñas pobres que eran explotadas sexualmente. Tal y como había ocurrido en la lucha contra la trata de blancas, el problema fue originariamente sobredimensionado⁸⁴. A finales de los años 90 los datos generalmente aceptados sobre trata de personas, basados en diferentes fuentes estadísticas, sostenían que 4 millones de personas eran víctimas de la trata anualmente, que 27 millones de individuos se encontraban en situación de esclavitud y que la trata de seres humanos era un negocio que producía entre 5 y 7 billones de dólares por año, solo menos rentable que el tráfico de drogas o armas⁸⁵. No obstante, a pesar de la falta de estadísticas fiables para calcular el número de víctimas que todavía persiste, hoy está generalmente aceptado el hecho de que el número real de víctimas era menor⁸⁶, aunque no por ello dejase de ser preocupante.

Al igual que en la etapa anterior, surge un mito o interpretación estereotípica de la realidad, que tiene éxito porque reduce la complejidad del fenómeno de la trata de personas a un simple problema de víctima y villano⁸⁷. Así, la construcción de una víctima ideal es muy similar a la del siglo anterior: una mujer joven, indefensa, inocente y que bajo ningún concepto eligió ser prostituta⁸⁸. Para reforzar esta idea, las representaciones contemporáneas mantienen el uso de descripciones sensacionalistas y el lenguaje emotivo propio de las antiguas historias sobre la trata de blancas⁸⁹. No obstante, las víctimas

⁸² Vid. MAKEY, V., "Human Trafficking in the Post-Cold War Period: Towards a Comprehensive Approach", *Journal of International Affairs*, 29 de enero de 2013.

⁸³ Sobre el resurgir de la preocupación sobre la trata y la caída de la Unión Soviética, vid. MILIVOJEVIC, S./ PICKERING, S., "Trafficking in People, 20 Years on Sex, Migration and Crime in the Global Anti-Trafficking Discourse and the Rise of the 'Global Trafficking Complex'", *Current Issues in Criminal Justice*, vol. 25, núm. 2, 2013, pp. 587-8; ROTH, V., *Defining Human Trafficking*, cit., p. 44.

⁸⁴ BRAVO, K.E., "Exploiting the Analogy", cit., pp. 218-20; SUCHLAND, J., *Economies of Violence*, cit., pp. 53 y ss.

⁸⁵ BRAVO, K.E., "Exploiting the Analogy", cit., p. 218.

⁸⁶ El problema de estos datos es que suelen obtenerse usando metodologías problemáticas y definiciones inciertas. Vid. WEITZER, R., "New Directions in Research on Human Trafficking", cit., pp. 6-24. Sobre la exageración de las cifras sobre trata en España, vid. MACHADO RUIZ, M.D., "Desmontando el discurso oficial sobre la trata de seres humanos", en LAURENZO COPELLO, P./ DURÁN MUÑOZ, R. (Coords.), *Diversidad cultural, género y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 605-630.

⁸⁷ DOEZEMA, J., "Loose Women or Lost Women", cit., p. 45.

⁸⁸ DOEZEMA, J., "Loose Women or Lost Women", cit., p. 37; LOBASZ, J.K., "Beyond Border Security", cit., pp. 338 y ss.

⁸⁹ DOEZEMA, J., "Loose Women or Lost Women", cit., p. 31.

prototípicas ya no son exclusivamente mujeres blancas occidentales, sino del tercer mundo o de los países de Europa del Este, que son secuestradas o engañadas para viajar a la ciudad o a otro país con la promesa de conseguir un trabajo bien pagado⁹⁰. De forma consecuente con esta visión de las víctimas, en la otra cara de la moneda se sitúan las redes de crimen organizado, extremadamente violentas, llegadas especialmente de los países del Este⁹¹.

Con el resurgir de estas ideas preconcebidas de la trata regresan también sus efectos más perversos. La construcción de una víctima ideal hace que solo los casos más extremos y estereotipados sean considerados trata⁹². Aquellas mujeres que emigran sabiendo que se dedicarán a la prostitución, pero que encuentran unas condiciones de abuso y explotación que nada tienen que ver con las pactadas, son frecuentemente consideradas cómplices de su propia explotación, no merecedoras del status de víctima y la protección que este conlleva⁹³. Además, en ese ímpetu por evitar que mujeres “inocentes” cayesen en las redes de la trata, se promovió el miedo a emigrar y se impulsaron fuertes medidas de represión de la inmigración⁹⁴.

Desde las instituciones de la UE, temerosas de la afluencia de migrantes del Este, se buscó equilibrar la relajación de los controles fronterizos internos con un fortalecimiento de los controles fuera del Espacio Schengen⁹⁵. La política criminal a nivel internacional, fuertemente influenciada por los Estados Unidos, puso el foco de atención en el aumento de la delincuencia en los países de la antigua Unión Soviética, en lugar de en la inestabilidad económica en la región, como causas del incremento en los casos de trata⁹⁶. El control de la inmigración y la represión penal de los tratantes se convierten entonces en elementos clave en la política legislativa del momento. En este contexto surgió la legislación internacional contemporánea en la materia, que ha sido fuertemente criticada

⁹⁰ DOEZEMA, J., “Loose Women or Lost Women”, cit., pp. 31-34.

⁹¹ MILIVOJEVIC, S./ PICKERING, S., “Trafficking in People”, cit., pp. 588-9; SUCHLAND, J., *Economies of Violence*, cit., pp. 53 y ss; MCCARTHY, L.A., “Human Trafficking”, cit., pp. 227-8.

⁹² LOBASZ, J.K., “Beyond Border Security”, cit., p. 341; OUDE BREUIL, B.C, et al., “Human Trafficking revisited”, cit., p. 34; IGLESIAS SKULJ, A., *La trata*, cit., p. 85.

⁹³ GOODEY, J., “Sex Trafficking in Women from Central and East European Countries: Promoting a ‘Victim-centred’ and ‘Woman-centred’ Approach”, *Feminist Review*, núm. 76, 2004, p. 33; DOEZEMA, J., “Loose Women or Lost Women”, cit., p. 37; ROTH, V., *Defining Human Trafficking*, cit., p. 73. Es importante señalar que esta discriminación de las víctimas “culpables” no se produce conscientemente, sino por la influencia de estos discursos de los que es difícil escapar. Vid. SOIRILA, U., *Trafficking in Human Beings and Foucauldian Biopower: A case study in the expansion of the human rights phenomenon*, Master’s Thesis, University of Helsinki, September 2011.

⁹⁴ Señala DOEZEMA que el mensaje enviado era claro: mantén a tus mujeres en casa o pueden ser las próximas víctimas. Para ello, se adoptaron medidas de represión de la inmigración como limitar el número de visados concedidos a mujeres de los países de origen, aumentar la vigilancia en las fronteras y establecer sanciones más altas para los inmigrantes irregulares y para aquellos que faciliten su entrada o permanencia en los países de destino. DOEZEMA, J., “Loose Women or Lost Women”, cit., p. 44.

⁹⁵ LOBASZ, J.K., “Beyond Border Security”, cit., p. 327.

⁹⁶ SUCHLAND, J., *Economies of Violence*, cit., pp. 53 y ss.

por estar más influenciada por el “renovado impulso en la lucha contra el fantasma de la trata de blancas” que por “la voluntad de poner fin a las modernas manifestaciones de la esclavitud”⁹⁷.

2.4. El Protocolo de Palermo

A finales del siglo XX la trata de personas comenzó a verse como un componente más de la lucha contra el crimen organizado y, como consecuencia, el asunto pasó al primer plano de la agenda política internacional. A pesar de la gran atención que se ha prestado a esta cuestión, los datos empíricos disponibles sobre las redes organizadas dedicadas a la trata son todavía escasos. Suele asumirse que la trata, especialmente la transnacional, no puede ocurrir si no es en el marco de la criminalidad organizada, obviando que la casuística muestra que los sujetos activos de la trata pueden ser también redes organizadas de pequeño tamaño, amigos o familiares de las víctimas o incluso un solo individuo⁹⁸. No obstante, acentuar los vínculos con las redes dedicadas a la delincuencia organizada transnacional contribuyó a aumentar alarma social y sirvió para justificar la adopción de medidas más duras y una mayor dotación de recursos⁹⁹.

Por la propia naturaleza de estos delitos, entre esas medidas represivas destacaron especialmente las relacionadas con los controles migratorios. Así, la persecución penal de los tratantes, la adopción de políticas migratorias restrictivas y la repatriación de las víctimas se convirtieron en los elementos clave de las estrategias contra la trata¹⁰⁰. Estos elementos se ven consagrados en el año 2000 en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada (en adelante Convención de Palermo) y su Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños (en adelante Protocolo de Palermo), donde se recoge el actual marco legal internacional en la materia.

La Convención de Palermo es esencialmente un instrumento de cooperación internacional cuyo objetivo central es combatir el crimen organizado transnacional de un modo más efectivo. En línea con lo anterior, el Protocolo también deja claro que sus preocupaciones principales son la

⁹⁷ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La moderna esclavitud y su relevancia jurídico-penal”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, núm. 10, 2013, p. 295.

⁹⁸ VERMEULEN, G./ VAN DAMME, Y./ DE BONDT, W., “Perceived Involvement of “Organised Crime” in Human Trafficking and Smuggling”, *International Review of Penal Law*, vol. 81, núm. 1-2, 2010, pp. 247-273; VIUHKO, M., “Hardened professional criminals, or just friends and relatives” The diversity of offenders in human trafficking”, *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*, vol. 42, núm. 2-3, 2018, pp. 177-193.

⁹⁹ MILIVOJEVIC, S./ PICKERING, S., “Trafficking in People”, cit., p. 590; SUCHLAND, J., *Economies of Violence*, cit., pp. 53 y ss.

¹⁰⁰ SEGRAVE, M./ MILIVOJEVIC, S., “Trafficking in People”, cit., p. 134.

criminalización, el enjuiciamiento de los traficantes y la vigilancia fronteriza¹⁰¹. Precisamente fue la preocupación por aquellos aspectos de la trata que afectan a la soberanía y la seguridad nacional lo que motivó la creación de un protocolo adicional¹⁰². La trata de personas se percibía más como una amenaza para los Estados que para los derechos humanos de las víctimas, y las políticas criminales al respecto concordaban con esta percepción. Por ello, aunque el Protocolo recoge medidas relacionadas con la prevención y la protección de las víctimas¹⁰³, estas son vagas y discrecionales, mientras que, por el contrario, las provisiones en materia de justicia criminal son vinculantes para todos los Estados parte.

Esta aproximación meramente represiva o criminocéntrica, heredada de los convenios contra la trata de blancas, ha sido muy controvertida. Es cierto que al situar la trata bajo el auspicio de la Oficina contra la Droga y el Crimen de la ONU (UNODC) se da un impulso a la lucha contra este delito, dando lugar a la adopción de medidas internacionales, regionales y nacionales que pocas veces se consiguen en instrumentos de protección de los derechos humanos¹⁰⁴. Estas medidas permiten obtener resultados concretos: perseguir a los tratantes directamente, e, idealmente, impedir que vuelvan a delinquir¹⁰⁵. Sin embargo, la aproximación criminocéntrica, aunque necesaria, resulta por sí sola insuficiente. Si no se tienen en cuenta los derechos humanos, es imposible ofrecer una adecuada protección a las víctimas y atajar las causas del problema para poder prevenirlo.

La perspectiva criminocéntrica ofrece además otras limitaciones. En primer lugar, para poder criminalizar una conducta y evitar repuestas descoordinadas por parte de las diferentes autoridades nacionales, urgía alcanzar una definición de trata internacionalmente aceptada. Para ello era necesario reconciliar dos viejas visiones antagónicas sobre la prostitución: el abolicionismo y el regulacionismo. La primera postura estaba representada en los trabajos preparatorios del Protocolo de Palermo por la Coalición contra la Trata de Mujeres (CATW), mientras que la segunda era defendida por un conjunto de asociaciones entre las que destacaba la Alianza Global contra la Trata de Mujeres (GAATW)¹⁰⁶, y por distintos países partidarios de una u otra posición.

Desde la CATW mantienen una postura semejante a la predominante en los convenios contra la trata de blancas. Argumentan que la prostitución siempre

¹⁰¹ BRAVO, K.E., "Exploiting the Analogy", cit., p. 231.

¹⁰² SCARPA, S., *Trafficking*, cit., pp. 70-1.

¹⁰³ Los artículos 6 y 7 instan a los estados parte a proteger la privacidad de las víctimas; a prever su recuperación física, psicológica y social; a posibilitar la obtención de indemnizaciones por daños; o incluso a permitir su permanencia en el territorio de destino. No obstante, todas estas medidas van acompañadas de fórmulas como "cuando proceda" o "en la medida en que lo permita su derecho interno", que atemperan las obligaciones de los estados.

¹⁰⁴ SEGRAVE, M./ MILIVOJEVIC, S., "Trafficking in People", cit., pp. 134-5.

¹⁰⁵ BRUCH, E.M., "Models Wanted", cit., p. 17.

¹⁰⁶ IGLESIAS SKULJ, A., *La trata*, cit., p. 100.

es degradante y perjudicial para la mujer y que, en consecuencia, no puede haber una distinción entre prostitución forzada y libre. Así, añaden que aquellos Estados que toleran, regulan o legalizan la prostitución están permitiendo violaciones continuadas de los derechos humanos de las mujeres. Desde esta posición, toda prostitución es esclavitud sexual, y, por tanto, las medidas para erradicar el comercio sexual son necesariamente medidas contra la trata. Por su parte, el regulacionismo rechaza la idea de que el trabajo sexual sea siempre forzado e intrínsecamente degradante. Este movimiento ve la prostitución voluntaria como un trabajo más del sector servicios y considera que la criminalización del trabajo sexual como opción libremente aceptada es una negación del derecho a la libre determinación. Desde esta perspectiva, argumentan que es precisamente la falta de protección de los derechos de las trabajadoras sexuales lo que permite la existencia de situaciones de explotación. Por ello, la regulación de la prostitución es para esta postura la mejor solución al problema¹⁰⁷.

Ante estas visiones contrapuestas y la falta de acuerdo después de más de dos años de negociaciones, se optó por utilizar una fórmula abierta que no asumiese ni excluyese la posibilidad de que la prostitución voluntaria de adultos fuese considerada trata. Con la inclusión de la expresión “explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual”, el Protocolo de Palermo deja libertad a los Estados parte para adoptar la postura ideológica sobre la prostitución más acorde con su legislación interna y se garantiza un mayor número de ratificaciones¹⁰⁸.

Así pues, la trata de personas quedó definida en el artículo 3 del Protocolo de Palermo como:

“la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”.

¹⁰⁷ Sobre los argumentos de ambas posiciones y su influencia en los trabajos preparatorios de Palermo, vid. ANDERSON, B./ ANDRIJASEVIC, A., “Sex, Slaves and Citizens: the Politics of Anti-Trafficking”, *Soundings*, núm. 40, 2008, p. 139; LOBASZ, J.K., “Beyond Border Security”, cit., pp. 335 y ss; STOYANOVA, V., *Human Trafficking*, cit., pp. 62 y ss; ROTH, V., *Defining Human Trafficking*, cit., pp. 21 y ss.

¹⁰⁸ MORCOM, C./ SCHLOENHARDT, A., *All about Sex?!*, cit., p. 23.

Más allá del debate sobre la prostitución, o precisamente por haber esquivado esta cuestión¹⁰⁹, el Protocolo de Palermo supone un hito fundamental en la evolución normativa en la materia, puesto que por primera vez se alcanza una definición de la trata de personas internacionalmente aceptada. Esta definición intenta consolidar en un único instrumento las diversas aproximaciones a la trata que habían existido hasta el momento: desde la lucha contra la esclavitud, la prostitución o la explotación laboral a la protección de los derechos humanos y de los derechos de los menores¹¹⁰. La nueva perspectiva holística supone un claro avance respecto a textos anteriores: hace posible que se incluyan entre los fines de la trata otros tipos de explotación, no solo la sexual. No obstante, se ha criticado que una definición tan extensiva hace que en ocasiones sea difícil determinar qué es trata y qué no lo es. Consecuentemente, es difícil medir de un modo riguroso el impacto y la efectividad de las estrategias contra la trata¹¹¹. Además, se considera que con un concepto tan amplio se obvia que la trata presenta tipologías totalmente diferentes frente a las que no se requieren las mismas medidas¹¹². Como ejemplifican SEGRAVE y MILIVOJEVIC, no se puede prevenir y responder al tráfico de órganos con las mismas medidas que se usan para combatir la trata para la explotación laboral en la industria pesquera¹¹³.

Después de casi dos décadas desde la aprobación del Convenio y el Protocolo de Palermo, es difícil valorar su efectividad. Sin duda el Protocolo ha contribuido a la creación de un concepto normativo internacional de trata que ha sido incorporado en las legislaciones internas de la mayor parte de países del mundo. La obligación de criminalizar la trata ha permitido contar con un instrumento para castigar estas conductas en aquellos casos en que son identificadas. No obstante, el problema está lejos de ser erradicado.

2.5. Evolución normativa en materia de trata de personas en Europa

a) Primeras medidas: claro enfoque criminocéntrico

En una primera etapa, en los años 90, las políticas europeas en materia de trata de personas seguían la misma dirección que las internacionales, es decir, adscribían estos casos al ámbito de la prostitución, la inmigración ilegal y la criminalidad organizada. Se recurría al Derecho Penal y al refuerzo de los controles fronterizos, obviando la adopción de garantías de protección para las víctimas. Un ejemplo de esta estrategia en el ámbito de la Unión Europea es la Acción Común de 24 de Febrero de 1997 (97/154/AC), cuyo objetivo es establecer normas comunes contra la trata “con el fin de facilitar la lucha contra

¹⁰⁹ Se ha considerado que, al dejar al margen la cuestión de la prostitución, se trascienden las típicas conceptualizaciones sobre las víctimas y los propósitos del tráfico, permitiendo avanzar en el debate sobre otros tipos de trata. En MORCOM, C./ SCHLOENHARDT, A., *All about Sex?!*, cit., p. 23.

¹¹⁰ *Ibid.*, pp. 26-7.

¹¹¹ SEGRAVE, M./ MILIVOJEVIC, S., “Trafficking in People”, cit., p. 135.

¹¹² MORCOM, C./ SCHLOENHARDT, A., *All about Sex?!*, cit., pp. 26-7.

¹¹³ SEGRAVE, M./ MILIVOJEVIC, S., “Trafficking in People”, cit., p. 140.

determinadas formas de inmigración ilegal y de mejorar la cooperación judicial en materia penal”.

Esta Acción Común de 1997 apuntaba a la armonización de las legislaciones domésticas instando a los Estados miembros a criminalizar la trata de seres humanos definida como “cualquier conducta que facilite la entrada, tránsito, residencia o salida del territorio de un Estado miembro, con fines lucrativos, para la explotación sexual o los abusos sexuales”. Se fomenta también la cooperación judicial y policial siguiendo la línea marcada por el Programa STOP, aprobado por la Acción Común de 29 de noviembre de 1996 (96/700/AC), para fomentar la formación, las acciones coordinadas y el intercambio de información entre autoridades responsables de la acción contra la trata y la explotación sexual de menores.

El enfoque criminocéntrico se muestra claramente en la Decisión Marco 2002/629/JAI, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, que derogó la Acción Común de 1997. Este instrumento ahonda en el establecimiento de una única tipificación del delito de trata para todos los Estados miembro. Para ello, recoge una definición de la infracción que reproduce casi íntegramente la prevista en el Protocolo de Palermo¹¹⁴, aunque la Decisión no incluye la extracción de órganos entre los fines de explotación (art. 1). Además de un tipo común, la Decisión de 2002 establece cuatro supuestos agravados castigados con penas privativas de libertad no inferiores a ocho años (art. 3)¹¹⁵. Las demás medidas adoptadas en este texto, como garantizar la posible responsabilidad de las personas jurídicas (art. 5) y la competencia judicial a través de los principios de territorialidad y nacionalidad activa (art. 6), siguen la misma tendencia orientada a asegurar la condena de los infractores. No obstante, la Decisión resulta insuficiente en lo relativo a la prevención y a la protección de las víctimas, ya que únicamente se contemplan medidas de asistencia cuando las víctimas sean menores (art. 8).

b) Incipiente protección de los derechos humanos de las víctimas

Sin desviar el foco de acción de las políticas contra la inmigración ilegal y el crimen organizado, a partir de 2004 comienzan a incluirse también ciertas medidas de protección de los derechos humanos de las víctimas. La Directiva 2004/81/CE, de 29 de abril de 2004, representa un hito en este sentido al establecer un permiso de residencia para nacionales de terceros países que hayan sido víctimas de trata y que cooperen con las autoridades competentes. Este permiso, que tiene una duración mínima de 6 meses, se concede si las autoridades

¹¹⁴ Es necesario mencionar que la Comunidad Europea firmó el Convenio y los Protocolos de Palermo el 8 de diciembre de 2000 a través de la Decisión del Consejo 2001/87/CE.

¹¹⁵ Estos tipos agravados son: que se ponga en peligro la vida de la víctima, que se cometa contra persona particularmente vulnerable, que se use violencia o se causen a la víctima daños graves, o que se cometan en el marco de una organización delictiva.

estiman que la estancia es conveniente para las investigaciones, que la víctima muestra una clara voluntad de cooperación y que ha roto todas las relaciones con los presuntos infractores (art. 8).

El texto es especialmente prolijo, aunque con lenguaje en muchas ocasiones potestativo¹¹⁶, al referirse al trato dispensado a las víctimas antes y tras la expedición del permiso. Se hace referencia a la provisión de recursos que garanticen la subsistencia, asistencia médica, acceso al mercado de trabajo, formación profesional y educación, e incluso a servicios de traducción e interpretación y asistencia jurídica gratuita. Se reconoce también un período de reflexión, cuya duración estará determinada por la legislación interna, para que las víctimas puedan recuperarse y decidir libremente si desean cooperar. Sin embargo, su principal inconveniente es que si dejan de cumplirse los requisitos o una vez concluido el proceso penal, el permiso no puede renovarse y se aplica entonces la legislación ordinaria de extranjería (art. 13). Aunque la posibilidad de conceder este permiso es un primer indicio del cambio hacia una estrategia más centrada en la protección de las víctimas, al estar condicionado el permiso a la voluntad de cooperación en las investigaciones penales, puede afirmarse que sigue primando la perspectiva criminocéntrica.

Como indica VILLACAMPA ESTIARTE¹¹⁷, en el progresivo viraje de la política europea en materia de trata de personas resultó de gran trascendencia la labor del Grupo de Expertos en Trata de Seres Humanos (GRETA)¹¹⁸, un órgano consultivo cuya función era contribuir al desarrollo de la prevención y la lucha contra este delito. Su informe final, emitido en Bruselas el 22 de diciembre de 2004, contiene dos recomendaciones generales: incorporar la perspectiva de los derechos humanos y adoptar una aproximación multidisciplinar e integrada en la lucha contra la trata de personas¹¹⁹. Estas recomendaciones influyeron el posterior desarrollo normativo en la materia, no solo en el ámbito de la Unión Europea, sino también en el seno del Consejo de Europa.

c) Medidas adoptadas por el Consejo de Europa: el Convenio de Varsovia

El reconocimiento oficial por parte del Consejo de Europa de la necesidad de ofrecer protección y apoyo a todas las víctimas de trata dio lugar al Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, aprobado

¹¹⁶ Se utilizan expresiones como “los Estados miembro velarán por...”, “tendrán debidamente en cuenta”, “podrán”, “si procede”, “si así lo dispone su legislación nacional”, etc.

¹¹⁷ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito*, cit., pp. 203-4.

¹¹⁸ El Grupo de Expertos se creó mediante la Decisión 2003/209/CE, por mandato de la Declaración de Bruselas, emitida como resultado de una conferencia organizada por la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) y la Comisión Europea en septiembre de 2002.

¹¹⁹ COMISIÓN EUROPEA, Report of the Experts Group on Trafficking in Human Beings, 2004, pp. 8-9.

en Varsovia en 2005 (Convenio de Varsovia)¹²⁰. El cambio de perspectiva se manifiesta ya en el preámbulo del texto al declarar que “la trata de seres humanos constituye una violación de los derechos de la persona y un atentado contra la dignidad y la integridad del ser humano”. También el ámbito de aplicación del convenio es un ejemplo del viraje en las políticas europeas. Si bien el Convenio de Varsovia sigue la definición de trata ofrecida en el Protocolo de Palermo, el texto europeo se aplica tanto a la trata nacional como a la transnacional, y sin necesidad de que estas conductas se realicen en el marco de una organización delictiva. Además, entre los objetivos principales del Convenio no solo está la persecución penal de los tratantes, sino también la prevención y la protección de los derechos de las víctimas, garantizando la igualdad entre hombres y mujeres.

La novedad es tal que ha llegado a afirmarse que “el Convenio de Varsovia es el primer tratado internacional concebido específicamente para ofrecer unas normas mínimas para esta protección”¹²¹. En concordancia con esta afirmación, se prevé que las partes adoptarán las medidas necesarias para prestar asistencia a las víctimas (vivienda, asistencia médica, acceso al mercado de trabajo, educación, acceso a servicios de traducción e interpretación, asesoría jurídica...). Se protege también de modo especial la identidad y los datos personales de las víctimas como estrategia clave para garantizar su seguridad (art. 11). Además, se intentan reforzar estas garantías al no subordinar la protección a la voluntad de testificar de las víctimas y al fijar un periodo de reflexión de al menos 30 días.

La prevención de la trata es otro de los focos principales de este Convenio. Por una parte, el Convenio innova al impulsar iniciativas sociales y económicas que promuevan la investigación, la información, la sensibilización y la educación, destinadas en particular a personas vulnerables y profesionales en contacto con estas. Por otra parte, se fomenta la adopción de medidas para desincentivar la demanda de determinadas formas de explotación. En relación con estas medidas disuasorias, se prevé la tipificación como infracción penal de la utilización de los servicios que son objeto de la explotación con conocimiento de que la persona en cuestión es víctima de la trata de seres humanos¹²². No obstante, la principal clave en la política preventiva sigue siendo el control migratorio. En este sentido, son

¹²⁰ PÉREZ ALONSO, E., *Tráfico de personas e inmigración clandestina: un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 146.

¹²¹ PÉREZ ALONSO, E., *Tráfico*, cit., p. 146. En el mismo sentido, MILANO, V., “Protección de las víctimas de trata con fines de explotación sexual: estándares internacionales en materia de enfoque de derechos humanos y retos relativos a su aplicación en España”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 32, 2016, p. 29.

¹²² Esto podría incluir a los dueños de establecimientos que exploten víctimas de trata, cuando sea difícil o imposible probar la acción o utilización de medios requeridos en el tipo. También podría aplicarse a quienes, a sabiendas, usen los servicios de un tratante para obtener un servicio sexual, laboral y o incluso un órgano. En PÉREZ CEPEDA, A.I./ BENITO SÁNCHEZ, D., *Trafficking in Human Beings: a Comparative Study of the International Legal Documents*, Europa Law Publishing, Groningen, 2014, p. 20.

extensas las previsiones relativas al refuerzo de la vigilancia de fronteras y documentos de identidad y viaje.

d) Las medidas más recientes en el ámbito de la Unión Europea: la Directiva 2011/36/UE

La iniciativa más reciente en el ámbito de la Unión Europea es la Directiva 2011/36/UE, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. Al igual que los textos que la precedieron, esta Directiva sigue la misma definición de trata que el Protocolo de Palermo, aunque amplía el concepto respecto a anteriores instrumentos normativos europeos al incluir otras formas de explotación: la mendicidad forzosa, la explotación para realizar actividades delictivas, la adopción ilegal o los matrimonios forzados. En este caso, no solo se fijan previsiones relativas a la duración de las penas privativas de libertad para los supuestos agravados¹²³, sino también para el tipo básico¹²⁴. Para hacer efectivo el castigo de estas infracciones, la Directiva prevé una serie de medidas relativas a la investigación y el enjuiciamiento novedosas en este ámbito, puesto que buscan no hacer depender el proceso de la denuncia de las víctimas.

Aunque la Directiva mantiene las normas orientadas a la represión, también crea un régimen amplio de prevención y protección de los derechos humanos de las víctimas, que ya no se condiciona a su colaboración con las autoridades en la persecución de los autores. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la asistencia y el apoyo a las víctimas antes, durante y por un período de tiempo adecuado después de la conclusión del proceso penal. A las medidas recogidas ya en instrumentos anteriores, se añaden provisiones específicas para personas con necesidades especiales, como mujeres embarazadas, enfermos y menores. Este carácter garantista queda limitado por la utilización del concepto jurídico indeterminado “por un período de tiempo adecuado”, que deja gran margen de apreciación discrecional a los Estados.

En definitiva, es positivo que las políticas de la UE en materia de trata de seres humanos hayan abandonado el enfoque exclusivamente centrado en la represión penal y el control migratorio, y se acerquen a este fenómeno desde una perspectiva global y basada en los derechos humanos. La inclusión de medidas preventivas y de protección de las víctimas merece una valoración positiva. Sin embargo, las disposiciones al respecto son todavía muy generales y es difícil

¹²³ Los supuestos agravados con penas máxima de al menos diez años son: que la víctima sea especialmente vulnerable, que se cometa en el marco de una organización delictiva, que se ponga en peligro la vida de la víctima, o que se emplee violencia o se causen daños particularmente graves. Es circunstancia agravante, aunque no se fijan provisiones relativas a la pena, el hecho de que la infracción sea cometida por un funcionario público (art. 4).

¹²⁴ Penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos cinco años (art. 4).

medir resultados concretos¹²⁵. Desde el punto de vista meramente penal, es muy conveniente que se hayan tenido en cuenta nuevas realidades de la trata como los matrimonios forzados, la mendicidad o la explotación para realización de actividades delictivas. No obstante, todavía quedan muchos conceptos en la definición que deberían ser definidos para saber con exactitud que conductas se incluyen en la trata¹²⁶.

3. EVOLUCIÓN NORMATIVA EN MATERIA DE CORRUPCIÓN

3.1. Primeras iniciativas para combatir la corrupción

Frente a la trata de personas, donde la obligación de criminalización proviene de la normativa internacional adoptada en el siglo XX, las iniciativas para perseguir la corrupción han estado presentes en algunos ordenamientos internos desde la antigüedad¹²⁷. Llegado el siglo XIX, todos los países industrializados y la mayoría de los países en vías de desarrollo tenían leyes que prohibían el soborno de funcionarios públicos. Países como Canadá, Dinamarca, Francia, Alemania, Italia, Países Bajos, España o Suiza habían incluido este delito en sus códigos penales ya en las primeras décadas de 1800¹²⁸. Los ordenamientos nacionales criminalizaban únicamente la corrupción cometida por los funcionarios del propio Estado y en la medida en que esta constituyese un atentado contra la Administración pública interna¹²⁹. Es decir, la legislación penal de ese momento protegía exclusivamente los intereses nacionales, quedando desatendidos los intereses de otros Estados y de las organizaciones internacionales¹³⁰.

A pesar de que este tipo de soborno constituía una práctica generalmente aceptada, la falta de incriminación de la corrupción a nivel internacional se justificaba por el principio de no injerencia del Derecho Penal en intereses de Estados extranjeros¹³¹. “El soborno ha sido contemplado como un poderoso instrumento de negociación ante las Administraciones extranjeras_ alentado, o al menos, aceptado de buen grado_ por el propio Gobierno”¹³². Desde esta

¹²⁵ PÉREZ CEPEDA, A.I./ BENITO SÁNCHEZ, D., *Trafficking in Human Beings*, cit., p. 45.

¹²⁶ Sobre el concepto de trata en la legislación europea, vid. capítulo II.

¹²⁷ Vid. MARTIN, A.T., “The Development of International Bribery Law”, *Natural Resources and Environment*, vol. 14, núm. 2, 1999, p. 95; GONZÁLEZ JIMÉNEZ, M./ PIETSCHMANN, H./ COMÍN, F./ PÉREZ, J. (Coords.), *Instituciones y corrupción en la historia*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1998; GONZÁLEZ ROMANILLOS, J.A., “El procedimiento civil como medio de control de la corrupción política: Formula Octaviana y crimen repetundarum”, *Foro Nueva Época*, núm. extra 0, 2004, p. 391-400.

¹²⁸ MARTIN, A.T., “The Development of International Bribery Law”, cit., p. 97.

¹²⁹ FABIÁN CAPARRÓS, E.A., “La corrupción de los servidores públicos extranjeros e internacionales: anotaciones para un Derecho Penal globalizado”, en RODRÍGUEZ GARCÍA, N./ FABIÁN CAPARRÓS, E.A. (Coords.), *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Ratio Legis, Salamanca, 2004, pp. 235-236.

¹³⁰ ROCA AGAPITO, L., “La influencia de la Unión Europea en la lucha contra la corrupción pública”, en ÁLVAREZ GARCÍA, J.F./ MAJÓN-CABEZA OLMEDA, A./ VENTURA PÜSCHEL, A., *La adecuación del Derecho Penal español al ordenamiento de la Unión Europea: la política criminal europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 763.

¹³¹ *Ibid.*

¹³² FABIÁN CAPARRÓS, E.A., “La corrupción”, cit., p. 235-236.

normativa exclusivamente nacional, era frecuente aceptar la deducción fiscal de los sobornos pagados en el extranjero “bajo eufemismos como “comisiones de intermediación” o “gastos comerciales en el exterior”, relativamente fáciles de incorporar en la contabilidad oficial de las empresas”¹³³.

3.2. Los inicios de la regulación de la corrupción en transacciones internacionales

A partir de los años 60 la corrupción comenzó a verse como un síntoma del bajo nivel de desarrollo político y de la incapacidad de modernizarse de los Estados¹³⁴. Los países occidentales consideraban que ya habían dejado atrás este tipo de comportamientos propios de “sociedades inmaduras”¹³⁵. No obstante, los casos de corrupción seguían existiendo, tanto a nivel nacional como internacional. Los sobornos a funcionarios extranjeros eran comunes en las transacciones comerciales internacionales, por lo que la necesidad de tomar medidas contra estas conductas se introdujo progresivamente en la agenda política internacional¹³⁶.

En este cambio de perspectiva tuvo una influencia notable el caso Watergate y su repercusión en Estados Unidos. En la década de los 70, un informe de la Comisión de Bolsa y Valores (*Securities and Exchange Commission*) alarmó sobre los altos niveles de corrupción y los sobornos pagados a funcionarios públicos extranjeros¹³⁷. Más de 200 empresas admitieron haber hecho pagos por un total de aproximadamente 300 millones de dólares para hacer negocios en países en vías de desarrollo¹³⁸. Estas prácticas fueron consideradas no solo una amenaza a los principios de la democracia y a la libre economía de mercado, sino también a los intereses legítimos de los negocios americanos en el extranjero¹³⁹.

Las primeras iniciativas para intentar poner fin a esta situación surgieron en Estados Unidos, donde se aprobó en 1977 la Ley de Prácticas Corruptas en el Exterior (FCPA, *Foreign Corrupt Practices Act*). Esta norma, reformada en 1998 y 2002, incorpora importantes novedades en las políticas anticorrupción. En primer lugar, la FCPA extiende la aplicación de las leyes domésticas contra la corrupción más allá de sus fronteras. Anteriormente, “cuando los delitos de corrupción se concebían exclusivamente en términos de perjuicio a la administración pública de un Estado, la competencia de cada Estado se limitaba a la protección de la probidad de su propia administración. La estrategia era que

¹³³ FABIÁN CAPARRÓS, E.A., “La corrupción”, cit., p. 235-236.

¹³⁴ HOUGH, D., *Corruption, Anti-Corruption and Governance*, Palgrave MacMillan, Basingtoke-New York, 2013, p. 13-14.

¹³⁵ Ibid.

¹³⁶ POSADAS, A., “Combating Corruption under International Law”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, núm. 10, 2000, p. 348.

¹³⁷ ARNONE, M./ BORLINI, L.S., *Corruption: Economic Analysis and International Law*, Edwards Elgar, Cheltenham, 2014, p. 210.

¹³⁸ ARNONE, M./ BORLINI, L.S., *Corruption*, cit., p. 210.

¹³⁹ POSADAS, A., “Combating Corruption”, cit., p. 351.

cada uno se ocupaba de sus funcionarios”¹⁴⁰. Por esta razón, el empresario estadounidense que sobornaba a un funcionario extranjero no cometía ningún delito conforme al derecho americano, lo hiciese en Estados Unidos o en otro país. Lo que era delito perseguible en los Estados Unidos, conforme al principio de protección de sus intereses, era la corrupción de un funcionario estadounidense, por cualquier persona y en cualquier lugar. “La FCPA rompe con este esquema y sanciona precisamente la corrupción de funcionarios de otros Estados y organizaciones internacionales realizada por empresas norteamericanas o realizada en el territorio de los Estados Unidos”¹⁴¹.

La segunda novedad importante es que la FCPA es la primera ley que criminaliza no solo al funcionario público que solicita o acepta una dádiva (corrupción pasiva), sino también al particular o empresa que paga o acepta la solicitud del funcionario (corrupción activa)¹⁴². Este avance fue el germen de las más recientes políticas anti-corrupción, por las que se crea un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, basado en la idea de que “las empresas deben implicarse en la prevención y detección de aquellos hechos delictivos cuyo riesgo de aparición se incrementa como consecuencia de la actividad que realiza la empresa”¹⁴³. Para ello, la FCPA impone como requisito el mantenimiento de registros rigurosos tanto para las empresas estadounidenses como para sus filiales en el extranjero¹⁴⁴.

A pesar de estos avances en la prevención y lucha contra la corrupción, la norma estadounidense presenta también desventajas. Cuando la FCPA define su ámbito de aplicación, se refiere a actos realizados “para conseguir o conservar negocios” (“*in obtaining or retaining business*”). Esta fórmula muestra claramente que la norma se aplica únicamente a la corrupción realizada en transacciones comerciales¹⁴⁵, obviando otros tipos de corrupción, como la relacionada con la criminalidad organizada. Por otra parte, las empresas estadounidenses comenzaron a alegar que el hecho de que los Estados Unidos fuesen el primer y único país en prohibir la corrupción transnacional ponía a sus empresas en una clara situación de desventaja en el mercado internacional que les provocaba graves pérdidas económicas¹⁴⁶. “Según un estudio del Departamento de Comercio estadounidense, entre abril de 1994 y 1995, firmas norteamericanas perdieron alrededor de 100 contratos por un monto cercano a 45.000 millones

¹⁴⁰ NIETO MARTÍN, A., “La privatización de la lucha contra la corrupción”, *Cahiers de défense sociale*, núm. 37, 2011-2012, p.65.

¹⁴¹ *Ibid.*, pp. 65-6

¹⁴² ARNONE, M./ BORLINI, L.S., *Corruption*, cit., p. 216.

¹⁴³ NIETO MARTÍN, A., “La privatización”, cit., pp. 64-5.

¹⁴⁴ MARTIN, A.T., “The Development of International Bribery Law”, cit., p. 98.

¹⁴⁵ ARNONE, M./ BORLINI, L.S., *Corruption*, cit., p. 213.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 216.

de dólares”¹⁴⁷. Ante esta situación, las administraciones de Reagan, Bush y especialmente Clinton, persuadieron a los gobiernos de los países europeos y grandes potencias como Japón para que desarrollasen instrumentos anti-corrupción a nivel internacional¹⁴⁸.

3.3. Medidas regionales contra la corrupción

A finales de los 80 y principios de los 90, con el auge del periodismo de investigación, salieron a la luz más escándalos de corrupción, hasta ese momento ocultos, que atrajeron la atención de la opinión pública¹⁴⁹. Lógicamente, las dificultades e insuficiencias a la hora de perseguir estos hechos se intensificaban cuando estos ocurrían en el plano internacional. La falta de una definición compartida de estas conductas delictivas dificultaba la extradición y otros sistemas de cooperación y auxilio en materia penal, ya que la doble incriminación constituía un presupuesto imprescindible para su existencia¹⁵⁰. La fuga de corruptos hacia otros países con dinero o bienes que no les pertenecían y las dificultades que se presentaron para extraditarlos o tomar acciones respecto de esos bienes supusieron, en algunos casos, complicaciones en las relaciones internacionales de los Estados involucrados¹⁵¹. Ante esta situación, se puso de manifiesto la conveniencia de revisar las normas vigentes para afrontar la situación de un modo más eficaz¹⁵². A partir de este momento, los esfuerzos internacionales para combatir la corrupción adoptaron dos líneas fundamentales: la armonización de las legislaciones estatales para facilitar la cooperación penal internacional y la promoción de mecanismos preventivos eficaces¹⁵³. Estos objetivos se intentaron alcanzar, en un primer momento, a través de instrumentos regionales.

a) Evolución de la normativa anti-corrupción en América

En la década de los 90, se adoptan dos textos relevantes en el seno de la Organización de Estados Americanos (OEA): el Programa Interamericano de Cooperación para Combatir la Corrupción y la Convención Interamericana contra la Corrupción. El Programa Interamericano para Combatir la Corrupción es un texto amplio que trata de promover todo tipo de intervenciones jurídicas (no solo de carácter penal) y de carácter institucional, así como la adopción de normas de

¹⁴⁷ VARGAS, E., “La lucha contra la corrupción en la agenda regional e internacional: las convenciones de la OEA y de la ONU”, *Nueva Sociedad*, núm. 194, 2004, p. 134.

¹⁴⁸ ARNONE, M./ BORLINI, L.S., *Corruption*, cit., p. 216.

¹⁴⁹ HOUGH, D., *Corruption*, cit., p. 14.

¹⁵⁰ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Iniciativas internacionales contra la corrupción”, *Eguzkilore*, núm. 17, 2003, p. 12.

¹⁵¹ VARGAS, E., “La lucha contra la corrupción”, cit., p. 134.

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Iniciativas internacionales”, cit., p. 11.

conducta y códigos éticos para funcionarios públicos¹⁵⁴. No obstante, el primer texto con valor normativo es la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada en Caracas en 1996.

La Convención de la OEA es el primer tratado internacional dedicado íntegramente a la corrupción¹⁵⁵. En él se fijan dos objetivos claros: por una parte, los Estados deben ocuparse de prevenir y sancionar las conductas corruptas en sus legislaciones internas; por otra parte, a nivel internacional, deben entablar acciones para asegurar la cooperación. Para alcanzar el primer fin, la Convención recoge un amplio listado de medidas preventivas como el establecimiento de normas de conducta funcionariales, sistemas para la declaración de ingresos, sistemas para la contratación de funcionarios, creación de órganos de control superior, entre otras (art. 3). Estos mecanismos son eminentemente facultativos y, consecuentemente, no están sujetos a control internacional, por lo que su eficacia es limitada¹⁵⁶.

En lo que se refiere a la sanción de los actos constitutivos de delito, el texto se centra en alcanzar una definición uniforme de los actos de corrupción activa y pasiva que los Estados parte deberán tipificar como delito en su derecho interno (arts. 6 y 7). Las disposiciones de la convención serán obligatorias para estos delitos, pero no para otros como el soborno transnacional (art. 8) o el enriquecimiento ilícito (art. 9), que podrán tipificarse si así lo deciden los Estados conforme a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico. No obstante, aunque un Estado no tipifique estas infracciones, está igualmente obligado a brindar asistencia a otros Estados en relación con este delito, lo cual muestra la preocupación de la Convención por facilitar la cooperación.

La Convención Interamericana contra la Corrupción parece introducir una nueva perspectiva en la lucha contra la corrupción, un enfoque que no se limite a la protección de los negocios, y que incluya también la defensa de las instituciones y valores democráticos. Prueba de ello es que el texto reconoce la importancia de generar conciencia entre la sociedad civil sobre la existencia y gravedad de la corrupción, junto con la necesidad de fortalecer su participación en la lucha y la prevención contra este problema. Además, esta convención tiene presentes los vínculos entre la corrupción y la criminalidad organizada, en particular con el tráfico ilícito de estupefacientes. Sin embargo, las intenciones recogidas en el preámbulo se diluyen en las disposiciones materiales concretas. Por ejemplo, al igual que la FCPA, la Convención Interamericana sigue limitando la persecución del soborno transnacional a aquellos casos relacionados con una transacción

¹⁵⁴ Ibid., p. 13.

¹⁵⁵ BENITO SÁNCHEZ, C.D., "El fenómeno de la corrupción y su tratamiento desde las instancias supranacionales" en SANZ MULAS, N., (Coord.), *Dos décadas de reformas penales*, Comares, Granada, 2008, p. 237.

¹⁵⁶ VARGAS, E., "La lucha contra la corrupción", cit., pp. 136-137.

económica o comercial, perdiendo así una oportunidad de luchar contra la corrupción transnacional vinculada con el crimen organizado.

b) Evolución de la normativa anti-corrupción en Europa

Las iniciativas europeas en materia anti-corrupción se han llevado a cabo por parte del Consejo de Europa y de la Unión Europea. Entre las múltiples iniciativas desarrolladas por el Consejo de Europa destacan la Resolución de 1997 sobre los 24 principios rectores en la lucha contra la corrupción, la elaboración de un Código de conducta para funcionarios públicos en 2000, las recomendaciones de 2003 sobre normas comunes contra la corrupción en la financiación de partidos políticos, o las más recientes recomendaciones de 2014 sobre la protección de los denunciantes. Pero, sin duda, los instrumentos más relevantes aprobados por el Consejo de Europa son las Convenciones Penal y Civil sobre Corrupción de 1999.

La Convención Civil sobre Corrupción se centra en posibilitar la defensa de los derechos e intereses de las personas perjudicadas por la corrupción, incluyendo la compensación por daños a través de litigación civil. Por su parte, la Convención Penal sobre Corrupción, al igual que el texto aprobado en el marco de la OEA, tiene como objetivos principales la tipificación como delito de determinados actos de corrupción en las legislaciones internas y el fomento de la cooperación internacional en materia penal. Por lo que respecta a la criminalización de conductas, se incluye el tráfico de influencias y el soborno activo y pasivo de funcionarios públicos nacionales, extranjeros y pertenecientes a organizaciones internacionales. En este caso, la corrupción transnacional no está limitada al ámbito comercial, por lo que sí se podría aplicar a las infracciones vinculadas con el crimen organizado. Por el contrario, en la corrupción privada sí se exige que la conducta se lleve a cabo en el curso de una actividad mercantil. Finalmente, cabe destacar que este texto es también novedoso por introducir criterios restrictivos de la inmunidad frente a imputaciones penales por delitos de corrupción.

Ambas convenciones establecen que el seguimiento de su aplicación se llevará a cabo por el Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO). Esta entidad, creada en 1998 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, se dedica fundamentalmente a ofrecer apoyo a los Estados para que cumplan con los objetivos marcados. El seguimiento efectuado por el GRECO implica un procedimiento de evaluación horizontal¹⁵⁷ que concluye con la presentación de recomendaciones relativas a las reformas legislativas, institucionales y prácticas que han de emprenderse y una valoración sobre la conformidad de las medidas

¹⁵⁷ Un procedimiento de evaluación horizontal implica que todos los miembros son evaluados en cada ronda de evaluación.

estatales adoptadas respecto de las recomendaciones presentadas¹⁵⁸. Estos informes, comunicados a las partes con carácter confidencial (sin perjuicio de su posterior publicación) sirven para garantizar el cumplimiento por parte de los Estados a través de la presión de grupo¹⁵⁹. El GRECO se ha convertido en un mecanismo de control de una eficacia sin precedentes debido a la formación de los evaluadores, la consistencia de sus fondos, el alto grado de concreción de los elementos de análisis y su flexibilidad para hacer ajustes en sus normas y procedimientos¹⁶⁰.

En el contexto de la Unión Europea, la ausencia de incriminación de la corrupción internacional producía graves perjuicios en la construcción de un mercado común, ya que esta lesiona la competencia leal, eleva los precios de las mercancías, incrementa el coste de los proyectos públicos y mina la confianza de los ciudadanos en los mecanismos democráticos de decisión¹⁶¹. Por este motivo, las medidas anti-corrupción de la UE se enmarcaron, en un principio, en la lucha contra el fraude comunitario. Así, en 1995 se aprobó el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, cuyo objetivo es exigir la sanción penal de los fraudes que afecten a los presupuestos de la UE. Entre estos fraudes se incluye el uso de declaraciones o documentos falsos y la comunicación de informaciones que violen obligaciones para obtener indebidamente fondos procedentes de presupuestos europeos o para la reducción ilegal de los recursos del presupuesto de la Unión Europea, así como la aplicación indebida de tales fondos.

Dada la restricción del ámbito de aplicación de este Convenio y sus protocolos, “el cohecho de funcionarios de otros Estados miembros o de la propia UE permanecía impune según el Derecho de la mayoría de los Estados, pero en cambio ese mismo hecho era punible en el ámbito del propio Estado”¹⁶². Esta “grave anomalía” puso de manifiesto que era necesario avanzar en la regulación de la corrupción internacional. Proteger únicamente los intereses financieros de la UE no era suficiente. Debían adoptarse medidas desde una perspectiva más amplia¹⁶³. Por este motivo se aprobó en 1997 el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea. Al igual que los demás textos a nivel regional, se busca aquí la adopción de medidas armonizadas para favorecer la cooperación. Por ello, el Convenio establece que los Estados miembros deben garantizar que las conductas que constituyen actos

¹⁵⁸ JIMÉNEZ GARCÍA, F., *La prevención y la lucha contra el blanqueo de capitales y la corrupción: Interacciones evolutivas en un Derecho Internacional Global*, Comares, Granada, 2015, pp. 17 y ss.

¹⁵⁹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Iniciativas internacionales”, cit., p.15.

¹⁶⁰ GARCÍANDÍA GARMENDIA, R., “La aplicación de las normas de Derecho Internacional contra la corrupción”, *Anuario español de Derecho internacional*, núm. 24, 2008, p. 246.

¹⁶¹ ROCA AGAPITO, L., “La influencia”, cit., p. 764.

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ ROCA AGAPITO, L., “La influencia”, cit., pp. 764-769.

de corrupción pasiva o activa, así como la complicidad e instigación a dichos actos, sean objeto de sanciones penales. Además, los Estados miembros deberán tomar las medidas necesarias para permitir que los jefes de empresa o cualquier persona que ejerza poderes de decisión o de control en el seno de las empresas puedan ser declarados penalmente responsables en caso de actos de corrupción activa cometidos por una persona sometida a su autoridad y por cuenta de la empresa.

En línea con lo que ya adelantaba la FCPA en Estados Unidos, dado el aumento del comercio transfronterizo de bienes y servicios, la Unión Europea también consideró necesario abordar el problema de la corrupción privada. Con la adopción de la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, se busca “asegurar que la corrupción activa y pasiva en el sector privado sea una infracción penal en todos los Estados miembros, que las personas jurídicas también puedan ser consideradas responsables de tales delitos y que éstos se castiguen con sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias”. En un principio, los países miembros de la UE podían sancionar aquellos supuestos de corrupción privada que “impliquen o puedan implicar una distorsión de la competencia en relación con la adquisición de bienes o servicios comerciales”¹⁶⁴. Es decir, “casos en los que varias empresas competían por ofertar sus bienes o servicios a otra y con el fin de ser los elegidos entregaban un soborno a un directivo o empleado”¹⁶⁵.

A partir de 2011, a raíz de un informe de la Comisión¹⁶⁶, la sanción de la corrupción se extiende al soborno de una persona que desempeñe “funciones directivas o laborales en el sector privado, a cambio de realizar o abstenerse de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones.”¹⁶⁷ Esta visión de la corrupción privada ha sido fuertemente criticada por su falta de delimitación. Señala NIETO MARTÍN que si el pacto corrupto puede tener por objeto el “incumplimiento de las obligaciones de naturaleza laboral”, cualquier infracción del contrato de trabajo podría ser constitutiva de delito¹⁶⁸. Esto supone “poner el Derecho Penal al completo al servicio del cumplimiento de obligaciones de carácter civil”, cuando el Derecho del trabajo ya posee elementos suficientes como para asegurar el correcto desempeño de la relación laboral¹⁶⁹.

¹⁶⁴ Preámbulo de la Decisión Marco 2003/568/JAI, párrafo 10.

¹⁶⁵ NIETO MARTÍN, A., “La privatización”, cit., p. 67.

¹⁶⁶ Bruselas, 6.6.2011 COM(2011) 309 final.

¹⁶⁷ Antecedentes del informe.

¹⁶⁸ NIETO MARTÍN, A., “La privatización”, cit., p. 68.

¹⁶⁹ Ibid.

3.4. Medidas anti-corrupción a nivel internacional

a) Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)

Los primeros trabajos de la OCDE en materia de corrupción son coetáneos a la aprobación de la FCPA en Estados Unidos y, por tanto, al igual que esta ley, se centran en los sobornos en el marco de los negocios internacionales. Este es el objeto de las líneas Directrices de la OCDE para empresas multinacionales, aprobadas en 1976 y revisadas en 2011, que constituyen una especie de código deontológico para una conducta empresarial responsable en un contexto global. Posteriormente, entre 1994 y 1997, se continuó avanzando en este sentido a través de la aprobación de las Recomendaciones de la OCDE sobre el Cohecho en las Transacciones Comerciales Internacionales. Estos instrumentos, a pesar del carácter no vinculante de sus disposiciones, sirvieron para que los Estados alcanzasen una serie de compromisos que se materializaron en el Convenio de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, aprobado en 1997.

El Convenio de la OCDE, en el que sigue muy presente la influencia de los Estados Unidos, sigue el modelo clásico de las convenciones de Derecho Penal¹⁷⁰: define el delito (art. 1), las bases jurisdiccionales (art. 4) y los medios de cooperación en materia de asistencia judicial y extradición (arts. 9 y 10). A partir de la convicción de que el soborno representa una amenaza para el desarrollo y la continuidad de las instituciones democráticas, las partes se obligan a criminalizar el cohecho activo de funcionarios públicos extranjeros en la realización de actividades económicas internacionales (art. 1.1). Por tanto, no se castiga a los funcionarios que reciben el soborno o aquellas infracciones de este tipo que se produzcan fuera del ámbito comercial.

A diferencia de los Convenios europeos, la OCDE adopta un concepto autónomo de funcionario, independiente del derecho interno del país extranjero afectado¹⁷¹. Así, por "agente público extranjero" se entiende cualquier persona que ostente un cargo legislativo, administrativo o judicial de un país extranjero, o que ejerza una función pública para un país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública, así como cualquier funcionario o agente de una organización internacional pública (art. 1.4). Otra de las diferencias importantes con los instrumentos europeos es que sus disposiciones más importantes no son de aplicación inmediata, sino que requieren la implementación en el derecho interno. Para comprobar que esta trasposición se hace de un modo efectivo, las partes se comprometen a cooperar con un programa de seguimiento sistemático (art. 12).

¹⁷⁰ ARNONE, M./ BORLINI, L.S., *Corruption*, cit., pp. 223-4.

¹⁷¹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., "Iniciativas internacionales", cit., p. 20.

b) *Organización de las Naciones Unidas (ONU)*

Del mismo modo que la OCDE, las primeras iniciativas de la ONU contra la corrupción en las transacciones comerciales internacionales se produjeron también en la década de los 70. En 1975, la Asamblea General aprobó la Resolución 3514 en la que reafirma el Derecho de los Estados a adoptar medidas contra las empresas involucradas en este tipo de prácticas, tal y como ya había hecho Estados Unidos, y “encarece” a los gobiernos a adoptar medidas, “incluso de carácter legislativo”, para impedir las y castigarlas.

Las negociaciones de un texto internacional contra la corrupción se paralizaron en los años 80 debido a la Guerra Fría. Aunque en 1996 se aprueba una Declaración sobre la corrupción y los sobornos en las transacciones comerciales internacionales, no sería hasta la llegada del nuevo milenio cuando las medidas anti-corrupción vuelven a tener verdadera importancia en la agenda política internacional. Esta vez, la aproximación al fenómeno de la corrupción no se hizo desde la perspectiva de los negocios internacionales, sino teniendo en cuenta sus relaciones con el crimen organizado. Desde entonces, la lucha contra la corrupción se incluyó en las estrategias contra la delincuencia organizada transnacional. La Convención de Palermo contra la delincuencia organizada transnacional, suscrita en 2000, reconoce que la corrupción es habitualmente un instrumento utilizado por las redes criminales e incluye varias medidas para combatirla. A partir de estas provisiones se sentaron las bases para la aprobación de un tratado específico sobre corrupción, que vería la luz solo tres años después.

La Convención de la ONU contra la Corrupción, aprobada en 2003, es el instrumento normativo internacional más amplio y ambicioso aprobado hasta el momento en esta materia¹⁷². Al igual que los textos anteriores, cubre los tradicionales focos de lucha contra la corrupción: prevención, sanción y cooperación internacional. Pero, siguiendo una perspectiva holística, este texto va más allá de las medidas anti-corrupción clásicas, y trata también las consecuencias colaterales del delito, la recuperación de activos y la protección de testigos, peritos, víctimas y denunciantes.

En cuanto a la prevención del delito, se recoge una lista amplia de medidas para evitar la corrupción pública y privada y el blanqueo de capitales, señalando la necesidad de la participación de la sociedad civil en la persecución de estos objetivos (arts. 5 a 14). En general, estas medidas no tienen un carácter vinculante, puesto que los Estados se comprometen a considerar la posibilidad de adoptar medidas cuando sea apropiado y de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico.

¹⁷² ARNONE, M./ BORLINI, L.S., *Corruption*, cit., p. 258.

En lo relativo a la cooperación internacional se mantiene el requisito de la doble incriminación, pero se matiza que no es necesario que el delito respecto del cual se solicita asistencia deba estar incluido en la misma categoría o tener la misma denominación en el Estado requerido y el requirente (art. 43). Además, las partes se comprometen a incluir los delitos objeto de esta convención en los tratados de extradición que celebren entre sí, y adquieren una obligación de *aut dedere aut iudicare* cuando denieguen la extradición de uno de sus nacionales (art. 44).

Por lo que respecta a la tipificación de actos constitutivos de delito, este instrumento no se limita a la criminalización del soborno de funcionarios públicos nacionales, extranjeros e internacionales¹⁷³, sino que incluye otras conductas corruptas como la malversación, la apropiación indebida o el tráfico de influencias. Sin embargo, al igual que ocurría en la Convención Interamericana, los Estados no están obligados a tipificar todos estos delitos. La Convención de la ONU distingue dos situaciones diferentes. Por una parte, los Estados deben tipificar como delito el soborno activo y pasivo de funcionarios nacionales (art. 15), el soborno activo de funcionarios extranjeros e internacionales (art. 16.1), la apropiación indebida (art. 17) y el blanqueo de capitales (art. 23). En el resto de supuestos, incluyendo la corrupción privada, los Estados solo tienen una obligación de considerar la posibilidad de adoptar medidas al respecto (arts. 16.2, 18, 19, 20, 21 y 22).

Por tanto, la Convención de la ONU funciona como una convención marco que establece los objetivos pero no determina los medios concretos para alcanzarlos¹⁷⁴. Se siguió esta estrategia al entender que la eliminación de la corrupción se alcanzaría de un modo más eficiente si en cada sistema jurídico interno se adoptan medidas que se ajusten a su situación de partida¹⁷⁵. No obstante, el amplio margen de implementación del que disponen los Estados ha sido una de las principales críticas que ha recibido este convenio. Al dar prioridad a la flexibilidad con el objetivo de alcanzar rápidamente un acuerdo amplio, posiblemente se haya perdido una oportunidad de alcanzar compromisos más concretos y de acabar con la diversidad legislativa existente en la materia¹⁷⁶.

¹⁷³ El cohecho activo de funcionarios extranjeros o internacionales solo es punible cuando se produzca “para obtener o mantener alguna transacción comercial u otro beneficio indebido en relación con la realización de actividades comerciales internacionales”. Por el contrario, el cohecho pasivo puede ser tipificado sin que se requiera la conexión con las transacciones comerciales.

¹⁷⁴ GARCÍANDÍA GARMENDIA, R., “La aplicación”, cit., p. 24.

¹⁷⁵ Ibid.

¹⁷⁶ ARNONE, M./ BORLINI, L.S., *Corruption*, cit., p. 265.

4. CONCLUSIONES. EVOLUCIÓN NORMATIVA EN MATERIA DE CORRUPCIÓN RELACIONADA CON LA TRATA DE PERSONAS

Las secciones anteriores han mostrado la evolución de la normativa internacional en materia de trata de personas y corrupción por separado. Los tratados internacionales para la abolición de la esclavitud y contra la trata de blancas no hacían ningún tipo de mención a la participación de funcionarios públicos en la comisión de estos delitos. Del mismo modo, las primeras iniciativas para combatir la corrupción transnacional se limitaban a prohibir los sobornos en el marco de las transacciones comerciales internacionales. La regulación de ambos delitos se desarrollaba de un modo paralelo: una, centrada en la protección de los intereses de los Estados frente al fenómeno de la inmigración; otra, buscando principalmente la legalidad de los negocios transnacionales para garantizar la libre competencia. En definitiva, se trataba de dos estrategias completamente independientes y descoordinadas, que ni siquiera contemplaban la posibilidad de que trata y corrupción pudiesen ser conductas interrelacionadas.

Con la llegada del siglo XXI las políticas públicas para combatir la trata de personas y la corrupción incorporan un importante elemento común: su conexión con el crimen organizado transnacional. En una sociedad globalizada, con sistemas económicos interdependientes, mayor movilidad entre fronteras e importantes avances tecnológicos, muchas actividades, incluidas las delictivas, se internacionalizan y profesionalizan¹⁷⁷. En este contexto, la creciente preocupación por el crimen organizado transnacional y la necesidad de adoptar medidas para combatirlo da lugar a una rica producción legislativa y una importante movilización de recursos¹⁷⁸. Además, en el caso de la trata, la relación con el crimen organizado refuerza la estrategia criminocéntrica y de limitación de la inmigración que se venía siguiendo desde un inicio¹⁷⁹. Esta tendencia debe ponerse en relación con el potente proceso global de securitización que acentuaba el papel de la criminalidad organizada y la presentaba como una creciente amenaza para la seguridad internacional¹⁸⁰.

Las primeras medidas en este sentido se plantean a través de organizaciones supranacionales de ámbito regional. Como se ha indicado anteriormente, la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada en

¹⁷⁷ CASTRESANA FERNÁNDEZ, C., "Corrupción, globalización y delincuencia organizada", en RODRÍGUEZ GARCÍA, N./ FABIÁN CAPARRÓS, E.A., (Coord.), cit., p. 214 y ss; LOBASZ, J.K., "Beyond Border Security", cit., p. 326.

¹⁷⁸ El siguiente artículo de la época ejemplifica esta tendencia: CARTER, D., "A Forecast of Growth in Organized Crime in Europe: New Challenges For Law Enforcement", *Police Studies*, vol. 15, núm. 2, 1992, pp. 62-74.

¹⁷⁹ MCCARTHY, L.A., "Human Trafficking", cit., p. 229.

¹⁸⁰ MITSILEGAS, V., "From National to Global, from Empirical to Legal: The Ambivalent Concept of Transnational Organized Crime", en BEARE, M.E. (Ed.), *Critical Reflections on Transnational Organized Crime, Money Laundering, and Corruption*, University of Toronto Press, Toronto, 2003, pp. 55-87.

1996, reconoce que “la corrupción es uno de los instrumentos que utiliza la criminalidad organizada”, y plasma su preocupación por sus vínculos con los ingresos provenientes del tráfico ilícito de estupefacientes. Asimismo, el Consejo de la Unión Europea lanzó en 1997 el plan de acción para luchar contra la delincuencia organizada transnacional, en el que destacó la importancia de fortalecer la transparencia de la administración pública y de las empresas, y de evitar el uso de prácticas corruptas por parte de la delincuencia organizada¹⁸¹.

A nivel internacional, el primer tratado que toma medidas contra la corrupción cometida en el marco de la delincuencia organizada es la Convención de Palermo (arts. 8 y 9). Aunque los Estados estaban de acuerdo en incluir este tipo de medidas, la aprobación de disposiciones concretas no estuvo libre de controversia. El primer conflicto se produjo en torno a la necesidad de especificar que la corrupción se tipificaba únicamente en relación con el crimen organizado transnacional¹⁸². Por otra parte, también surgió cierta controversia a la hora de redactar el texto de las medidas preventivas (art. 9). A pesar de las ambiciosas propuestas realizadas por algunos países, el resultado final es un artículo redactado en términos nada concretos, que deja un amplio margen de decisión a los Estados¹⁸³.

Los desacuerdos y la falta de concreción resultante en las disposiciones relativas a la corrupción se produjeron porque se consideró que sería más adecuado debatir estos asuntos de un modo más pormenorizado en un foro posterior que diese lugar a un texto específico sobre corrupción. Así, tres años después, se elaboró la Convención de la ONU contra la Corrupción, buscando cerrar “el círculo de una serie de instrumentos jurídicos internacionales” necesarios “para abordar con garantías de éxito los retos que este tipo de comportamientos delictivos plantea”¹⁸⁴. Efectivamente, el hecho de que ambas convenciones de la ONU usen un lenguaje idéntico para definir actos de corrupción constituye un signo de que se ha alcanzado un consenso internacional

¹⁸¹ El Consejo de la Unión Europea estableció que las políticas anti-corrupción debían centrarse, “en primer lugar, en elementos de prevención, abordando aspectos como las repercusiones de las lagunas de la legislación, las relaciones entre lo público y lo privado, la transparencia de la gestión financiera, las normas de participación en la contratación pública y los criterios para nombramientos en cargos de responsabilidad, etc. Debería cubrir también las sanciones, ya fueran penales, administrativas o civiles, y el efecto de la política de la Unión en sus relaciones con terceros Estados”.

¹⁸² Algunas delegaciones opinaban que el artículo 2 de la Convención, que define su ámbito de aplicación, ya era suficiente para establecer que la tipificación de la corrupción en este texto requería un vínculo con la criminalidad organizada. Otras delegaciones consideraban que era importante garantizar en el artículo 4 que la penalización de la corrupción con arreglo a la Convención permanece dentro del ámbito de ese instrumento. Finalmente, se eliminó la especificación.

¹⁸³ UNODC, *Trabajos preparatorios de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, Nueva York, 2008, pp. 95-7.

¹⁸⁴ NÚÑEZ GARCÍA-SAUCO, A., “La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”, en RODRÍGUEZ GARCÍA, N./ FABIÁN CAPARRÓS, A., (Coord.), cit., p. 14.

acerca de que la corrupción es un componente integral de la lucha contra el crimen organizado¹⁸⁵.

Pero la Convención de Palermo no solo vincula la corrupción con la criminalidad organizada transnacional, sino también con la trata de seres humanos. Dado que todas las disposiciones de la Convención de Palermo se aplican *mutatis mutandis* a sus Protocolos, las medidas anti-corrupción contenidas en ella pueden tener utilidad en los casos relacionados con la trata de personas. Por otra parte, las propias disposiciones del Protocolo contra la trata de personas pueden tener implicaciones con respecto a determinadas formas de corrupción. En particular, al obligarse a reforzar el control de las fronteras y asegurar la veracidad de los documentos identificativos, los Estados se comprometen indirectamente a combatir la corrupción de los funcionarios que trabajen en estos ámbitos. No obstante, no hay ni en la Convención ni en el Protocolo de Palermo ninguna referencia expresa a la intervención de funcionarios públicos en el delito de trata de personas. El vínculo entre trata y corrupción que plantean los instrumentos aprobados en Palermo es meramente indirecto: se reconoce que la trata se comete frecuentemente por organizaciones delictivas transnacionales y que estas se valen habitualmente de la corrupción.

A la par que se desarrollaba esta normativa internacional surgieron las primeras investigaciones sobre el tema de la corrupción relacionada con la trata, muchas de ellas realizadas por encargo de organizaciones internacionales¹⁸⁶. El primero de estos estudios, impulsado por el Consejo de Europa en el 2001, fue el Programa contra la Corrupción y el Crimen Organizado (PACO), que analizó los vínculos entre la trata y la corrupción en el sudeste de Europa¹⁸⁷. Posteriormente, en el seno de la ONU, se publicaron varios estudios que alertaban sobre el papel de la corrupción como uno de los factores clave para que se produzca la trata¹⁸⁸. Esta misma tendencia se siguió en publicaciones de otras organizaciones como la

¹⁸⁵ UNODC (OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO), *The Role of Corruption in Trafficking in Human Beings*, UNODC Issue Paper, Vienna, 2011, p. 25-6.

¹⁸⁶ LOBASZ, J.K., "Beyond Border Security", cit., p. 327. Como apunta PÉREZ GONZÁLEZ ("Corrupción y trata de seres humanos", cit., p. 319), la progresiva concienciación sobre los nexos entre la trata de seres humanos y la corrupción ha sido impulsada por la acción de las organizaciones internacionales.

¹⁸⁷ CONSEJO DE EUROPA, *Trafficking in Human Beings and Corruption*, informe presentado en el seminario regional celebrado en el marco del Programa contra la corrupción y el crimen organizado en el sudeste de Europa (PACO), en Portoroz, Eslovenia, en junio de 2002.

¹⁸⁸ UNITED NATIONS GLOBAL INITIATIVE TO FIGHT HUMAN TRAFFICKING (UNGIFT), *Corruption and Human Trafficking: the Grease that Facilitates the Crime*, Background paper presentado en el Foro de Viena para la Lucha contra la Trata, 13-15 de febrero de 2008; ANTI-SLAVERY INTERNATIONAL/TRANSPARENCY INTERNATIONAL/ UNODC, *The Role of Corruption in Trafficking in Persons*, Background paper para el evento "The Role of Corruption in Trafficking in Persons", en la Tercera Sesión de la Conferencia de los Estados Parte de la UNCAC, celebrada el 11 de noviembre de 2009; UNODC, *The Role of Corruption in Trafficking in Human Beings*, UNODC Issue Paper, Viena, 2011.

OCDE¹⁸⁹, Transparencia Internacional¹⁹⁰, Verité¹⁹¹ o la International Bar Association¹⁹², entre otros. Al estar vinculados con las estrategias político-criminales institucionales, estos estudios presentan la ventaja de tener una orientación eminentemente práctica, ya que en muchas ocasiones preparan el terreno para la adopción de medidas concretas contra la trata¹⁹³.

Así pues, fruto de la influencia de estas investigaciones, en los últimos años ha empezado a reconocerse explícitamente el papel de la corrupción en las estrategias contra la trata. Tanto el Convenio de Varsovia de 2005 como la Directiva 2011/36/UE prevén como circunstancia agravante la comisión por parte de un agente o funcionario público en el ejercicio de sus funciones (arts. 24.c y 4.3, respectivamente). Además, en el Plan de Acción Mundial de las Naciones Unidas para combatir la trata de personas¹⁹⁴, aprobado en 2010, los Estados Miembros manifiestan su voluntad política de “investigar, procesar y sancionar a los funcionarios públicos corruptos involucrados en la trata de personas o que la facilitan y promover una política de tolerancia cero”, y “reforzar o seguir reforzando la coordinación y la cooperación entre Estados para combatir los delitos que puedan estar relacionados con la trata de personas, como el blanqueo de capitales, la corrupción, el contrabando de migrantes y todo tipo de delincuencia organizada”.

Estas inclusiones muestran que empieza a tomarse conciencia sobre la importancia de combatir ambos delitos de un modo conjunto, pero todavía queda lejos un compromiso firme para prevenir y sancionar las conductas de los funcionarios públicos involucrados en la trata de personas. La correcta implementación de estas medidas internacionales en un ordenamiento interno requiere determinar con claridad los conceptos de trata de personas y corrupción, entender los vínculos entre ellos y evaluar críticamente la respuesta penal que se ha venido ofreciendo frente a estos.

¹⁸⁹ OCDE, *Developing a Framework for Combatting Corruption Related to Trafficking in Persons*, 2015.

¹⁹⁰ TREMBLAY, M./ KARBASSI, C., *Corruption and Human Trafficking*, cit.

¹⁹¹ VERITÉ, *Corruption & Labor Trafficking in Global Supply Chains*, 2013; VERITÉ/ THE FREEDOM FUND, *An Exploratory Study on the Role of Corruption in International Labor Migration*, 2016.

¹⁹² INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION (IBA), *Human Trafficking and Public Corruption, A Report by the IBA's Presidential Task Force Against Human Trafficking*, 2016.

¹⁹³ Por el contrario, también presentan la desventaja de que están muy moldeadas por las necesidades políticas de quienes las financian, lo que no asegura una profundización del conocimiento base. Ver esta crítica en LOBASZ, J.K., “Beyond Border Security”, cit., p. 327.

¹⁹⁴ ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, *UN Global Plan of Action to Combat Trafficking in Persons*, 2010, A/RES/64/293.

CAPÍTULO II. CONCEPTO DE TRATA DE SERES HUMANOS: UNA ÚNICA DEFINICIÓN JURÍDICO-PENAL PARA UNA REALIDAD CRIMINOLÓGICA MÚLTIPLE

1. INTRODUCCIÓN

Históricamente, la regulación del fenómeno de la trata de seres humanos y, en particular, la determinación de un concepto que englobe todas las conductas que se trataban de criminalizar y prevenir, ha sido un proceso lento y extremadamente complejo. Como el capítulo anterior ha mostrado, diversos organismos internacionales han ido elaborando durante décadas posibles definiciones en las que las relaciones con la inmigración y con la prostitución se entrelazan y confunden entre sí. A efectos ilustrativos, basta simplemente recordar el Acuerdo Internacional para la Supresión del Tráfico de Blancas de 1904, que se refiere a “la contratación de mujeres y muchachas con el fin de darlas a la vida depravada en el extranjero”¹⁹⁵. El legislador internacional se enfrentaba (y todavía se enfrenta) a la trascendental necesidad de alcanzar un concepto jurídico-penal que configure a la trata de seres humanos como un delito autónomo, independiente del delito de tráfico de personas o la explotación de la prostitución, pero sin obviar los innegables vínculos que existen con estas actividades. Una definición que abarque una amplia variedad de realidades criminológicas y que permita una adecuada identificación de las víctimas y enjuiciamiento de los autores de este delito.

En 1995, la Asamblea General de la ONU aprobó una resolución sobre trata de seres humanos en la que se definía este fenómeno como “el movimiento ilícito y clandestino de personas a través de fronteras nacionales o internacionales [...] con el fin último de forzar a mujeres y niñas a situaciones de opresión y explotación sexual o económica, en beneficio de proxenetas, tratantes y bandas criminales organizadas, así como otras actividades ilícitas relacionadas con la trata de mujeres, por ejemplo, el trabajo doméstico forzado, los matrimonios falsos, los empleos clandestinos y las adopciones fraudulentas”¹⁹⁶. Esta aclaración supuso un importante avance hacia la definición actual de trata, pues comienzan a bosquejarse aquí los tres elementos que hoy caracterizan el concepto de trata: acción, medios y finalidad de explotación. Por una parte, el elemento “acción” se intuye de la referencia al movimiento ilícito y clandestino de personas¹⁹⁷. Por otro lado, la utilización de la palabra “forzar” indica que es

¹⁹⁵ Artículo 1 (énfasis añadido).

¹⁹⁶ ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, *Trata de mujeres y niñas*, A/RES/49/166, 24 de febrero de 1995, p. 2. En: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/49/166&referer=http://www.un.org/en/documents/index.html&Lang=S

¹⁹⁷ Es importante señalar que, ya en estos textos, la ONU reconocía la posibilidad de que la trata se produjese también dentro de las fronteras de un país, es decir, reconocía la existencia de la trata transnacional y la nacional. Vid. GALLAGHER, A.T., *The International Law of Human Trafficking*, Cambridge University Press, Nueva York, 2010, p. 18.

necesario, cuanto menos, cierto nivel de coerción, lo que concuerda con la exigencia de concurrencia del segundo elemento de la actual definición: los medios. Finalmente, se recoge expresamente el tercer elemento de la trata: la finalidad de explotación. Además, esta definición marca una ruptura con la dinámica anterior al aceptar que la trata no se produce únicamente con fines de explotación sexual, sino también con el objetivo de llevar a cabo otras actividades ilegales relacionadas¹⁹⁸.

Pero, sin duda, el antecedente más inmediato de la definición de trata recogida en el Derecho internacional actual es la *Victims of Trafficking and Violence Protection Act* (TVPA) aprobada en Estados Unidos el 28 de octubre de 2000, un mes antes de que la Asamblea General de la ONU aprobase del Protocolo de Palermo¹⁹⁹. La influencia del texto estadounidense es tal que muchas de sus disposiciones fueron trasladadas *verbatim* al convenio de la ONU, a pesar de que algunas de ellas eran ajenas al Derecho internacional²⁰⁰. Así, entre las acciones se recoge la captación, acogimiento, transporte, suministro y obtención de una persona²⁰¹; entre los medios, la coerción, la fuerza o el fraude; y se amplían las finalidades de explotación respecto a textos anteriores, añadiendo a la sexual la explotación laboral, incluyendo la esclavitud y la servidumbre por deudas.

Hasta la fecha, el momento culmen en ese complejo proceso de elaboración de una definición de la trata de personas a nivel internacional ha sido la aprobación del Protocolo de Palermo en noviembre del año 2000. El artículo 3 de este texto se refiere a la trata de personas como *“la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los*

¹⁹⁸ Vid. GALLAGHER, A.T., *The International Law*, cit., p. 18.

¹⁹⁹ Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Nueva York, 15 de noviembre de 2000.

²⁰⁰ De hecho, el término inglés *“harbour”*, traducido en la legislación española como acogimiento de personas, había sido usado en la legislación de extranjería de los Estados Unidos desde 1952, pero era poco común en el Derecho internacional cuando se introdujo en el Protocolo. Esta es, en parte, una plausible e interesante explicación de las dificultades para delimitar el concepto de trata a partir de la interpretación de las acciones típicas. Vid. ALLAIN, J., *Slavery in International Law of Human Exploitation and Trafficking*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2013, p. 352; DOTTRIDGE, M., *“Trafficked and Exploited: The Urgent Need for Coherence in International Law”*, en KOTISWARAN, P. (Eds.), *Revisiting the Law and Governance of Trafficking, Forced Labor and Modern Slavery*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, p. 64.

²⁰¹ Los términos exactos utilizados en inglés son *“recruitment, harboring, transportation, provision, or obtaining of a person”*.

trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”.

El carácter internacional de esta definición puede inferirse de su adopción en el marco de una convención de las Naciones Unidas, pero también del hecho de que la definición ha sido tomada como referencia en la redacción de múltiples legislaciones regionales y nacionales. Su influencia es tal que incluso en países donde la legislación interna no define la trata, los tribunales aceptan y aplican la definición plasmada en el Protocolo²⁰².

A nivel europeo, el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, aprobado en Varsovia en 2005, reproduce casi literalmente la definición del Protocolo de Palermo²⁰³. Posteriormente, en el seno de la Unión Europea, la Directiva 2011/36/UE, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, mantiene también la estructura conceptual fijada en el Derecho internacional. No obstante, la Directiva incluye expresamente nuevas acciones, medios comisivos y modalidades de explotación, lo que amplía la definición en el ámbito europeo²⁰⁴.

El proceso de conceptualización de la trata en el ordenamiento jurídico español refleja perfectamente la tendencia internacional de asociar este delito con la erradicación de la prostitución y el control de los flujos migratorios. La LO

²⁰² La UNODC pone como ejemplo Suiza, cuyo Código Penal (Art. 182) tipifica pero no define la trata de seres humanos. Vid. UNODC, *Abuso de una situación de vulnerabilidad y otros “medios” en el contexto de la definición de trata de personas*, Nueva York, 2013, p. 58.

Por otra parte, se ha criticado el hecho de que la definición de Palermo se haya incorporado directamente en los Códigos penales, argumentando que la definición internacional contiene demasiados elementos, lo que dificulta su aplicación práctica. Por ello, se ha sugerido incorporar su esencia a la legislación interna, que deberá contener un lenguaje más claro y sencillo. Vid. esta crítica en JORDAN, A.D., *The Annotated Guide to the Complete UN Trafficking Protocol*, International Human Rights Law Group, Washington DC, 2002, p. 7.

²⁰³ “La expresión «trata de seres humanos» designa 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 raptos, 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” (Art. 2 a).

²⁰⁴ “La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, incluido el intercambio o la transferencia de control sobre estas personas, mediante la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el raptos, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona, con el fin de explotarla. [...] La explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena, u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, incluida la mendicidad, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre, la explotación para realizar actividades delictivas o la extracción de órganos” (Art. 2).

11/1999²⁰⁵ tipificó la trata de seres humanos como una modalidad de los delitos relativos a la prostitución forzada (art. 188 CP)²⁰⁶. En este momento, se definía como la facilitación de la entrada, estancia o salida del territorio nacional de personas, con fines de explotación sexual, empleando violencia, intimidación, engaño o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima. Posteriormente, la LO 11/2003²⁰⁷ eliminó este párrafo del artículo 188 y trasladó la tipificación de la trata al ámbito de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis). Curiosamente, aunque España había ratificado el Protocolo de Palermo el 1 de marzo de 2002²⁰⁸, la definición de trata que recogía el Código Penal más de un año después distaba mucho de la aprobada en el texto internacional. En España se consideraba autor de un delito de trata personas a quien, directa o indirectamente, promoviese, favoreciese o facilitase el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, si el propósito de este tráfico ilegal fuese la explotación sexual de personas. Con esta definición, ninguno de los elementos de la trata estaba correctamente integrado: no se incluían todas las acciones, se prescindía completamente de los medios y solo se incluía una finalidad de explotación.

Finalmente, para la correcta implementación de la normativa internacional y comunitaria, la LO 5/2010²⁰⁹ introduce en el Código Penal español el artículo 177 bis. Con esta reforma legal, la trata de seres humanos se configura en el ordenamiento jurídico español como un delito autónomo, poniendo fin de este modo al desafortunado tratamiento unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina del artículo 318 bis²¹⁰. Al menos en teoría. El artículo 177 bis se regula desde entonces en un título

²⁰⁵ Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

²⁰⁶ En el Código Penal de 1973 existían preceptos que castigaban conductas relacionadas con la trata de personas, pero en estos tipos no aparecían los tres elementos que caracterizan la definición actual. El artículo 452 bis, donde se regulaban los delitos relativos a la prostitución, castigaba la conducta del que “retuviere a una persona, contra su voluntad, en prostitución o en cualquier clase de tráfico inmoral” y la de quien “mediante promesas o pactos, aun con apariencia de lícitos, indujere o diere lugar a la prostitución de menores de veintitrés años, tanto en territorio español como para conducirles con el mismo fin al extranjero”. Asimismo, en lo que respecta a la trata laboral, el artículo 499 bis castigaba al que “trafique de cualquier manera ilegal con la mano de obra o intervenga en migraciones laborales fraudulentas, aunque de ello no se derive perjuicio para el trabajador”.

²⁰⁷ Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

²⁰⁸ Los datos sobre el estado de ratificación del Protocolo están disponibles en: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-12-a&chapter=18&clang=en

²⁰⁹ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

²¹⁰ La separación de ambos delitos se considera imprescindible por dos motivos: primero, porque así lo establece la normativa internacional; segundo, para intentar aclarar los constantes conflictos interpretativos que originaban ambos tipos delictivos. Vid. SÁNCHEZ DOMINGO, M.B., “Trata de seres humanos y trabajos forzados”, *Revista Penal*, núm. 45, enero 2020, pp. 177-8.

independiente, el Título VII bis, situado en el Código Penal entre las torturas y delitos contra la integridad moral (Título VII) y los delitos contra la libertad e indemnidades sexuales (Título VIII). Esta posición sistemática es mucho más acorde con el bien jurídico protegido de la trata, que, tal y como establece la propia exposición de motivos de la LO 5/2010, es la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren. Así lo considera también la mayor parte de la doctrina²¹¹. Siendo este el bien jurídico protegido, el sujeto pasivo puede ser cualquier persona, nacional o extranjera. Además, al ser la dignidad humana un concepto individual y no global, el sujeto pasivo del delito ha de ser también individual y no plural. Por tanto, como acertadamente estableció el Acuerdo Plenario de 31 de mayo de 2016 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, se sancionarán tantos delitos como víctimas, con arreglo a las normas que regulan el concurso real²¹².

En lo que respecta a su contenido, al igual que ocurría con la legislación regional, el artículo 177 bis CP es un reflejo de la definición del Protocolo de

²¹¹ VILLACAMPA ESTIARTE, C., "Título VII bis. De la trata de seres humanos", en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.)/ MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo I, 7ª e., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 1245; LLORIA GARCÍA, P., "El delito de trata de seres humanos y la necesidad de creación de una Ley Integral", *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 39, 2019, p. 374; MAYORDOMO RODRIGO, V., "Nueva regulación", cit., p. 352; TERRADILLOS BASOCO, J.M./ GALLARDO GARCÍA, R.M., "Trata de seres humanos", en TERRADILLOS BASOCO, J.M. (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal*, Tomo III, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2016, p. 178; SANTANA VEGA, D., "Título VII bis. De la trata de seres humanos" en CORCOY BIDASOLO, M./ MIR PUIG, S. (Dirs.)/ VERA SÁNCHEZ, J.S. (Coord.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 652; ESQUINAS VALVERDE, P., "Lección 6. El delito de trata de seres humanos", en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. (Dir.)/ ESQUINAS VALVERDE, M.R. (Coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 109; GUIASOLA LERMA, C., "Formas Contemporáneas de esclavitud", cit., p. 189; CUERDA ARNAU, M.L., "Lección X. Torturas y otros delitos contra la integridad moral. Trata de seres humanos", en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 6ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 204. Dentro de esta posición, varios autores consideran que la trata es un ataque contra la integridad moral de las personas, entendida esta como una manifestación de la dignidad humana. En este sentido, vid. SÁNCHEZ DOMINGO, M.B., "Trata", cit., p. 181; MARTOS NÚÑEZ, J.A., "El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis del Código Penal", *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 32, 2012, p. 100; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 22ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 173; POMARES CINTAS, E., *El Derecho Penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 123. Asimismo, parte de la doctrina entiende que el bien jurídico protegido se sitúa únicamente en la dignidad humana y no en la libertad. Vid. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., "Trata de seres humanos y criminalidad organizada: problemas de política criminal desde los derechos humanos", *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 38, 2018, p. 398; PÉREZ CEPEDA, A.I., "Lección X. La trata de seres humanos", en GÓMEZ RIVERO, M.C. (Dir.)/ NIETO MARTÍN, A./ PÉREZ CEPEDA, A.M./ CORTÉS BECHIARELLI, E./ NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Nociones Fundamentales de Derecho Penal. Parte especial*, 3ª ed., vol. I, Tecnos, Madrid, 2018, p. 239; IGLESIAS SKULJ, A., "De la trata de seres humanos: Artículo 177 bis CP", en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 596; QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 197; GARCÍA SEDANO, T., "El tipo de trata de seres humanos", *La Ley Penal*, núm. 109, julio-agosto 2014, p. 1.

²¹² En aplicación del citado Acuerdo, la STS 538/2016, de 17 de junio, fue la primera en rechazar el concurso ideal pluriofensivo y la continuidad delictiva cuando hay varias víctimas de trata.

Palermo. En la actualidad, tras las modificaciones introducidas por la LO 1/2015²¹³, la trata de seres humanos se define en los siguientes términos:

“Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la captare, transportare, trasladare, acogiere, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con cualquiera de las finalidades siguientes:

- a) La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad.*
- b) La explotación sexual, incluyendo la pornografía.*
- c) La explotación para realizar actividades delictivas.*
- d) La extracción de sus órganos corporales.*
- e) La celebración de matrimonios forzados”.*

Esta estructura, compartida en los cuatro textos normativos analizados, se traduce en un tipo mixto alternativo, es decir, solo se requiere la comisión de una de las acciones, a través de uno de los medios y para una de las finalidades de explotación previstas, sin que la concurrencia de más de uno de ellos determine la apreciación de varios delitos ni una agravación de la responsabilidad criminal²¹⁴. De hecho, es poco habitual que los tribunales determinen qué medio o acción concreta se ha utilizado en el caso concreto, limitándose a comprobar que se ha satisfecho cada elemento en general, lo cual es lógico si se tiene en cuenta que en la mayoría de casos de trata concurren múltiples medios, acciones e incluso modalidades de explotación, todos ellos estrechamente relacionados.

En las próximas páginas se realiza un estudio de los tres elementos necesarios para la existencia de un delito de trata según lo previsto en los cuatro instrumentos normativos mencionados anteriormente. La siguiente tabla comparativa ilustra las similitudes y diferencias entre estos cuatro textos legales. El análisis se llevará a cabo de modo conjunto para evitar reiteraciones, dado que las diferencias entre estos textos legales, aunque no deban preterirse, no impiden que pueda hablarse de una única definición de trata de seres humanos. Sin embargo, aunque se puede afirmar que existe una definición legal común, no

²¹³ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Con esta reforma se introduce entre las acciones el intercambio o transferencia de control sobre una persona; entre los medios, la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima; y en las modalidades de explotación se añade la explotación para realizar actividades delictivas y la celebración de matrimonios forzados.

²¹⁴ Vid., por todos, VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito*, cit., p. 432. En relación con la legislación internacional, se mantiene también esta misma postura, vid. STOYANOVA, V., *Human Trafficking and Slavery Reconsidered*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, p. 34.

puede obviarse que el alcance y límites de dicho concepto en la práctica dependen en gran medida de la interpretación que se haga de cada elemento en cada Estado, en consonancia con la cultura legal propia²¹⁵. Por ello, en este análisis del concepto de trata de seres humanos se hará especial hincapié en la legislación penal española, complementando esta visión con elementos de derecho comparado.

²¹⁵ Vid. NELKEN, D., "Human Trafficking and Legal Culture", *Israel Law Review*, vol. 43, núm. 3, 2010, pp. 479-513. Vid. también ALLAIN, J., "No Effective Trafficking Definition Exists: Domestic Implementation of the Palermo Protocol", *Albanian Government Law Review*, vol. 7, núm. 1, 2014, pp. 111-142. Sobre la importancia del papel interpretativo de los jueces vid. ESSER, L.B./DETTMEIJER-VERMEULER, C.E., "The Prominent Role of National Judges in Interpreting the International Definition of Human Trafficking", *Anti-Trafficking Review*, vol. 6, 2016, pp. 91-105.

2. CONCEPTO DE TRATA DE SERES HUMANOS: TABLA COMPARATIVA

		Protocolo de Palermo 2000 ²¹⁶	Convenio de Varsovia 2005 ²¹⁷	Directiva 2011/36/UE 2011 ²¹⁸	Código Penal 2015 ²¹⁹
ACCIONES	Captar	✓	Reclutar	✓	✓
	Transportar	✓	✓	✓	✓
	Trasladar	✓ (“transfer” en inglés, más acorde con transferir)	✗	✓	✓
	Acoger	✓	Alojar	✓	✓
	Recibir	✓	✓	✓	✓
	Intercambio o transferencia de control	✗	Transferir	✓	✓
MEDIOS COMISIVOS	Amenaza	✓	✓	✓	Intimidación
	Uso de la fuerza u otras formas de coacción	✓	Uso de la fuerza u otras formas de <i>coerción</i>	✓	Violencia
	Rapto	✓	Secuestro	✓	✗
	Fraude	✓	✓	✓	✗
	Engaño	✓	✓	✓	✓
	Abuso de <i>poder</i>	✓	✓	✓	Abuso de situación de <i>superioridad</i>
	Abuso de situación de vulnerabilidad	✓	✓	✓	✓+ abuso de situación de <i>necesidad</i>
	<i>Entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona</i>	<i>Concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga <i>autoridad</i> sobre otra</i>	<i>Ofrecimiento o aceptación de pagos o <i>ventajas</i> para obtener el consentimiento de una persona que tenga <i>autoridad</i> sobre otra</i>	✓	✓

²¹⁶ Según redacción recogida en BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 2003, pp. 44083-44089.

²¹⁷ Según redacción recogida en BOE núm. 219, de 10 de septiembre de 2009, pp. 76453-76471.

²¹⁸ En: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32011L0036>

FINALIDADES DE EXPLOTACIÓN	Explotación de prostitución ajena u otras formas de explotación sexual	✓	✓	✓	Explotación sexual incluyendo la <i>pornografía</i>
	Trabajos o servicios forzados	✓	✓	✓ (incluida la mendicidad)	✓ (+ mendicidad)
	Esclavitud o prácticas análogas	✓	✓	✓	✓
	Servidumbre	✓	✓	✓	✓
	Extracción de órganos	✓	✓	✓	✓
	Explotación para realizar actividades delictivas	✗	✗	✓	✓
	Celebración de matrimonios forzados	✗	✗	✗	✓

3. LAS ACCIONES

El primer elemento que ha de concurrir para poder calificar una situación como un caso de trata de seres humanos es la acción. Esta acción ha de consistir en la captación o reclutamiento de la víctima, su transporte o traslado y su posterior recepción, acogimiento o alojamiento. A este elenco de conductas, que aparecían recogidas ya en el Protocolo de Palermo, se añade posteriormente el intercambio o transferencia de control sobre una persona, que fue previsto de modo explícito por primera vez en la Directiva 2011/36/UE y seguidamente en el Código Penal tras la reforma de 2015. Con esta enumeración de acciones alternativas, se pretende abarcar las tres fases que usualmente pueden diferenciarse en los casos de trata: la captación, que se producirá normalmente en el lugar de residencia habitual; el transporte por las zonas de tránsito; y el alojamiento en el sitio de destino, donde tendrá lugar la explotación de la víctima²²⁰. Además, la tipificación explícita del intercambio o transferencia de control permite incluir casos de venta, permuta o alquiler de personas.

²²⁰ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 5/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración*, Madrid, 2011, II.2 (en adelante Circular 5/2011). En: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/memoria2012_vol1_circu_05.pdf?idFile=f899b5a5-3799-4389-a0c7-9530996f9829.

3.1. Interpretación del elemento acción: ¿solo proceso o también explotación?

El modo en el que se ha configurado la acción en los diferentes textos normativos, a través de la inclusión de una lista amplia de conductas alternativas, ha sido objeto de duras críticas, por centrarse demasiado en la casuística, resultar reiterativo y no facilitar la adecuada determinación de la tipicidad²²¹. Por este motivo, en aras a precisar el alcance de la conducta típica, es necesario analizar el significado de cada una de las acciones típicas por separado, pero también es preciso profundizar en el significado global del delito de trata, en la búsqueda de un elemento común a todas estas conductas que justifique su tipificación como delito autónomo. En este sentido, existen dos posturas diferenciadas: aquellos que configuran a la trata de seres humanos como un proceso conducente a la explotación y los que consideran que la trata incluye también la posterior explotación efectiva.

Para los primeros, entre los que se encuentra la mayoría de la doctrina española, el modo en el que la definición describe el elemento acción es precisamente lo que refleja la idea de trata como proceso movilizador hacia la explotación²²². Desde esta postura, la trata no alude a la fase de explotación de los servicios de una persona, sino al proceso conducente a esa situación, a lo que VILLACAMPA ESTIARTE denomina “el periplo de la víctima desde el lugar de origen al lugar de destino”²²³. El delito de trata se configuraría así como “un delito de movimiento, que, salvo algunos supuestos, debe implicar un desplazamiento de la víctima”²²⁴. En este sentido, ALLAIN recuerda que el concepto de trata fue creado en el marco de una convención contra la delincuencia transnacional y que, por tanto, debe necesariamente relacionarse con un proceso de movimiento y no con un tipo de explotación²²⁵. La comisión redactora del Protocolo de Palermo quería atajar el problema del movimiento de personas perpetrado por grupos organizados, y las diferentes acciones en la definición de la trata reflejan los

²²¹ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito de trata de seres humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 47; IGLESIAS SKULJ, A., “De la trata”, cit., p. 598; REQUEJO NAVEROS, M.T., “El delito de trata de seres humanos en el Código Penal español: panorama general y compromisos internacionales de regulación”, en ALCÁCER GUIRAO, R./ MARTÍN LORENZO, M./ VALLE MARISCAL DE GANTE (Coords.), *La trata de seres humanos: persecución penal y protección de las víctimas*, Edisofer, Madrid, 2015, p. 30; SÁNCHEZ DOMINGO, M.B., “Trata”, cit., p. 184; GARCÍA SEDANO, T., “El tipo de trata de seres humanos”, cit., p. 2.

²²² A nivel internacional son partidarios de esta postura, entre otros, ALLAIN, J., *Slavery*, cit., pp. 350 y ss.; STOYANOVA, V., *Human Trafficking*, cit., p. 35. En España, vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito*, cit., p. 38; MAQUEDA ABREU, M.L., “Trata y esclavitud”, cit., p. 1253; DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito*, cit., p. 47; GUIASOLA LERMA, C., “Formas Contemporáneas de esclavitud”, cit., pp. 190-191; IGLESIAS SKULJ, A., *La trata*, cit., p. 114; LLORIA GARCÍA, P., “El delito”, cit., pp. 367-368; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., “Trata de seres humanos y explotación laboral. Reflexiones sobre la realidad práctica”, *La Ley Penal*, núm. 109, julio-agosto 2014, p. 3. También en este sentido se postula la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 5/2011*, cit., II.2.

²²³ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito*, cit., p. 38.

²²⁴ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito*, cit., p. 47.

²²⁵ ALLAIN, J., *Slavery*, cit., pp. 354-355.

distintos roles que cada uno de los miembros de esos grupos pueden llevar a cabo en ese proceso movilizador²²⁶. Llevando esta concepción a su extremo, quien recibe o acoge a una persona sometida a explotación que ha sido introducida en el país por otra persona, sin haber participado en ese original cruce de fronteras, no cometería trata, sino, en su caso, el correspondiente delito relativo a la explotación de la prostitución²²⁷ o una detención ilegal (si no es quien lleva a cabo la explotación)²²⁸. No obstante, dentro de esta postura, se interpreta mayoritariamente que la recepción y el acogimiento forman parte del proceso movilizador, como última fase de este²²⁹. Por ello, conductas como la anterior sí quedarían incluidas en el concepto de trata. Eso sí, lo que no estaría incluido en ningún caso sería la efectiva situación de explotación. Lo contrario sería, para los seguidores de esta postura, una extensión desmesurada del concepto de trata.

Frente a esta posición, existe una interpretación diferente de la definición de acción, según la cual el concepto de trata no se refiere únicamente al proceso por el cual un individuo es conducido a una situación de explotación, sino que se extiende al mantenimiento de esa persona en la situación de explotación, es decir, a la efectiva explotación de la persona tratada²³⁰. Esta postura se basa en una interpretación amplia de los verbos típicos “recepción” y “acogida”, entendiendo que con ellos puede abarcarse la conducta de quien explota a las personas tratadas, aunque no haya participado en el proceso movilizador previo²³¹. Así, no solo cometería trata el reclutador o el transportista, sino también cualquier individuo o entidad involucrada en la iniciación o sostenimiento de la explotación²³². Esto es: dueños, gerentes o supervisores de cualquier lugar en que se produzca la explotación, como puede ser un prostíbulo, una granja, un barco,

²²⁶ STOYANOVA, V., *Human Trafficking*, cit., p. 39; CHUANG, J.A., “Contemporary Debt Bondage, “Self-Exploitation”, and the Limits of the Trafficking Definition”, en KOTISWARAN, P. (Eds.), *Revisiting the Law and Governance of Trafficking, Forced Labor and Modern Slavery*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, p. 117.

²²⁷ ALLAIN, J., *Slavery*, cit., pp. 355; REQUEJO NAVEROS, M.T., “El delito”, cit., p. 32.

²²⁸ Para MARAVER GÓMEZ, “el traslado como fase previa al propio acto de la explotación es lo característico del delito de trata de seres humanos”. Vid. MARAVER GÓMEZ, M., “La trata de seres humanos” en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (Dir.), *Estudios sobre las reformas del código penal: (operadas por la LO 5/2010, de 22 de junio, y 3-2011, de 28 de enero)*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 318-319.

²²⁹ CHUANG, J.A., “Contemporary Debt Bondage”, cit., p. 117.

²³⁰ GALLAGHER, A.T., *The International Law*, cit., p. 47. También apuntan en esta línea: ELLIOT, J., *The Role of Consent in Human Trafficking*, Routledge, Abingdon, 2016, p. 54.; ROTH, V., *Defining Human Trafficking*, cit., pp. 72 y ss; VAN VOORHOUT, J.C., “Human Trafficking for Labour Exploitation: Interpreting the Crime”, *Utrecht Law Review*, vol. 2, núm. 3, 2007, p. 65. Incluso la OIT parece seguir esta interpretación cuando afirma que “la definición de trabajo forzado abarca la mayoría de formas de trata de seres humanos”. Vid. OIT, *Forced Labour and Human Trafficking: Casebook of Court Decisions*, 2009, p. 2. Por su parte, el Grupo de Expertos en la Trata de Seres Humanos, creado en el marco de la Comisión Europea, afirmó en su informe de 2004 que existe “una seria deficiencia” en una definición de trata que se centra solamente en el proceso hacia la explotación y no en la explotación en sí misma”. Vid. COMISIÓN EUROPEA, *Report of the Experts Group*, cit., p. 53.

²³¹ GALLAGHER, A.T., *The International Law*, cit., p. 30; ELLIOT, J., *The Role*, cit. p. 54.

²³² GALLAGHER, A.T., *The International Law*, cit., p. 47.

una fábrica, una instalación sanitaria o incluso una casa²³³. Siguiendo esta interpretación extensiva, será prácticamente imposible encontrar una forma contemporánea de explotación en el sector privado que no se pueda encuadrar en la definición de trata²³⁴. Además de intentar evitar la impunidad en este tipo de situaciones de explotación, esta postura pretende acabar con la anomalía penológica resultante de castigar por separado trata y explotación, siendo usualmente la pena asociada al proceso hacia la explotación mucho mayor que la explotación en sí²³⁵. Por otra parte, al acercar más la trata a la explotación que al proceso de movimiento, se podría facilitar la distinción con el delito de tráfico de migrantes. Esta interpretación ha sido acogida en algunas legislaciones internas, como por ejemplo, el Código Penal de los Países Bajos, donde se indica expresamente que cualquier persona que se beneficie intencionalmente de la explotación de otro será culpable de un delito de trata de seres humanos (sección 273 f 1 6º)²³⁶.

A pesar de reconocer las ventajas de esta segunda postura, es importante tener en cuenta que incluso sus defensores admiten que no hay nada en la lectura de los trabajos preparatorios del Protocolo de Palermo, donde se gestó la definición de trata, que respalde categóricamente esta interpretación²³⁷. Por ello, teniendo en cuenta que el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969, establece que los tratados “deben interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”, debe rechazarse la interpretación conforme a la cual la definición internacional de trata abarca la efectiva explotación. Así las cosas, dado que la legislación penal española tipifica la trata en los mismos términos que la normativa internacional, ha de entenderse también que lo que castiga el artículo

²³³ GALLAGHER, A.T., *The International Law*, cit., p. 30-31.

²³⁴ Además, según GALLAGHER, el concepto de trata podría expandirse así a aquellas situaciones de explotación en las que no existió un proceso de “trata” en el sentido más tradicional del término, pero en las que sí encontramos los tres elementos que exige la definición, por ejemplo: servidumbres heredadas (*intergenerational bonded labour*), o la imposición de condiciones de trabajo que cambian y pasan de ser aceptables a constituir una situación de explotación coercitiva. Vid. GALLAGHER, A.T., *The International Law*, cit., p. 30 y 47.

²³⁵ Como veremos, esta es una de las principales críticas a la legislación española. Al respecto, vid., entre otros, MAQUEDA ABREU, M.L., “Trata y esclavitud”, cit., pp. 1254-1255; SÁNCHEZ DOMINGO, M.B., “Trata”, cit., p. 192; LLORIA GARCÍA, P., “El delito”, cit., p. 368; POMARES CINTAS, E., *El Derecho Penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 127-128; PÉREZ ALONSO, E., “Tratamiento jurídico-penal de las formas contemporáneas de esclavitud”, en PÉREZ ALONSO, E. (Dir.), *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 355; VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La trata de seres humanos tras la reforma del Código Penal de 2015”, *Diario La Ley*, núm. 8554, Sección Doctrina, 4 de junio de 2015, p. 13.

²³⁶ Vid. SMIT, M., “Trafficking in human beings for labour exploitation. The case of the Netherlands”, *Trends in Organised Crime*, vol. 14, 2011, pp. 184-197.

²³⁷ GALLAGHER, A.T., *The International Law*, cit., p. 31. También afirman que esta no era la intención del legislador internacional STOYANOVA, V., *Human Trafficking*, cit., p. 38; DOTTRIDGE, M., “Trafficked and Exploited”, cit., p. 87; CHUANG, J.A., “Contemporary Debt Bondage”, cit., p. 117.

177 bis CP es únicamente el proceso hacia la explotación y no la explotación en sí misma, con toda la problemática que esta opción legislativa conlleva. Partiendo de esta premisa, la trata y el posterior delito de explotación se castigarán por separado, en relación de concurso real o medial, conforme a lo dispuesto en el apartado 9 del artículo 177 bis²³⁸.

En definitiva, para ser fieles al principio de legalidad, pero también a la que parece ser la intención del legislador, debe hacerse una interpretación restrictiva de las acciones enumeradas, de modo que solo sean punibles si se realizan en el marco de un proceso para conseguir el efectivo dominio sobre una persona y poder así explotarla. Un proceso que no ha de requerir obligatoriamente un movimiento físico de la víctima, siendo suficiente también un traslado de dominio. Este es precisamente el núcleo del ataque a la dignidad y la libertad que supone la trata, tal y como ha sido definida por la legislación aquí analizada.

3.2. Ámbito territorial de la acción: la trata interna y la trata transnacional

Al margen del debate expuesto anteriormente, es innegable que las acciones recogidas en la definición de trata suponen frecuentemente, aunque no necesariamente, un desplazamiento físico. El caso más obvio sería el transporte o traslado, pero también puede implicar movimiento una captación realizada desde un lugar diferente a donde se encuentra la víctima. En estos casos se ha planteado si es necesario que dicho desplazamiento tenga carácter internacional, o si, por el contrario, podemos calificar unos hechos como trata aunque la acción ocurra dentro de un mismo país.

Tradicionalmente, este delito se ha limitado a la trata internacional o transnacional, es decir, la que supone un cruce de fronteras. El artículo 4 del Protocolo de Palermo exige explícitamente que la trata tenga naturaleza transnacional y entrañe la participación de un grupo delictivo organizado. No es de sorprender que este texto internacional recoja esta limitación, pues fue aprobado como suplemento a la Convención de Palermo, contra la delincuencia organizada, que requiere expresamente la concurrencia del elemento transnacional al delimitar su ámbito de aplicación (art. 3). No obstante, como señala PÉREZ ALONSO, los conceptos de transnacionalidad y de grupo delictivo

²³⁸ Según este precepto, las penas previstas para el delito de trata se aplicarán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 318 bis CP y por el correspondiente delito constitutivo de explotación. Así, el sentido de esta aclaración es descartar el concurso aparente de normas, sin precisar qué tipo de concurso de delitos ha de aplicarse, que habitualmente será el concurso real o medial. Sobre esta cuestión, vid. DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito*, cit., pp. 170-174; VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito*, cit., pp. 487 y ss.; CUERDA ARNAU, M.L., "Lección X", cit., p. 208; TERRADILLOS BASOCO, J.M./ GALLARDO GARCÍA, R.M., "Trata", cit., p. 13; ESQUINAS VALVERDE, P., "Lección 6", cit., p. 117.

organizado son tan amplios que sería posible incluir determinados supuestos de trata interna o nacional en la definición internacional de este delito²³⁹. Además, la propia Guía Legislativa para la Aplicación de la UNTOC²⁴⁰ se encarga de aclarar que “el elemento transnacional y la participación de un grupo delictivo organizado no han de considerarse elementos de esos delitos a efectos de la penalización”²⁴¹ y “los legisladores [internos] no deben incluirlos en la definición de los delitos”²⁴².

Esta es la línea seguida por la Convención de Varsovia, que, en su artículo 2, señala explícitamente que la definición de trata comprende tanto la nacional como la internacional y que no se precisa ninguna conexión con el crimen organizado. Por su parte, la Directiva 2011/36/UE afirma que los Estados deberán establecer su jurisdicción sobre supuestos de trata cometidos “en todo o en parte” dentro de su territorio, incluyendo, por tanto, situaciones de trata interna, es decir, que tienen lugar íntegramente (“en todo”) dentro de un mismo país²⁴³. Por tanto, no cabe duda de que la trata puede ser tanto transnacional (también llamada internacional) como interna (también llamada nacional).

En caso de que la trata conlleve un cruce de fronteras este no tendrá por qué ser necesariamente irregular. Esta es una diferencia importante con el delito de tráfico de migrantes, donde la entrada en el país de destino vulnerando la legislación de extranjería es requisito obligatorio. El Informe Explicativo de la Convención de Varsovia así lo indica expresamente²⁴⁴. La Directiva 2011/36/UE no hace ninguna referencia a la ilegalidad de la entrada, pero es lógico que no exija esta condición, puesto que hacerlo supondría afirmar que todos los casos de trata que se produjesen entre países de la Unión Europea serían atípicos²⁴⁵. Y es que, como señala PÉREZ ALONSO, la ilegalidad de la conducta no debería tener que ver con la entrada o estancia en el país, sino con los medios y fines perseguidos con estas²⁴⁶.

En lo referente a la legislación española, se exige que estas conductas se realicen “en territorio español, desde España, en tránsito o con destino a ella”. Así, de la expresión “en territorio español” puede deducirse que los supuestos de trata interna, producidos íntegramente dentro de las fronteras del Estado español, están contemplados en el artículo 177 bis. Del mismo modo, se recogen varios supuestos de trata internacional. Con la expresión “desde España” se haría

²³⁹ PÉREZ ALONSO, E.J., *Tráfico*, cit., pp. 174-176.

²⁴⁰ UNODC, *Guías Legislativas para la Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, Nueva York, 2004.

²⁴¹ *Ibid.*, párr. 18, p. 10.

²⁴² *Ibid.*, párr. 45, p. 21.

²⁴³ ELLIOT, J., *The Role*, cit. p. 56.

²⁴⁴ CONSEJO DE EUROPA, *Explanatory Report of the Council of Europe Convention on Action Against Trafficking in Human Beings*, Council of Europe Treaty Series num. 197, Varsovia, 2005, párr. 80.

²⁴⁵ ELLIOT, J., *The Role*, cit. p. 57.

²⁴⁶ PÉREZ ALONSO, E.J., *Tráfico*, cit., p. 176.

referencia a situaciones en que la víctima es captada a través del teléfono o de internet, o bien en las que es captada en España para ser llevada a otro lugar donde se produce la explotación. La referencia “en tránsito” incluye los supuestos en los que la víctima es transportada físicamente por territorio español por vía aérea, terrestre o marítima, o cuando para dicho transporte se usa un avión o aeronave con bandera española. Finalmente, “con destino a ella” englobaría los supuestos en que se pretende que la explotación se realice en España, aunque la captación se haya realizado en otro país²⁴⁷.

Esta referencia al territorio español ha sido duramente criticada por diversos motivos. En primer lugar, con ella se interponen importantes obstáculos a la persecución extraterritorial de la trata, pues podría llegar incluso a implicar la atipicidad de conductas que carezcan de vinculación territorial con España, aunque tengan como víctimas a nacionales españoles²⁴⁸. Además, esta limitación geográfica es incoherente con la legislación internacional y comparada²⁴⁹, tendente a la ampliación de la competencia de tribunales nacionales sobre la trata de personas más allá de sus fronteras²⁵⁰. De hecho, incluso se produce un problema de incoherencia interna dentro del ordenamiento jurídico español. Desde 2014, el artículo 23.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), relativo al principio de justicia universal, permite que la jurisdicción española conozca de los delitos de trata de personas cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional. Sin embargo, este reconocimiento es meramente formal, puesto que, en la práctica, se sigue exigiendo un vínculo entre el delito de trata y el Estado español, determinado por la limitación impuesta en el 177 bis. Por último, puede afirmarse que esta referencia al ámbito territorial refleja que el legislador español sigue dando prioridad a la política migratoria, frente a la protección de las víctimas de trata. Como señala DAUNIS RODRÍGUEZ, esta fórmula “resucita el enfoque trafiquista de la prohibición” e “introduce confusión acerca del momento consumativo del

²⁴⁷ Vid. LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., *Conceptualización jurídica de la trata de seres humanos con fines de explotación laboral*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 91-92; MAYORDOMO RODRIGO, V., “Nueva regulación de la trata”, cit., p. 358. En sentido contrario, LLORIA GARCÍA, P., “Lección XI. Trata de seres humanos”, en BOIX REIG, J. (Dir.), *Derecho Penal. Parte especial*, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2016, p. 336. Esta última interpreta la referencia a la aplicación territorial como una exigencia de que la víctima ha de estar físicamente en territorio español en algún momento del proceso.

²⁴⁸ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito*, cit., pp. 86-87.

²⁴⁹ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito*, cit., p. 412; SÁNCHEZ DOMINGO, M.B., “Trata”, cit., p. 185; GUIASOLA LERMA, C., “Formas Contemporáneas de esclavitud”, cit., p. 190; MARTOS NÚÑEZ, J.A., “El delito de trata”, cit., p. 104.

²⁵⁰ Así, el artículo 10 de la Directiva 2011/36/UE dispone que los Estados Miembros establecerán su competencia respecto de estas infracciones también cuando el autor sea uno de sus nacionales, y potestativamente cuando este tenga residencia habitual allí o la infracción se haya cometido en beneficio de una persona jurídica establecida en su territorio.

delito”²⁵¹, ya que puede parecer que se requiere en todo caso un movimiento para su consumación.

Una vez realizadas estas matizaciones sobre el concepto de acción en general, es necesario analizar por separado cada una de los verbos típicos previstos en la definición de trata.

3.3. La captación

La captación, también llamada contratación o reclutamiento, está prevista en la definición de trata de los cuatro textos normativos que aquí se analizan. Esta acción consiste en convencer o persuadir a una persona, habitualmente mediante ofertas de trabajo falsas, para trabajos inexistentes o en condiciones que difícilmente van a ser cumplidas, para sustraerla de su entorno más inmediato y adquirir así una posición de dominio sobre ella que permita explotarla²⁵².

Para su concurrencia han de darse dos requisitos. En primer lugar, ha de producirse por iniciativa del autor, quien realizará una oferta de trabajo, de servicio de traslado o de cualquier otra actividad para atraer a la víctima²⁵³. Pero además, se requiere cierto grado de aceptación o compromiso por parte de la víctima²⁵⁴. En palabras de VILLACAMPA ESTIARTE: “alguna suerte de acuerdo o contrato que al menos aparentemente obligue al tratado a la realización de algún tipo de actividad, aunque no sea necesario que el mismo tenga efectividad jurídica”²⁵⁵.

La captación puede realizarse mediante cualquier instrumento, incluido el uso de las nuevas tecnologías²⁵⁶. El reclutamiento a través de internet no constituye una nueva modalidad de captación, sino una herramienta con la que

²⁵¹ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito*, cit., p. 86.

²⁵² STOYANOVA, V., *Human Trafficking*, cit., p. 34; DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito*, cit., p. 82; REQUEJO NAVEROS, M.T., “El delito”, cit., p. 33. Describen también así la captación: FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 5/2011*, cit., p. 10, y la jurisprudencia, vid. STS 214/2017, de 29 de marzo.

²⁵³ Apunta VILLACAMPA ESTIARTE que, según la doctrina alemana, no hay captación a los efectos de determinar un caso de trata cuando la iniciativa parte de la víctima. VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito*, cit., p. 416. También en este sentido, POMARES CINTAS, E., “El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 13, 2011, p. 8. En relación con la definición de la trata en la legislación internacional, STOYANOVA considera que la captación puede incluir también aquellas situaciones en que la víctima buscó ayuda para migrar, vid. STOYANOVA, V., cit., p. 34. En cualquier caso, es importante matizar que este es un requisito para que concurra la captación como acción de la trata, pero no para el delito en conjunto. Es decir, nada impide la apreciación de un caso de trata en el que el transporte haya comenzado por iniciativa de la víctima.

²⁵⁴ En sentido contrario, REQUEJO NAVEROS, M.T. (“El delito”, cit., p. 33) exige que la sustracción de la persona del ámbito en el que vive se produzca en contra de su voluntad. Por su parte, CUERDA ARNAU, M.L. (“Lección X”, cit., p. 207) considera que, para que se consuma la captación, a la víctima debe llegar a aceptar o ser obligada a aceptar el proyecto del autor.

²⁵⁵ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito*, cit., p. 416.

²⁵⁶ GARCÍA SEDANO, T., “El tipo de trata”, cit., p. 2; LLORIA GARCÍA, P., “Lección XI”, cit., p. 336.

acceder a víctimas de un modo anónimo, rápido y efectivo, sin tener ni siquiera que viajar al lugar de origen²⁵⁷.

En la captación de víctimas de trata de seres humanos juegan un papel fundamental las agencias de contratación. Es relativamente frecuente que se utilicen estas empresas para reclutar a trabajadores migrantes prometiéndoles salarios altos y excelentes condiciones, a cambio del cobro de elevadas tasas de contratación²⁵⁸. Estas tasas, habitualmente abusivas, contribuyen a incrementar todavía más, si cabe, la situación de vulnerabilidad de los trabajadores migrantes²⁵⁹. Además, las agencias pueden actuar como prestamistas, aplicando altísimos intereses y tipos de cambio, que aumentarán una deuda que se deducirá del salario de trabajador en el lugar de destino²⁶⁰.

En la actualidad, el denominado método “*loverboy*” constituye otra importante modalidad de captación de víctimas de seres humanos, particularmente para la explotación sexual. En estos casos, el captador se encarga de embaucar o convencer a la víctima para aceptar una oferta de trabajo o desplazarse a otro lugar, entablando con ella una relación sentimental²⁶¹.

3.4. El transporte o traslado

El transporte está previsto como acción típica de la trata en las cuatro definiciones legales que aquí nos ocupan. Gramaticalmente, “transportar” es el acto de llevar a la persona tratada de un lugar a otro, sea cual sea el medio o vehículo utilizado. No cabe duda de que el tratante comete esta acción cuando interviene directamente en el transporte, como ocurre, por ejemplo, cuando traslada a las víctimas en su propio vehículo o embarcación. Sin embargo, se plantean dudas acerca de la realización de esta conducta en el supuesto (mucho más común en la práctica) de que el tratante organice el viaje de la víctima sin moverse del lugar de destino, por ejemplo, encargándose de la compra de billetes de avión y trámites de solicitud de visados. Así pues, si se considera que los términos “transporte” o “traslado” han de entenderse de modo amplio, como la facilitación del movimiento migratorio de la víctima²⁶², el tratante comete esta acción típica también cuando el cambio de ubicación se realiza a través de un

²⁵⁷ Vid. CONSEJO DE EUROPA, *Trafficking in human beings: Internet recruitment*, Directorate General of Human Rights and Legal Affairs, Estrasburgo, 2007.

²⁵⁸ UNODC, *The Role of Recruitment Fees and Abusive and Fraudulent Recruitment Practices of Recruitment Agencies in Trafficking in Persons*, 2015, p. 8.

²⁵⁹ Ibid.

²⁶⁰ Ibid.

²⁶¹ Vid. EUROPOL, *Situation Report. Trafficking in human beings in the EU*, Europol Public Information, num. 765175, La Haya, 2016, p. 3. Sobre la importancia de las páginas de contactos como medio de captación, vid. LLORIA GARCÍA, P., “Lección XI”, cit., p. 336.

²⁶² Así lo sostiene, por ejemplo, STOYANOVA, V., *Human Trafficking*, cit., p. 34.

tercero²⁶³. Desde esta postura, ejecutan la conducta típica quienes realizan el desplazamiento físico conociendo el destino de las víctimas, quienes acompañen a las víctimas en el viaje con la función de entregarlas en el lugar de destino²⁶⁴ y también quien organiza dicho viaje²⁶⁵.

Por otra parte, como se ha aclarado anteriormente, dicho transporte puede ser interno o internacional. Así, aunque la trata transnacional es más frecuente, este delito tiene lugar también cuando las víctimas son trasladadas dentro del mismo país, o incluso cuando el movimiento se produce dentro del mismo núcleo poblacional de origen²⁶⁶. Los supuestos de trata interna suelen implicar un cambio de circunscripción administrativa, aunque no necesariamente debe ser así²⁶⁷. En todo caso, cuando el transporte implique un cruce de fronteras, este podrá ser legal o ilegal, sin que esto afecte al delito de trata de personas²⁶⁸. Es habitual que en un mismo caso de trata concurren tanto el transporte interno como el internacional. Primero se produce un movimiento desde una zona rural a una zona urbana dentro del país de origen, y después se transporta a la víctima a otro país, consiguiendo de este modo mayor control sobre ella²⁶⁹. Una vez en el país de destino, es frecuente que las víctimas sean trasladadas para ser cambiadas de lugar de explotación, dentro y fuera de las fronteras de un país²⁷⁰.

Además del término “transportar”, el Protocolo de Palermo y la Directiva 2011/36/UE añaden, en sus versiones en inglés, la palabra “transfer”. La normativa internacional hace referencia con el término “transfer” a la entrega o transmisión de una persona a otra²⁷¹. No obstante, en la traducción al español de estas normas, y por consiguiente en la redacción del Código Penal, la palabra “transfer” fue traducida como “trasladar”. El artículo 177 bis CP, por tanto, incluye en su lista de acciones dos palabras, trasladar y transportar, que tienen exactamente el mismo significado según la RAE: llevar a alguien o algo de un lugar a otro. Fruto de la desafortunada traducción del término inglés “transfer” como “traslado” en lugar de “trasferencia”, se introdujo en la norma una reiteración

²⁶³ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 5/2011*, cit., II.2; VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito*, cit., p. 418; POMARES CINTAS, E., “El delito”, cit., p. 9. No obstante, VILLACAMPA ESTIARTE (*El delito*, cit., pp. 417-418) señala que, no basta con procurar a la víctima documentos de viaje o identidad, o con la mera organización del transporte, siguiendo a la doctrina alemana.

²⁶⁴ BOLAÑOS VÁSQUEZ, H.J., “Regulación jurídico-penal de la trata de personas según el Protocolo de Palermo. Aplicación práctica desde la teoría del delito”, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, núm. 34, 2013, pp. 295-314, p. 302.

²⁶⁵ En sentido contrario, VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Título VII bis”, cit., p. 1250.

²⁶⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito*, cit., p. 60. En el mismo sentido, GUIASOLA LERMA, C., “Formas Contemporáneas de esclavitud”, cit., p. 190.

²⁶⁷ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito*, cit., p. 60.

²⁶⁸ Con independencia del concurso de delitos que pudiese surgir con el delito de inmigración clandestina o tráfico de personas.

²⁶⁹ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito*, cit., p. 61.

²⁷⁰ *Ibid.*; DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito*, cit., p. 83.

²⁷¹ STOYANOVA, V., *Human Trafficking*, cit., p. 34.

innecesaria. Para intentar justificar este error en la técnica legislativa, solía forzarse el significado del verbo “trasladar”, entendiendo que este verbo refería al traslado del domino sobre la persona, para poder incluir así supuestos de entrega, cambio, cesión o transferencia de la víctima que no conllevaran un cambio de ubicación geográfica²⁷². En la actualidad, la introducción expresa del “intercambio o transferencia de control sobre una persona” entre las acciones típicas en la legislación europea y española, que pretende alejar dudas sobre la tipicidad de la venta, alquiler o permuta de personas, deja el término “trasladar” carente de un significado propio, distinto del transporte. Por ello, con el objetivo de eliminar reiteraciones innecesarias, sería conveniente su eliminación²⁷³.

3.5. La recepción, acogida o alojamiento

Las acciones “recibir” y “acoger” están previstas en los cuatro textos normativos que aquí nos ocupan, si bien la Convención de Varsovia utiliza el término “alojar”, en lugar de “acoger”. Como en el caso anterior, la confusión entre los términos en español está causada por las diferencias en la traducción de los verbos en inglés incluidos en las convenciones internacionales. El vocablo “*harbour*”, presente en las versiones en inglés del Protocolo de Palermo, la Convención de Varsovia y la Directiva 2011/36/UE, ha sido traducido en el primer y tercer texto como “acogimiento” y en el segundo como “alojamiento”. Así las cosas, el Código Penal español recogió en un primer momento los tres términos: recepción, acogida y alojamiento. Posteriormente, tras la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, se eliminó el verbo “alojar”, precisamente para evitar reiteraciones²⁷⁴.

En la actualidad, el debate dogmático se centra en la distinción entre las conductas de recepción y acogida. El acogimiento es la acción de dar hospedaje o vivienda a una persona, sea durante el transporte, en la llegada al lugar de destino o incluso durante la fase de explotación²⁷⁵. En cambio, por recepción ha de entenderse el hecho de salir al encuentro de la persona tratada en el lugar de destino, donde tendrá lugar la explotación, pero también el quedar con la víctima

²⁷² Esta es, sin ir más lejos, la posición sostenida por el Ministerio Fiscal en la Circular 5/2011. Vid. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 5/2011*, cit., II.2.

²⁷³ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La trata”, cit., p. 5; CANO PAÑOS, M.A., “De la trata de seres humanos”, en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 424; IGLESIAS SKULJ, A., “De la trata”, cit., p. 598.

²⁷⁴ El término “alojar” era innecesario porque podía subsumirse en la acción acoger. De esta opinión: VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Título VII bis”, cit., p. 1250; IGLESIAS SKULJ, “De la trata”, cit., p. 597; SÁNCHEZ DOMINGO, M.B., “Trata”, cit., p. 183; MAYORDOMO RODRIGO, V., “Nueva regulación”, cit., p. 330; LLORIA GARCÍA, P., “El delito”, cit., p. 376; PÉREZ CEPEDA, A.I., “Lección X”, cit., p. 242. También se ha pronunciado en este sentido la jurisprudencia. El TS, en la STS 861/2015, de 20 de diciembre, precisa que “alojar no es en último término más que una modalidad de la acción de acoger que continúa siendo castigada”.

²⁷⁵ STOYANOVA, V., *Human Trafficking*, cit., pp. 34-5; GARCÍA SEDANO, T., “El tipo de trata”, cit., p. 3. En sentido contrario, considera que quien acoge es el destinatario final, QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal Español. Parte Especial*, cit., p. 198.

en lugares concertados durante el transporte para proporcionarle instrucciones sobre qué hacer o a dónde ir²⁷⁶. Por tanto, aunque ambas tienen un significado similar, consistente en hacerse cargo de la persona tratada que se pretende explotar, la distinción entre ambas radica en que recibir es anterior en el tiempo a acoger²⁷⁷.

Un segundo aspecto controvertido relacionado con la recepción y el acogimiento conecta con el debate sobre la naturaleza de la trata al que se hacía referencia al inicio de este capítulo: ¿es la trata un proceso que termina con la explotación, o, por el contrario, continúa durante la fase de explotación? Si la trata es simplemente un proceso que finaliza cuando comienza la explotación, únicamente serán acciones típicas los acogimientos o recepciones en tránsito, es decir, durante el transporte de la víctima al lugar donde será explotada o hasta su entrega a un tercero para que proceda a su explotación. Siguiendo esta perspectiva, el dar cobijo a la persona tratada durante la fase de explotación no sería parte de la trata, sino del correspondiente delito de explotación, en su caso²⁷⁸. Por el contrario, si se entiende que el acogimiento o recepción incluye no solo el hacerse cargo de la víctima en tránsito, sino también en el lugar de destino durante la fase de explotación, entonces se abre la posibilidad a que el explotador que acoge sea también considerado autor de un delito de trata²⁷⁹.

La solución aportada por la Fiscalía General del Estado parece estar a medio camino entre las dos opciones anteriores. La Circular 5/2011 afirma que el alojamiento y la recepción consisten en “aposentar a las víctimas tratadas *en el lugar de destino* donde piensa realizarse la dominación o explotación planificada”. Sin embargo, como vimos anteriormente, esto no significa que siempre que se acoge para explotar se comete un delito de trata de seres humanos. De nuevo, hay que recordar que solo se cometerá también trata si el acogimiento o recepción durante la fase de explotación sirve para anular o disminuir la voluntad de la víctima, mantener o acentuar el control sobre ella y facilitar la explotación. Es decir, si se produce una afectación del bien jurídico protegido por la trata.

3.6. El intercambio o transferencia de control

El intercambio o transferencia de control es la modalidad de acción introducida más recientemente. Ha sido incluida expresamente por la Directiva 2011/36/UE y el Código Penal tras la reforma de 2015. No obstante, tanto el

²⁷⁶ STOYANOVA, V., *Human Trafficking*, cit., p. 35.

²⁷⁷ PÉREZ CEPEDA, A.I., “Lección X”, cit., p. 242. En sentido contrario, LLORIA GARCÍA, P., (“Lección XI”, cit., p. 337) considera que acogimiento y recibimiento son conductas totalmente coincidentes.

²⁷⁸ En este sentido, REQUEJO NAVEROS, M.T., “El delito”, cit., p. 33; MAYORDOMO RODRIGO, V., “Nueva regulación”, cit., p. 354.

²⁷⁹ GALLAGHER, A.T., *The International Law*, cit., p. 47 ss. Esta parece ser también la posición adoptada en la Circular 5/2011, que define estas acciones como “aposentar a las víctimas tratadas *en el lugar de destino* donde piensa realizarse la dominación o explotación planificada”. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 5/2011*, cit., II.2.

Protocolo de Palermo como la Convención de Varsovia incluían el término “transfer” (traducido como “traslado” y “transferencia” respectivamente), que tradicionalmente ya se interpretaba como “traslado o transferencia de control sobre una persona”. Con esta mención expresa se elimina cualquier tipo de duda sobre la tipicidad de la venta, el alquiler o la permuta de personas para su explotación²⁸⁰: conductas que suponen la cosificación y mercantilización extrema del ser humano y que, desafortunadamente, siguen ocurriendo. Sin ir más lejos, Europol denuncia que las organizaciones criminales pueden pagar entre 4.000 y 6.000 euros por niños entre los 6 y los 10 años para su explotación en la comisión de actividades delictivas²⁸¹. En cuanto a los adultos, existen evidencias de la venta de mujeres para la explotación sexual por precios que oscilan entre los 1.000 y 1.500 euros por persona²⁸².

Estas conductas serán típicas con independencia de si han sido realizadas con o sin ánimo de lucro, pues ninguno de los textos normativos en los que se incluyen aclara este aspecto²⁸³. Así, el intercambio usualmente supondrá la permuta de unas personas por otras, pero también el cambio de personas por bienes u otras contraprestaciones en especie como drogas, armas, etc.²⁸⁴. Del mismo modo, “transferir” conlleva una cesión del dominio sobre una persona, mediando o no precio²⁸⁵.

La transferencia o intercambio del control puede ocurrir en varias ocasiones dentro de un mismo caso de trata. Como explica REQUEJO NAVEROS, el dominio sobre la persona tratada puede pasar “de las manos del captador a las del traficante, a las de otros traficantes si procede y por último a las del explotador”²⁸⁶. Incluso, podría incluir también la transferencia o intercambio de control sobre la víctima entre sucesivos explotadores. En cualquier caso, el intercambio o transferencia no tiene por qué implicar un cambio de ubicación de la víctima, que puede continuar ejerciendo la actividad para la que está siendo explotada en el mismo sitio, pero bajo el dominio de un nuevo explotador²⁸⁷.

El legislador español comete un error de técnica legislativa a la hora de tipificar estas acciones. El artículo 177 bis habla del intercambio o transferencia de control sobre *esas personas*, en plural, cuando, teniendo en cuenta que la trata

²⁸⁰ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Título VII bis”, cit., p. 1251; LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., cit., p. 83; SÁNCHEZ DOMINGO, M.B., “Trata”, cit., p. 183; LLORIA GARCÍA, P., “El delito”, cit., p. 376; TERRADILLOS BASOCO, J.M./ GALLARDO GARCÍA, R.M., “Trata”, cit., p. 180; ESQUINAS VALVERDE, P., “Lección 6”, cit., p. 111.

²⁸¹ EUROPOL, *Child trafficking for the exploitation in forced criminal activities and forced begging*, La Haya, 2014, p.1.

²⁸² HOLMES, L., “Human Trafficking & Corruption: Triple Victimisation?”, en FRIESENDORF, C. (Ed.), *Strategies Against Human Trafficking: The Role of the Security Sector*, DCAF, Viena-Ginebra, 2009, pp. 89-90.

²⁸³ SANTANA VEGA, D., “Título VII bis”, cit., p. 655.

²⁸⁴ Ibid.

²⁸⁵ Ibid.

²⁸⁶ REQUEJO NAVEROS, M.T., “El delito”, cit., p. 33.

²⁸⁷ Ibid.

afecta a bienes personalísimos debería decir “sobre esa persona” o “sobre la víctima”, en singular²⁸⁸. Esta referencia semeja otra reminiscencia, probablemente inconsciente, de la confusión constante con el delito de inmigración clandestina. El legislador olvida que, en el caso de la trata, habrá tantos delitos como personas tratadas.

4. LOS MEDIOS

El siguiente elemento que integra el delito de trata de seres humanos son los medios comisivos a través de los cuales se han de llevar a cabo las acciones analizadas anteriormente. Los medios, sean violentos, engañosos o abusivos, deben ser utilizados por el tratante para doblegar la voluntad de la víctima con el objetivo de conducirla a una situación de explotación²⁸⁹. La ausencia de medios que provoquen que la víctima tome una decisión que de otro modo no habría adoptado impedirá la tipicidad de la conducta²⁹⁰. Estamos, por tanto, ante un delito de medios determinados²⁹¹. Además, no existe diferencia penológica alguna asociada a la utilización de uno u otros medios²⁹², sin perjuicio de que, la utilización de dichos medios pueda consistir en un delito distinto en concurso medial con la trata, como podría ser el delito de lesiones.

Es importante destacar que este elemento no se requiere en la trata de menores de dieciocho años, que solo exige acción y finalidades de explotación²⁹³. En estos casos, el control de la voluntad del menor, y por tanto, la ausencia de consentimiento, se basan en el mero hecho de su minoría de edad, dada su especial vulnerabilidad y mayor necesidad de protección²⁹⁴. Siguiendo esta lógica, sería conveniente introducir en esta disposición a las personas con discapacidad necesitadas de especial protección a las que se refiere el artículo 25

²⁸⁸ LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., *Conceptualización*, cit., p. 84.

²⁸⁹ SÁNCHEZ DOMINGO, M.B., “Trata”, cit., p. 185.

²⁹⁰ *Ibid.*, cit., p. 185.

²⁹¹ GARCÍA SEDANO, T., “El tipo de trata”, cit., p. 3.

²⁹² ACALE SÁNCHEZ apunta que “ni las defensas, ni nuestros tribunales, parecen criticar el hecho de que se equiparen todos esos medios”, en ACALE SÁNCHEZ, M., *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas. Especial referencia a los delitos de agresión y abuso sexuales*, Reus Editorial, Madrid, 2019, p. 339.

²⁹³ Así lo recogen expresamente todos los textos analizados, a saber: Protocolo de Palermo (Art. 3 c), Convenio de Varsovia (Art. 4 c), Directiva 2011/36/UE (Art. 2.5), Código Penal (Art. 177 bis 2). Es conveniente advertir un fallo en la técnica legislativa con la que se redacta esta interpretación legal en el artículo 177 bis 2 CP, el cual exime de la concurrencia de medios, siempre que se realicen las conductas típicas sobre menores “con fines de explotación”. Esta expresión genera dudas sobre si se refiere únicamente a la explotación sexual y laboral, o si alcanza también a los matrimonios forzosos y la extracción de órganos. Aunque cabe entender que se refiere a todas las finalidades de la trata, debería haberse hecho mención expresa. Vid. SANTANA VEGA, D., “Título VII bis”, cit., p. 659; RUBIO LARA P.A./PÉREZ ALBALADEJO, M., “El delito de trata de seres humanos en el Derecho Penal español: problemas e intentos de solución”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2016, pp. 222-223; LLORIA GARCÍA, P., “Lección XI”, cit., p. 341; POMARES CINTAS, E., “El delito”, cit., p. 14; TERRADILLOS BASOCO, J.M./ GALLARDO GARCÍA, R.M., “Trata”, cit., p. 181; SANTANA VEGA, D., “Título VII bis”, cit., p. 569.

²⁹⁴ PÉREZ ALONSO, E., *Tráfico*, cit., p. 186; VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito*, cit., p. 39.

del Código Penal, de modo que tampoco sea necesaria la concurrencia de medios para que sean considerados víctimas de trata²⁹⁵.

Al margen de pequeñas diferencias en la redacción, la definición de trata en la legislación internacional, europea y española recoge, a grandes rasgos, la siguiente lista de medios comisivos alternativos: amenaza, uso de la fuerza u otras formas de coacción, raptó, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona.

Cualquiera de ellos es suficiente para integrar el delito de trata en cada una de sus fases, sin que ello suponga que el mismo medio deba utilizarse durante todo el proceso, sino que es perfectamente posible que cada conducta típica se lleve a cabo a través de un medio distinto. Por ejemplo, usar engaño en la captación y violencia una vez que la víctima llega al país de destino. De hecho, también estaríamos ante un supuesto de trata si la víctima comienza el traslado voluntariamente y después se utiliza algún medio coactivo²⁹⁶. En cualquier caso, estos medios han de emplearse al tiempo que se realiza alguna de las acciones típicas descritas anteriormente²⁹⁷, y habrán de ser idóneos para doblegar la voluntad de la víctima, tanto desde el plano objetivo como desde el plano subjetivo²⁹⁸. Por otra parte, al tratarse de conductas alternativas, la concurrencia de varios medios en el mismo caso de trata o incluso en la misma fase no conlleva una agravación de la conducta.

Se ha criticado la existencia de una lista cerrada de medios determinados en la definición de trata argumentando que dificulta la identificación de las víctimas. Desde esta perspectiva, ELLIOT es partidaria de la terminología utilizada en instrumentos contra la esclavitud, es decir, de la inclusión de fórmulas más abiertas como “cualquier otro medio de compulsión”, que comprendería cualquier tipo de presión ejercida sobre la víctima²⁹⁹. No se comparte aquí su postura. La fórmula propuesta por esta autora resulta demasiado imprecisa, y

²⁹⁵ En la actualidad, de no concurrir otros medios, es necesario probar que ha existido un abuso de situación de vulnerabilidad de la persona con discapacidad necesitada de especial protección para poder satisfacer este elemento. Sobre esta crítica a la redacción actual vid. RUBIO LARA P.A./PÉREZ ALBALADEJO, M., “El delito de trata”, cit., p. 222; LLORIA GARCÍA, P., “Lección XI”, cit., p. 341; LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., *Conceptualización*, cit., p. 75; TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Trata de seres humanos (art. 177 bis y Disposición Final Segunda)” en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 213; LLORIA GARCÍA, P., “El delito”, cit., p. 386.

²⁹⁶ Por ejemplo, si la víctima consiente ser trasladada al extranjero, pero una vez en el país de destino, en una situación de profundo desarraigo en la que no conoce a nadie, ni tiene con qué pagar la deuda contraída para sufragar el viaje, el tratante utiliza algún medio, como por ejemplo las amenazas, para someter a la víctima a su dominio y explotación. Vid. REQUEJO NAVEROS, M.T., “El delito”, cit., p. 36-37; VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito*, cit., p. 425.

²⁹⁷ STOYANOVA, V., *Human Trafficking*, cit., p. 51.

²⁹⁸ BOLAÑOS VÁSQUEZ, H.J., “Regulación”, cit., p. 302.

²⁹⁹ ELLIOT, J., *The Role*, cit. pp. 59-60.

podría dar lugar a interpretaciones demasiado amplias de la norma que, no solo serían contrarias al principio de legalidad, sino que también negarían toda capacidad de decisión y autonomía a las personas migrantes.

Los medios utilizados determinan la distinción entre los tres diferentes tipos de trata:

- *trata forzada*: uso de la fuerza/violencia, amenazas u otras formas de coacción/intimidación;
- *trata fraudulenta*: fraude o engaño;
- *trata abusiva*: cuando concurre, abuso de poder/de situación de superioridad o de situación de vulnerabilidad/necesidad o concesión o recepción pagos o beneficios.

4.1. El uso de la fuerza/ violencia

El primer medio comisivo incluido en las definiciones de trata es el uso de la fuerza, en el caso de la legislación internacional y europea, y la violencia en el Código Penal. La violencia incluye obviamente el recurso a la vis física, es decir, golpear a la víctima y/o emplear cualquier tipo de castigo físico como mecanismo para adquirir o mantener el control sobre ella³⁰⁰. Este medio comisivo también podría abarcar diversas formas de violencia sexual³⁰¹, el uso de drogas o narcóticos o incluso la privación de bienes que acabarían produciendo daños físicos a la víctima, como por ejemplo, la comida, el agua o incluso la asistencia médica³⁰².

En cuanto a la entidad de la violencia, esta ha de ser idónea para doblegar la voluntad de la víctima, sin que sea necesario que se trata de fuerza irresistible o absoluta, ni que se produzcan lesiones corporales en la persona tratada³⁰³. De hecho, si la violencia resultase excesiva para doblegar la voluntad de la víctima, se produciría un concurso entre el delito de trata y el delito de lesiones o infracción correspondiente³⁰⁴.

La violencia empleada sobre familiares o amistades de la víctima es, desde luego, un medio idóneo para integrar un delito de trata de seres humanos. No obstante, en lugar de encuadrar estas conductas en la violencia, sería más

³⁰⁰ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito*, cit., pp. 62; GARCÍA SEDANO, T., “El tipo de trata”, cit., p. 3; LLORIA GARCÍA, P., “El delito”, cit., p. 380.

³⁰¹ La SAP de Valencia 157/2016, de 30 de marzo juzgaba un caso en el que las agresiones sexuales eran habituales como medio de control, junto con otros medios comisivos.

³⁰² VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito*, cit., pp. 62 y 132. QUERALT JIMÉNEZ, J.J., (*Derecho Penal*, cit., p. 198) incluye también la violencia sobre las cosas.

³⁰³ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito*, cit., p. 93; REQUEJO NAVEROS, M.T., “El delito”, cit., p. 37. VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito*, cit., p. 423; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 5/2011*, cit., II.3; GUIASOLA LERMA, C., “Formas Contemporáneas de esclavitud”, cit., p. 191; ESQUINAS VALVERDE, P., “Lección 6”, cit., p. 112.

³⁰⁴ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito*, cit., p. 94; GUIASOLA LERMA, C., “Formas Contemporáneas de esclavitud”, cit., p. 191.

correcto incluirlas como mecanismos de control psicológico, que serán objeto de análisis en el siguiente apartado³⁰⁵.

4.2. Las amenazas y otras formas de coacción/ la intimidación

Mientras que los textos internacionales y europeos hacen referencia al recurso a las “amenazas” y “otras formas de coacción”, el legislador español ha preferido sustituir estas expresiones por el término “intimidación”. Este término se corresponde con la vis compulsiva, es decir, el ejercicio de presiones psicológicas sobre la víctima a través del anuncio de un mal inminente, grave y real que recaerá sobre ella o un tercero, normalmente un familiar o un amigo, si no se somete a la voluntad del tratante³⁰⁶. Así, quedarían incluidas las amenazas, el ejercicio de fuerza sobre las cosas o la violencia sobre terceras personas³⁰⁷.

En cualquier caso, el mal anunciado ha de tener la entidad y capacidad suficientes para provocar una situación de miedo en la víctima capaz de doblegar su voluntad y hacer que el consentimiento sea nulo³⁰⁸. Aunque no se requiere una invencible inhibición psíquica del sujeto pasivo³⁰⁹, ni que el mal anunciado sea constitutivo de delito³¹⁰, sí se exige un mínimo de gravedad. El mal debe ser serio, verosímil, injusto, determinado y de carácter futuro³¹¹.

La idoneidad de este elemento intimidatorio debe valorarse tanto desde una perspectiva objetiva (considerando la idoneidad o capacidad de la amenaza en sí para generar temor, angustia o constreñimiento), como subjetiva (teniendo en cuenta las circunstancias personales de la víctima: costumbres, religiones, formación...) ³¹². En los casos de trata, que habitualmente tienen naturaleza transnacional, cobra especial importancia la consideración de la cultura de procedencia y el contexto en el que la persona tratada se ve inmersa, puesto que lo que resulta “completamente intrascendente para una persona” puede ser algo “tremendamente amenazante para otra”³¹³. El uso de rituales de vudú como medio para someter la voluntad de las víctimas ilustra perfectamente este

³⁰⁵ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito*, cit., p. 131 y 424.

³⁰⁶ RUBIO LARA, P.A./ PÉREZ ALBALADEJO, M., “El delito de trata”, cit., p. 221; REQUEJO NAVEROS, M.T., “El delito”, cit., p. 37; LLORIA GARCÍA, P., “Lección XI”, cit., pp. 337-338.

³⁰⁷ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 5/2011*, cit., II.3; LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., *Conceptualización*, cit., p. 84.

³⁰⁸ GARCÍA SEDANO, T., “El tipo de trata”, cit., p. 3; REQUEJO NAVEROS, M.T., “El delito”, cit., p. 37.

³⁰⁹ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito*, cit., p. 94; GARCÍA SEDANO, T., “El tipo de trata”, cit., p. 3.

³¹⁰ Sobre la necesidad o no de aplicar los requisitos del delito de amenazas para establecer la concurrencia de la amenaza como medio comisivo del delito de trata de seres humanos vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito*, cit., p. 424.

³¹¹ GUIASOLA LERMA, C., “Formas Contemporáneas de esclavitud”, cit., p. 192; VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito*, cit., p. 425.

³¹² DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito*, cit., p. 94.

³¹³ SANCHÁ SERRANO, E.M., “Aproximación a la trata de personas” en LARA AGUADO, A. (Dir.)/ RUEDA VALDIVIA, R./ RUIZ SUTIL, C. (Coords.), *Nuevos Retos en la Lucha contra la Trata de Personas con Fines de Explotación Sexual: Un Enfoque Interdisciplinar*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2012, p. 117.

aspecto. Aunque desde el punto de vista objetivo estas prácticas podrían llegar a ser consideradas inidóneas, desde la perspectiva subjetiva, teniendo en cuenta las tradiciones culturales y/o religiosas de las víctimas procedentes en su mayoría del África subsahariana, es innegable su capacidad para causar temor³¹⁴.

En los últimos años, el recurso a medios de control psicológicos es cada vez más frecuente. El empleo de violencia psíquica no se limita a *amenazas* de recurrir a la violencia contra la víctima o sus familiares y allegados, sino que abarca otras modalidades mucho más sutiles³¹⁵. En el caso de víctimas de explotación sexual provenientes de sociedades donde el ejercicio de la prostitución o el hecho de ser víctimas de violaciones son circunstancias que estigmatizan, y que podrían provocar rechazo social y familiar, los tratantes amenazan a las víctimas con contar a su familia a qué se están dedicando si intentan escapar de la situación de explotación³¹⁶. Si además se trata de inmigrantes irregulares, son recurrentes las amenazas de poner esta situación en conocimiento de las autoridades competentes para que las deporten³¹⁷.

4.3. El rapto/ secuestro

El rapto o secuestro está previsto como medio comisivo en la legislación internacional y europea, pero no en el Código Penal español. En nuestro ordenamiento jurídico, el rapto se configuró históricamente como un delito independiente, tipificado ya desde el Código Penal de 1822 como el apoderamiento de una mujer llevado a cabo por traslación o retención contra su voluntad y con miras deshonestas³¹⁸. Si bien esta conducta podría coincidir con el medio comisivo previsto en la legislación internacional, este delito desapareció con la aprobación del Código Penal de 1995. En lo que respecta al secuestro, su significado en el lenguaje jurídico español dista del que se da en la normativa internacional contra la trata. Según los artículos 163 y siguientes CP, el secuestro consiste en encerrar o detener a otra persona, exigiendo alguna condición para ponerla en libertad.

Por todo ello, se considera acertado que se haya prescindido de estos términos en la redacción del artículo 177 bis CP. Es importante tener en cuenta

³¹⁴ Sobre el vudú como medio comisivo del delito de trata de seres humanos: SAP de Madrid 177/2015, de 9 de marzo; STS 861/2015, de 20 de diciembre; SAP de Pontevedra 33/2015, de 1 de julio; SAP de Las Palmas 57/2015, de 25 de septiembre; SAP de Valencia 157/2016, de 30 de marzo; STS 295/2016, de 8 de abril.

Es interesante destacar, no obstante, que para la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (*Circular 5/2011*, cit., II.3), el vudú es clasificado como engaño, no como amenaza.

³¹⁵ Se ha indicado que el uso de medios más “tangibles” o “directos” como la fuerza y la violencia se ha reducido en los últimos años. UNODC, *Abuso de una situación de vulnerabilidad*, cit., p. 79.

³¹⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito*, cit., p. 134. Ejemplos de este tipo de amenazas en España: SAP de Barcelona 947/2015, de 23 de noviembre; SAP de Madrid 809/2015, de 30 de noviembre.

³¹⁷ UNODC, *Global Report on Trafficking in Persons*, Nueva York, 2016, p. 60.

³¹⁸ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “Consideraciones críticas sobre la nueva normativa de rapto (Análisis de la Ley 46/1978 de 7 de octubre, por la que se modifican los delitos de estupro y rapto)”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 31, Fasc. 3, 1978, pp. 591-618.

que la omisión de esta referencia expresa no supone la atipicidad de estas conductas, puesto que toda detención ilegal o secuestro con el objetivo de explotar posteriormente a la víctima suele implicar, en mayor o menor medida, el uso de violencia, intimidación y/o engaño, conductas que sí están tipificadas³¹⁹.

En la práctica, el recurso al secuestro tiene más que ver con concepciones estereotipadas de la trata que con la realidad mayoritaria de este fenómeno en nuestros días, marcada por la voluntad migratoria de las víctimas. No obstante, aunque el rapto no sea tan habitual en la fase de captación, sigue siendo relativamente frecuente el encerrar a las víctimas de trata para explotación sexual en los clubes o en los pisos donde ejercen la prostitución, así como la retención de personas tratadas para su explotación en trabajos agrícolas o domésticos en barracones de seguridad custodiados por guardias³²⁰. En estos casos, es posible que el delito de trata se aplique en concurso con el correspondiente delito de detención ilegal (art. 163 CP).

4.4. El fraude y el engaño

El fraude y el engaño están recogidos en la normativa internacional y europea sobre la trata, mientras que la legislación española se refiere únicamente al engaño. Con estos términos se hace referencia a cualquier tipo de señuelo o falseamiento de la realidad que sirva para inducir a error a la víctima y viciar su consentimiento³²¹. Según la jurisprudencia española, el engaño consiste en “utilizar datos total o parcialmente falsos para hacer creer a la víctima algo que no es cierto y que generalmente se traduce en ofertas de trabajo legítimo [...] y en general en ofrecer a personas desvalidas unas mejores condiciones de vida”³²².

El engaño ha de ser bastante, es decir, ha de tener la entidad suficiente como para no ser detectado por la víctima y ser capaz de falsear la realidad³²³. Además, ha de ser causante, de modo que, si la víctima hubiese conocido la realidad de lo ofertado, nunca hubiera aceptado³²⁴. Para determinar su

³¹⁹ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito*, cit., p. 132.

³²⁰ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito*, cit., p. 132.

³²¹ RUBIO LARA, P.A./ PÉREZ ALBALADEJO, M., “El delito de trata”, cit., p. 221; GARCÍA SEDANO, T., “El tipo de trata”, cit., p. 3; SÁNCHEZ DOMINGO, M.B., “Trata”, cit., p. 186; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 5/2011*, cit., II.3. En relación con la regulación anterior (318 bis 2), vid. GUARDIOLA LAGO, M.J., *El Tráfico de Personas en el Derecho Penal Español*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 358.

³²² STS 144/2018, de 22 de marzo; STS 1227/2017, de 29 de marzo.

³²³ Resulta útil a la hora de precisar el concepto de engaño lo dispuesto por la doctrina y la jurisprudencia en relación con este elemento en el delito de estafa. Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Lección XXIII. Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VII): Estafas”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 401; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 22ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 394-395.

³²⁴ REQUEJO NAVEROS, M.T., “El delito”, cit., p. 38; DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito*, cit., p. 97; LLORIA GARCÍA, P., “Lección XI”, cit., p. 338.

idoneidad, como ocurría en el caso de la intimidación, será necesario tener en cuenta criterios objetivos (valoración *ex ante* de los medios utilizados para falsear la realidad) y subjetivos (circunstancias de la víctima en el caso concreto: edad, cultura, formación...) ³²⁵.

Por otra parte, existe consenso entre la doctrina acerca de que el engaño puede recaer tanto sobre el tipo de trabajo (engaño total) como sobre las condiciones en que este se desarrollará (engaño parcial), ya que ambos tipos de engaño pueden ser capaces de interferir en la voluntad de la víctima ³²⁶. Así, no solo es tratada la persona que viaja al país de destino voluntariamente creyendo que trabajará como camarera, peluquera o modelo y termina siendo forzada en la explotación sexual, sino también la que, habiendo aceptado dedicarse a la prostitución, es obligada a trabajar en condiciones inhumanas de explotación, muy distintas a las previamente acordadas ³²⁷. No obstante, aun aceptando la validez del engaño parcial como medio, este debe tener una mínima entidad. Debe tratarse de un engaño sobre “aquellas condiciones que impliquen el tratamiento del trabajador como mera fuerza de trabajo, no como persona, y que conduzcan a su explotación” ³²⁸. Es decir, que sean contrarias a la dignidad humana, bien jurídico protegido de este delito.

El engaño a través de una promesa de trabajo es el medio más común utilizado en la captación de las víctimas, especialmente en la trata transnacional ³²⁹. Este medio es generalmente más operativo con migrantes, puesto que han oído historias de migraciones exitosas que hacen más creíble la oferta falsa ³³⁰. La alteración de la realidad puede llegar también a familiares y amigos, quienes pueden recibir recursos económicos de la víctima, alimentando la sensación de éxito del traslado, para así atraer a otras potenciales víctimas ³³¹.

³²⁵ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito*, cit., p. 132; DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito*, cit., p. 96; GARCÍA SEDANO, T., “El tipo de trata”, cit., p. 3. En relación con el engaño en la regulación anterior de la trata (318 bis 2), vid. GUARDIOLA LAGO, M.J., *El Tráfico*, cit., pp. 358-359.

³²⁶ GALLAGHER, A.T., *The International Law*, cit., p. 31; ELLIOT, J., *The Role*, cit. p. 139; VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito*, cit., p. 138; PÉREZ ALONSO, E., *Tráfico*, cit., p. 178; REQUEJO NAVEROS, M.T., “El delito”, cit., p. 38; GUIASOLA LERMA, C., “Formas Contemporáneas de esclavitud”, cit., p. 193; También lo ha afirmado así el Grupo de Expertos en Trata de Seres Humanos, COMISIÓN EUROPEA, *Report of the Experts Group*, cit., p. 50.

³²⁷ A contrario sensu, la STS 861/2015, de 20 de diciembre, refiere en su fundamento de derecho séptimo que la mujer que sabe desde el principio que se va a dedicar a la prostitución no es engañada. Se recurre en este caso a la situación de vulnerabilidad de la víctima para argumentar que sí es sometida a una situación de explotación.

³²⁸ A modo ilustrativo, el engaño sobre el hecho de tener un horario razonable que permita compatibilizar vida laboral o familiar no tendría entidad suficiente a efectos de integrar el delito de trata de seres humanos, mientras que prometer la recepción de un salario para posteriormente trabajar gratis, sí. Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito*, cit., p. 427.

³²⁹ REQUEJO NAVEROS, M.T., “El delito”, cit., p. 38; DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito*, cit., p. 96-97.

³³⁰ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito*, cit., p. 139.

³³¹ PÉREZ ALBALADEJO, M./ RUBIO LARA, P.A., “Delito de trata de seres humanos a la luz del derecho internacional y su influencia en la legislación española”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2016, p. 179.

En ocasiones, en el método “*lover boy*” o seducción amorosa, mencionado anteriormente, se utiliza el engaño como medio para conseguir la captación. En estos casos, el tratante entabla contacto con la víctima en el país de destino a través de conversaciones telefónicas o internet, le envía fotos falsas, le dice que se ha enamorado de ella y la convence para ir al país donde será explotada³³². Con posterioridad a la captación, el engaño puede servir como medio para mantener el control sobre la víctima haciéndole creer, aunque no sea cierto, que se ha secuestrado o maltratado a su familia, o que la policía es corrupta y que cualquier intento de denunciar será infructuoso.

4.5. El abuso de poder/ de una situación de superioridad

En este caso, el legislador español opta de nuevo por utilizar una nomenclatura distinta (abuso de situación de superioridad) a la utilizada en la legislación internacional y europea (abuso de poder) para hacer referencia a un mismo medio comisivo. En realidad, ambos términos son prácticamente sinónimos porque el abuso de poder o autoridad suele conllevar el aprovecharse de una situación de dependencia o inferioridad³³³. Quizás la elección de la expresión “situación de superioridad” pretendía facilitar la interpretación de este medio, integrándolo a través de los criterios ya establecidos para la circunstancia agravante genérica prevista en el artículo 22.2 CP.

En cualquier caso, el abuso de superioridad concurre cuando existe una situación de desigualdad en la que el sujeto activo ostenta una posición de superioridad de la que se aprovecha para asumir el control sobre el sujeto pasivo³³⁴. Se trataría de abusar de circunstancias en las que es cultural o socialmente inaceptable que una persona actúe de modo distinto al que ha sido obligado por quien ejerce un poder o se sitúa una situación de superioridad sobre ella³³⁵. Es lo que se conoce como “coacción legal” o control psicológico sobre una persona con base en los deberes inherentes a relaciones interpersonales previas³³⁶. Dicha situación de poder o superioridad puede derivar de múltiples factores: una relación de dependencia jerárquica, docente, laboral, económica, de convivencia doméstica, parentesco, amistad o vecindad, etc.³³⁷. Así, este medio abarcaría los abusos de diferencias de poder fácilmente detectables y basadas en

³³² DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito*, cit., p. 96. En esta modalidad en la que no llega a existir ningún tipo de contacto entre captador y víctima, el método “loverboy” podría encajar en el engaño. No obstante, particularmente en aquellos casos en que la relación sentimental precede a la captación, podría encajar mejor en el abuso de posición de superioridad.

³³³ SANCHA SERRANO, E.M., “Aproximación”, cit., p. 117; GARCÍA SEDANO, T., “El tipo de trata”, cit., p. 3.

³³⁴ SÁNCHEZ DOMINGO, M.B., “Trata”, cit., p. 186; TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Trata de seres*, cit., p. 210. En relación con el engaño en la anterior regulación de la trata (art. 318 bis 2 CP), vid. GUARDIOLA LAGO, M.J., *El Tráfico*, cit. p. 364.

³³⁵ ELLIOT, J., *The Role*, cit. p. 67.

³³⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito*, cit., p. 137; GARCÍA SEDANO, T., “El tipo de trata”, cit., p. 3.

³³⁷ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito*, cit., p. 428. En relación con este medio comisivo en la anterior regulación de la trata (art. 318 bis 2 CP), vid. GUARDIOLA LAGO, M.J., *El Tráfico*, cit. p. 365.

conceptos jurídicos reconocidos como las relaciones parentales, tutelares, laborales, etc. Pero también cabría perfectamente su aplicación a situaciones de pleno sometimiento de la víctima a los progenitores, pareja sentimental, familiar o líder comunitario, no reconocidas jurídica o formalmente, y que desafortunadamente todavía se producen³³⁸. Es importante destacar que no es suficiente con la constatación de una situación de desigualdad, sino que es preciso que el sujeto activo sea consciente de tal situación, sea esta preexistente o buscada por él, y se prevalega de ella³³⁹.

4.6. El abuso de una situación de vulnerabilidad o necesidad de la víctima

El abuso de una situación de vulnerabilidad de la víctima aparece recogido como tal en la legislación internacional, europea y española. Esta última ha añadido la referencia a la “necesidad” de la víctima, lo que, según la doctrina, pretende matizar que la situación de necesidad es causada por circunstancias socioeconómicas, mientras que la de vulnerabilidad se reservaría para las condiciones físicas y psíquicas de la víctima³⁴⁰. En cualquier caso, se trata de una distinción innecesaria, pues, como se verá en esta sección, la vulnerabilidad engloba también la necesidad³⁴¹.

Este medio constituye una parte distintiva y sustancial de la definición jurídica de trata, ya que en la actualidad es un rasgo inherente a la mayoría de casos de trata³⁴². Las menciones del abuso de vulnerabilidad son una constante en la jurisprudencia de numerosos países, en la que se utiliza como un “medio subsidiario”, es decir, como un mecanismo para fundamentar la concurrencia de otros medios, por ejemplo, se usa para determinar la razón por la cual se engañó a la víctima específica en unas circunstancias en las que otra persona no habría sido engañada³⁴³.

No obstante, a pesar de la frecuencia con la que se recurre a este medio y de su importancia para invalidar el consentimiento, todavía no se han demarcado con claridad sus límites de aplicación. En la elaboración del Protocolo de Palermo se eligió una fórmula intencionadamente ambigua, que permitiese incluir los medios coercitivos más sutiles y, a la vez, sirviese para garantizar a los Estados

³³⁸ En este sentido, UNODC, *Trabajos Preparatorios de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional y sus Protocolos*, Nueva York, 2008, p. 362, nota 20; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 5/2011*, cit., II.2.

³³⁹ Vid. GUARDIOLA LAGO, M.J., *El Tráfico*, cit. p. 366.

³⁴⁰ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito*, cit., p. 430; DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito*, cit., pp. 98-100; REQUEJO NAVEROS, M.T., “El delito”, cit., pp. 38-9.

³⁴¹ De la misma opinión: VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito*, cit., p. 430; DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito*, cit., pp. 99-103; GARCÍA SEDANO, T., “El tipo de trata”, cit., p. 4.

³⁴² UNODC, *Abuso de una situación de vulnerabilidad*, cit., p. 23 y p. 67.

³⁴³ *Ibid.*, p. 69.

margen de acción en torno a la cuestión de la prostitución³⁴⁴. De la fórmula usada en Palermo, “abuso de situación de vulnerabilidad”, se deducen únicamente dos requisitos: el primero, la vulnerabilidad de la víctima; y el segundo, que el tratante abuse de dicha vulnerabilidad³⁴⁵.

Así pues, el primer problema interpretativo tiene que ver con el concepto de vulnerabilidad. ¿Cuándo es una persona vulnerable? En este sentido, la Directiva 2011/36/UE (art. 2.2) y el Código Penal español (art. 177 bis 1 *in fine*) recogen una aclaración que ya había sido mencionada por la delegación de Bélgica en los trabajos preparatorios del Protocolo de Palermo³⁴⁶. De acuerdo con esta nota, existe una situación de vulnerabilidad “cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso”. Esta aclaración, sin embargo, sigue dejando diversas cuestiones por resolver.

La primera de ellas es si la valoración acerca de la existencia de dicha alternativa ha de ser de carácter objetivo o subjetivo. Dicho de otro modo, ¿debe la víctima carecer objetivamente de alternativas o es suficiente con que crea que no tiene otra opción que someterse al abuso? En este sentido, la UNODC ha aclarado en 2012 que la vulnerabilidad comprende situaciones en las que la víctima “cree” que someterse a la voluntad del tratante es la única opción disponible³⁴⁷. Por tanto, al menos en la legislación internacional, se especifica que los tribunales deberían analizar si es razonable, teniendo en cuenta las características y circunstancias de la víctima, que esta creyese realmente que carecía de alternativas. No obstante, la determinación de la vulnerabilidad no ha de ser únicamente de carácter subjetivo. Del mismo modo que ocurre con el resto de medios, la UNODC ha señalado también que es necesario que el abuso haya sido lo suficientemente grave como para ser capaz de anular el consentimiento otorgado por la víctima³⁴⁸. En este sentido, es también importante que el abuso de una situación de vulnerabilidad no se aplique más fácilmente a unas finalidades de explotación (por ejemplo, la sexual) que a otras³⁴⁹. Además, a la hora de probar la existencia de una situación de vulnerabilidad en un caso concreto, se recomienda acudir a psicólogos, trabajadores sociales, antropólogos

³⁴⁴ Ibid., pp. 17 y 23; UNODC, *The International Legal Definition of Trafficking in Persons: Consolidation of research findings and reflection on issues raised*, Viena, 2018, p. 7.

³⁴⁵ MALPANI, R., “Legal Aspects of Trafficking for Forced Labour Purposes in Europe”, *ILO Working Paper*, núm. 48, Ginebra, 2006, p. 5.

³⁴⁶ UNODC, *Trabajos Preparatorios*, cit., p. 375, nota 2.

³⁴⁷ UNODC, *Guidance Note on “abuse of a position of vulnerability” as a means of trafficking in persons in Article 3 of the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime*, Viena, 2012, párr. 2.5.

³⁴⁸ Ibid., apartado 2.4.; UNODC, *Abuso de una situación de vulnerabilidad*, cit., p. 73.

³⁴⁹ GALLAGHER, A.T., “The International Legal Definition of “Trafficking in Persons”: Scope and Application”, en KOTISWARAN, P. (Eds.), *Revisiting the Law and Governance of Trafficking, Forced Labor and Modern Slavery*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, p. 92.

y otros expertos, así como a testigos, para no hacer depender todo el proceso del testimonio de la víctima³⁵⁰.

La segunda cuestión controvertida en relación con la delimitación de este medio comisivo es el establecimiento de factores o indicadores de vulnerabilidad. El Informe Explicativo de la Convención de Varsovia aclara que “la vulnerabilidad será de cualquier tipo: física, psicológica, emocional, familiar, social o económica”, y aporta una serie de ejemplos³⁵¹, del mismo modo que hace la Ley modelo contra la trata de personas elaborada por la UNODC³⁵². Esta matización es importante si se tiene en cuenta que la vulnerabilidad ha venido delimitándose tradicionalmente como un “sinónimo de pobreza”, quedando acotada a una cuestión de falta de ingresos o de la condición migratoria, obviando la complejidad y dinamismo que supone³⁵³.

En este sentido, el principal reto a la hora de delimitar los indicadores de vulnerabilidad radica en evitar interpretaciones excesivamente extensivas que puedan llegar a suponer una negación de la autonomía de la persona vulnerable y una presunción contra reo, evitando al mismo tiempo conceptos muy restrictivos, incapaces de abarcar toda la casuística presente en la realidad criminológica actual³⁵⁴. Por ello, en aras a facilitar la tarea interpretativa de los jueces, resulta conveniente ofrecer una lista o al menos una categorización general de dichos factores³⁵⁵. Así, según lo señalado por la ONU y el Consejo de Europa, la vulnerabilidad puede estar causada por factores económicos (pobreza, desempleo...), sociales (estancia irregular en el país de destino³⁵⁶, persecución por condición política, religiosa o sexual, situaciones de conflicto armado, desarraigo o aislamiento social y/o lingüístico, marginación, analfabetismo...); así como circunstancias personales (edad, discapacidad física o psicológica, enfermedad, embarazo, drogodependencia,...)³⁵⁷.

³⁵⁰ UNODC, *Guidance Note*, cit., párr. 5.2.

³⁵¹ CONSEJO DE EUROPA, *Explanatory Report*, cit., párr. 83.

³⁵² UNODC, *Ley modelo contra la trata de personas*, Nueva York, 2010, Capítulo II, Artículo 5.1.

³⁵³ IGLESIAS SKULJ, “De la trata”, cit., p. 600.

³⁵⁴ MALPANI, R., “Legal Aspects”, cit., pp.4-11; UNODC, *The International Legal Definition*, cit., p. 7; DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito*, cit., pp. 146-147; MACHADO RUIZ, M.D., “Desmontando”, cit., p. 617.

³⁵⁵ MALPANI, R., “Legal Aspects”, cit., pp. 4-10.

³⁵⁶ DAUNIS RODRÍGUEZ critica aquellas posiciones según las cuales la *irregularidad administrativa* del migrante da por sí sola contenido a la situación de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, pues sostener esta posición nos llevaría a *invalidar cualquier tipo de consentimiento o decisión adoptada por el migrante*. Además, DAUNIS RODRÍGUEZ considera que esta posición supone “una *presunción contra reo* inadmisibles”, pues se presume que toda facilitación de la inmigración clandestina de una persona que ha consentido su explotación posterior debería ser trata. Vid. DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito*, cit., pp. 101-102.

³⁵⁷ UNODC, *Abuso de una situación de vulnerabilidad*, cit., p. 67; CONSEJO DE EUROPA, *Explanatory Report*, cit., párr. 83; UNODC, *Ley modelo contra la trata de personas*, Nueva York, 2010. UNODC, *Ley modelo*, cit., Capítulo II, Artículo 5.1. También se ha pronunciado en este sentido la doctrina, vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito*, cit., p. 429; DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito*, cit., p. 99; REQUEJO NAVEROS, M.T., “El delito”, cit., p. 32.

La siguiente, y más controvertida, cuestión en relación con el abuso de situación de vulnerabilidad tiene que ver con la prueba, más difícil que la de cualquier otro medio, pues este es mucho menos tangible. Se discute si para que concurra este medio comisivo basta con acreditar la existencia de la situación de vulnerabilidad y el conocimiento sobre esta por parte del autor o si, por el contrario, es necesario probar la existencia de un abuso de dicha situación. El análisis de jurisprudencia a nivel comparado realizado por la UNODC pone de relieve que lo habitual es que sea suficiente con probar la mera existencia de la vulnerabilidad para satisfacer el elemento de los medios³⁵⁸. No obstante, las notas orientativas sobre el concepto de abuso de situación de vulnerabilidad en el artículo 3 del Protocolo de Palermo de la UNODC establecen que la prueba de la existencia de la vulnerabilidad no basta para justificar la condena penal, sino que es necesario también probar el abuso de dicha vulnerabilidad³⁵⁹. Por difícil que sea la prueba del abuso y delimitarlo de la existencia de una situación de vulnerabilidad, lo cierto es que la norma así lo exige expresamente. En este sentido, se ha argumentado que la tipicidad del delito debe establecerse sobre los actos u omisiones del autor y no sobre la situación de la víctima³⁶⁰. Esta es también la posición mayoritaria en la doctrina española³⁶¹.

La jurisprudencia y doctrina holandesas han ofrecido recientemente una tercera opción para hacer frente a la dificultad de probar directamente el abuso. Según esta teoría, solo sería necesario probar el conocimiento de la vulnerabilidad por parte del acusado, ya que el uso consciente de la posición de vulnerabilidad equivaldría al abuso³⁶². Se trataría, por tanto, de una especie de “intención eventual”³⁶³. Esta posición ha sido fuertemente criticada por expandir demasiado el concepto de trata, al considerar que puede llegar a difuminar la línea divisoria entre la contratación irregular de migrantes en situación administrativa irregular y la trata³⁶⁴. Ante estas críticas, sus defensores argumentan que esta teoría no implica una extensión excesiva del concepto de trata, ni implica afirmar que la persona que capte, transporte, reciba... a otra, conociendo su situación de dificultad, cometa trata, pues no se puede olvidar que sigue siendo necesario probar la intención de explotar³⁶⁵. Para ellos la prueba del abuso, además de dificultosa, se torna reiterativa e innecesaria, si tenemos en cuenta que el abuso puede deducirse fácilmente de la prueba del conocimiento de la situación fáctica de la víctima y la intención de explotarla. De todos modos, matizan que la aplicación de esta teoría debe ir acompañada de una

³⁵⁸ UNODC, *Abuso de una situación de vulnerabilidad*, cit., p. 76.

³⁵⁹ UNODC, *Guidance Note*, cit., párr. 2.2.

³⁶⁰ GALLAGHER, A.T., “The International Legal Definition”, cit., p. 89.

³⁶¹ Vid., por todos, VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Título VII bis”, cit., p. 1252; REQUEJO NAVEROS, M.T., “El delito”, cit., p. 39.

³⁶² ESSER, L.B./DETTMEIJER-VERMEULER, C.E., “The Prominent Role”, cit., pp. 91 y ss.

³⁶³ UNODC, *Abuso de una situación de vulnerabilidad*, cit., p. 76.

³⁶⁴ Ibid. pp. 33 y 72.

³⁶⁵ ESSER, L.B./DETTMEIJER-VERMEULER, C.E., “The Prominent Role”, cit., p. 97.

interpretación más restringida del concepto de explotación. Así, aunque se hubiese abusado de una situación de vulnerabilidad, si no puede determinarse la intención de explotación, porque, por ejemplo, las víctimas podían abandonar libremente esa situación, no cabría la apreciación de la trata³⁶⁶.

Finalmente, se plantea aquí un problema concursal en relación con la circunstancia agravante por la especial vulnerabilidad de la víctima (art. 4.2.a de la Directiva 2011/36/UE y art. 177 bis 4.b CP). Según este último precepto, se impondrá la pena superior en grado a la prevista para el tipo básico cuando la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o sea menor de edad. La doctrina considera que, para evitar violaciones del principio non bis in ídem, se procederá a la aplicación del tipo agravado cuando la situación de vulnerabilidad no haya sido tenida en cuenta como medio comisivo para poder apreciar el tipo básico. Así, si por ejemplo se ha utilizado violencia y abuso de vulnerabilidad sobre persona enferma se podrá aplicar el tipo agravado, pero se aplicará solo el tipo básico si únicamente ha habido un abuso de vulnerabilidad derivado de la enfermedad³⁶⁷.

4.7. La entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima

Este medio comisivo aparece recogido en las cuatro definiciones de trata analizadas³⁶⁸. Todo parece indicar que se incluyó para dejar claro que la compraventa, permuta y alquiler de personas, tanto niños como adultos, estaba criminalizada³⁶⁹. Posteriormente, este propósito se reforzó todavía más con la inclusión en la Directiva 2011/36/UE del intercambio o transferencia de control sobre una persona entre las acciones típicas³⁷⁰. Con este medio comisivo, se vincula la trata de personas con el concepto tradicional de trata de esclavos³⁷¹.

No existe consenso a nivel internacional sobre qué significa “poseer el control” sobre una persona a estos efectos. GALLAGHER plantea la duda de si solo se aplica a una situación de control legal, como por ejemplo un padre sobre un

³⁶⁶ UNODC, *Abuso de una situación de vulnerabilidad*, cit., p. 33-35.

³⁶⁷ REQUEJO NAVEROS, M.T., “El delito”, cit., p. 50; VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Título VII bis”, cit., p. 1260; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal*, cit., p. 187.

³⁶⁸ La expresión inglesa “giving and receiving” ha sido traducida al castellano como “entrega o aceptación” tanto en el Código Penal como en la Directiva 2011/36/UE. Esta traducción resulta más apropiada que la recogida en el Instrumento de ratificación del Convenio de Varsovia en el BOE, donde se hacía referencia al “ofrecimiento o aceptación”, lo cual adelantaría la barrera punitiva con respecto a la definición del Derecho internacional.

³⁶⁹ UNODC, *Abuso de una situación de vulnerabilidad*, cit., p. 17.

³⁷⁰ Vid. 2.6.

³⁷¹ GARCÍA SEDANO, T., “El tipo de trata”, cit., p. 4.

hijo, o si también podría aplicarse a situaciones de control de facto³⁷². En España suele entenderse que se da en ambos casos: cuando el progenitor o tutor de un menor lo cede en trata, pero también cuando lo hace cualquier otra persona a la que la víctima pueda estar sometida, como su marido, un líder comunitario, etc., e incluso en sucesivos traslados de la posesión de la persona tratada³⁷³.

Por otra parte, la utilización del término “beneficios” ha sido cuestionada por su indeterminación y por las dificultades existentes a la hora de probar su existencia en el ámbito de una organización criminal, donde a menudo son futuros o difíciles de identificar³⁷⁴. Se ha propuesto su sustitución por otras expresiones como “por precio, recompensa o promesa para lograr el consentimiento de la persona que posea el control sobre la víctima”³⁷⁵, que ofrecen la ventaja de ser “contenido jurisprudencialmente acuñado”³⁷⁶. De hecho, la aplicación de la agravante genérica de precio, prevista en el artículo 22.3 CP, es inherente a esta modalidad comisiva³⁷⁷.

4.8. Especial referencia al consentimiento: la problemática de la denominada “trata consentida”

La cuestión del consentimiento en la trata es un tema especialmente complejo, que, como bien señala DAUNIS RODRÍGUEZ, “trasciende la mera cuestión técnica de ámbito penal”³⁷⁸. El debate acerca del consentimiento ha estado presente desde los primeros intentos de definir la trata, principalmente vinculado a la explotación sexual. En los trabajos preparatorios del Protocolo de Palermo se planteó desde un inicio la cuestión de si la prostitución voluntaria de migrantes adultas debería estar incluida en la definición de trata³⁷⁹. Para un grupo de Estados en coalición con varias ONGs, la distinción entre la prostitución voluntaria y forzada era falsa y moralmente inaceptable, de modo que, la inclusión de la coerción como un requisito para la trata sería proporcionar una legitimidad inaceptable a la prostitución³⁸⁰. Por el contrario, aquellos que se oponían a esta posición consideraban que la exigencia de coerción que invalidase el consentimiento era clave para distinguir entre migración adulta voluntaria para el trabajo sexual y trata³⁸¹.

³⁷² GALLAGHER, A.T., *The International Law*, cit., p. 33.

³⁷³ Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito*, cit., p. 39; GUIASOLA LERMA, C., “Formas Contemporáneas de esclavitud”, cit., p. 195.

³⁷⁴ IGLESIAS SKULJ, A., “De la trata”, cit., pp. 597-598.

³⁷⁵ LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., *Conceptualización*, cit., p. 88.

³⁷⁶ TERRADILLOS BASOCO, J.M., “El delito de inmigración ilegal y la trata de personas”, en PÉREZ CEPEDA, A.I. (Dir.)/ GORJÓN BARRANCO, M.C. (Coord.), *El proyecto de reforma del código penal de 2013 a debate*, Ratio Legis, Salamanca, 2014, p. 150.

³⁷⁷ SANTANA VEGA, D., “Título VII bis”, cit., p. 656.

³⁷⁸ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito*, cit., p. 144.

³⁷⁹ GALLAGHER, A.T., *The International Law*, cit., p. 26.

³⁸⁰ *Ibid.*

³⁸¹ *Ibid.*

Finalmente se redactó una fórmula según la cual el consentimiento de la víctima será irrelevante, es decir, no se tendrá en cuenta, haya existido o no, cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios previstos en la definición. Esta disposición, recogida por primera vez en el Protocolo de Palermo (art. 3 b), se incorporó posteriormente a la Convención de Varsovia (art. 4 b), a la Directiva 2011/36/UE (art. 2.4) y finalmente al Código Penal (art. 177 bis 3). De este modo, no se niega arbitrariamente la validez del consentimiento libremente prestado por un adulto, sino únicamente cuando el uso de medios coactivos, fraudulentos o abusivos determina la existencia de vicios de la voluntad y evidencia la falta de libertad en la decisión³⁸². Al mismo tiempo, esta fórmula se crea con la intención de impedir que, una vez probados todos los elementos del delito de trata, los acusados puedan alegar el consentimiento de la víctima en su defensa³⁸³.

En cualquier caso, el modo en que se definan los medios y los requisitos que se exijan para su prueba determinará la posición frente al consentimiento. Así, si se sigue una interpretación muy restrictiva, será más probable que el consentimiento sea válido y que se excluya la tipicidad del delito de trata. Esta posición, más garantista con el reo y más respetuosa con la libertad del migrante, conlleva el riesgo de dejar sin protección a algunas víctimas. Por otra parte, si se sigue una delimitación muy amplia de los medios, el consentimiento estará frecuentemente viciado. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, al considerar que la prueba de la mera existencia de una situación de vulnerabilidad sirve para acreditar el abuso de dicha situación. Aunque permita ampliar el espectro de lo que puede ser considerado trata, esta interpretación puede llegar a suponer una presunción en contra del reo y, sobre todo, una negación de la autonomía de las personas migrantes.

ELLIOT infiere de la definición internacional de trata cuatro características que debe tener todo consentimiento válido. Este ha de ser libre, es decir, otorgado sin que haya concurrido coerción o cualquier otro medio, tal y como se especifica en la aclaración del protocolo; informado, es decir, el sujeto debe tener suficiente conocimiento de las circunstancias en las que se realizará el trabajo, de modo que, de haberse sabido cuales eran las condiciones reales de explotación, este no se hubiese aceptado; otorgado por persona con capacidad para consentir, lo que excluye a los menores, y como vimos, se debate si también excluye a las personas con discapacidad necesitadas de especial protección; y dado en el momento adecuado³⁸⁴.

³⁸² Sobre esta cuestión en la doctrina española vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito*, cit., p. 431; PÉREZ ALONSO, E., *Tráfico*, cit., p. 186; RUBIO LARA, P.A./ PÉREZ ALBALADEJO, M., "El delito de trata", cit., p. 222; BOLAÑOS VÁSQUEZ, H.J., "Regulación", cit., pp. 302-303.

³⁸³ JORDAN, A.D., *The Annotated Guide*, cit., p. 11.

³⁸⁴ ELLIOT, J., *The Role*, cit., pp. 131-139.

La cuestión del momento adecuado para otorgar el consentimiento, o lo que es lo mismo, del momento en el que han de utilizarse los medios comisivos que lo invalidan, nos lleva de nuevo al debate sobre qué se pretende castigar con la trata. Como veíamos, existen dos posturas diferenciadas: quienes incluyen la explotación en la trata y quienes consideran que esta es únicamente el proceso hacia la explotación. Trasladando esta cuestión al ámbito del consentimiento, la dicotomía es la siguiente: ¿qué es lo que la víctima (no) consiente: el proceso movilizador o la situación de explotación en el lugar de destino? Dicho de otro modo: ¿cuándo han de concurrir los medios comisivos: durante el proceso movilizador o durante la fase de explotación? Lo lógico, si se mantiene que la trata es un proceso, es entender que los medios comisivos han de ponerse en relación con el elemento “acción” entendido como movimiento hacia la explotación y no con la explotación, que sería un delito distinto³⁸⁵.

La Ley da en esta cuestión una respuesta ambigua. En la definición de trata prevista en todos los textos normativos aquí analizados parece claro que los medios se aplicarán a las acciones comisivas, es decir, al proceso hacia la explotación³⁸⁶. En este sentido, el texto legal se acercaría más a la primera interpretación. Sin embargo, resulta curioso que la fórmula referente al consentimiento utilizada en todos ellos hable del “consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación”³⁸⁷. En efecto, cuando se analiza la casuística también parece evidente que los medios que invalidan el consentimiento inciden más en la explotación que en el proceso movilizador hacia esta.

Para que estemos ante un caso de trata, el medio comisivo ha de concurrir desde la captación y mantenerse posteriormente o ser sustituido por otro. Veamos algunos ejemplos. No cabe duda de que hay trata si una persona es captada mediante el abuso de una situación de vulnerabilidad que persiste durante la fase de explotación. El medio aquí se mantiene. Tampoco habría dudas en aquellos supuestos en que se captó mediante engaño, prometiendo condiciones de trabajo muy favorables, y posteriormente se utilizó el abuso de la situación de vulnerabilidad de la víctima para mantener el control sobre ella durante la explotación. En este segundo caso, el medio comisivo ha sido sustituido por otro a lo largo del proceso de la trata.

En este sentido, el engaño como medio comisivo que invalida el consentimiento es especialmente problemático. En la práctica son muy

³⁸⁵ De esta opinión, STOYANOVA, V., *Human Trafficking*, cit., p. 51.

³⁸⁶ Se dice en estos textos que las acciones han de cometerse “recurriendo a” (Protocolo de Palermo y Convenio de Varsovia), “mediante” (Directiva 201/36/UE) o “empleando” (CP) los medios comisivos.

³⁸⁷ Para STOYANOVA, partidaria de la primera postura, esta referencia al consentimiento tiene que más que ver con si ha habido o no una situación de explotación, que con los medios comisivos. STOYANOVA, V., *Human Trafficking*, cit., p. 52.

habituales los casos en los que las condiciones que las víctimas aceptan en la fase de captación son muy distintas a las que se encuentran en el lugar de destino³⁸⁸. Pensemos, por ejemplo, en la persona que acepta migrar para ser modelo, pero finalmente descubre que la intención de sus tratantes era explotarla sexualmente. Pensemos también en el caso no poco frecuente de la persona que acepta ejercer la prostitución o recolectar frutas en el país de destino, pero que encuentra allí condiciones de explotación muy distintas a las que había pactado. En estos casos, se plantea la duda de si el engaño, utilizado en la captación, sigue invalidando el consentimiento de la víctima durante la fase de explotación.

Si la víctima no ha manifestado posteriormente su aceptación a las nuevas condiciones, la respuesta ha de ser afirmativa. En estas situaciones, el consentimiento inicial no puede alegarse para negar la existencia de un delito de trata, pues ha sido invalidado por la concurrencia del engaño. Lo que la víctima consintió inicialmente fue algo diferente, no la explotación³⁸⁹. Si las condiciones propuestas y aceptadas durante la captación varían posteriormente, el consentimiento dejaría también de ser válido, puesto que, para excluir la trata, este debe subsistir durante todo el proceso³⁹⁰. Dicho de otro modo, el consentimiento debe prestarse con anterioridad o simultáneamente a la realización de la acción y puede revocarse siempre. Por tanto, el consentimiento dado en una etapa no es necesariamente válido para el resto³⁹¹. No obstante, en la práctica, la respuesta a esta cuestión no siempre es tan clara. Existe un alto riesgo de que los tribunales y las autoridades encargadas de la identificación de las víctimas consideren que ese consentimiento inicial es válido, ignorando el posterior vicio y negando así la existencia de una situación de trata³⁹².

Supuesto distinto es aquel en que el sujeto activo capta al trabajador mediante engaño, proponiéndole un trabajo con unas condiciones muy favorables, pero, posteriormente, este último acepta realizar la actividad laboral bajo condiciones diferentes a las inicialmente pactadas, aunque sean abusivas, sin que concurra ningún otro medio comisivo durante esta fase. En este caso, siendo rigurosos con la interpretación de la trata como proceso hacia la explotación, estaríamos también ante un supuesto de trata de seres humanos. En el momento en que se produce la acción (captación), concurre uno de los medios comisivos (engaño), por lo que teóricamente solo habría que probar la intención de explotar

³⁸⁸ Por todos, VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito*, cit., p. 60; ABRAMSON, K., "Beyond Consent, towards Safeguarding Human Rights: Implementing the United Nations Trafficking Protocol", *Harvard International Law Journal*, vol. 44, núm. 2, 2003, pp. 473-502.

³⁸⁹ JORDAN explica que no puede haber consentimiento porque todo lo que el tratante ha contado a la víctima es una mentira y no se puede consentir una mentira. JORDAN, A.D., *The Annotated Guide*, cit., p. 11.

³⁹⁰ ELLIOT, J., *The Role*, cit., pp. 131-139.

³⁹¹ BOLAÑOS VÁSQUEZ, H.J., "Regulación", cit., p. 303.

³⁹² ELLIOT, J., *The Role*, cit. pp. 137-139.

a la víctima en el momento de la captación para integrar todos los elementos del delito.

En todos los ejemplos citados anteriormente se utilizaba algún medio comisivo para llevar a cabo alguna de las acciones típicas. De lo contrario, aunque concurren acción e intención de explotación, si no es posible probar la concurrencia de al menos un medio comisivo, el consentimiento será válido y la conducta será atípica³⁹³. Esto ha dado pie a la distinción entre lo que se ha denominado “trata involuntaria”, en la que concurren los elementos acción, medio y finalidad de explotación, que estaría tipificada en el Protocolo de Palermo; y la “trata consentida o voluntaria”, en la que no concurren medios, que se situaría al margen de dicha definición³⁹⁴. Así, con el concepto “trata consentida” se hace referencia a situaciones de facilitación de la migración para la explotación consentida, que exceden el ámbito del tráfico de personas, pero que tampoco pueden calificarse como trata. Sería, lo que, de modo muy gráfico, ELLIOT ha definido como “*less than trafficked, more than smuggled*”³⁹⁵. Es decir, sería el caso de quien acepta trasladarse a otro país sabiendo que allí trabajará en condiciones de explotación, sin que concorra ningún medio comisivo que invalide el consentimiento.

Para algunos autores, la atipicidad de la “trata consentida” conlleva afirmar que la explotación de una persona, o lucrarse de dicha explotación, resulta incluso aceptable, siempre y cuando la persona no haya sido engañada, forzada o se hayan alterado las condiciones iniciales pactadas³⁹⁶. Se plantean entonces si, de acuerdo con esta definición de trata, sería jurídicamente posible consentir la propia explotación o incluso la propia esclavitud³⁹⁷. Para evitar esta consecuencia, se ha planteado si deberían incluirse en la definición actual de trata aquellos casos de migrantes que voluntariamente aceptan condiciones inhumanas de trabajo, simplemente porque sus salarios, comparados con los que recibirían en sus países de origen, son considerados suficientes o incluso altos³⁹⁸.

En opinión de GALLAGHER, esta cuestión se puede solucionar teniendo en cuenta un antiguo principio del derecho internacional sobre derechos humanos: la libertad personal intrínseca e inalienable convierte el consentimiento en

³⁹³ BOLAÑOS VÁSQUEZ, H.J., “Regulación”, cit., pp. 302-3; RUBIO LARA, P.A./ PÉREZ ALBALADEJO, M., “El delito de trata”, cit., p. 222. En relación con la definición internacional, vid. ABRAMSON, K., “Beyond Consent”, cit., p. 477.

³⁹⁴ PÉREZ ALONSO, E.J., *Tráfico*, cit., p. 186.

³⁹⁵ ELLIOT, J., *The Role*, cit., pp. 220-250.

³⁹⁶ En estos términos, ELLIOT, J., *The Role*, cit. p. 313. Por su parte, ABRAMSON afirma que al excluir del concepto de trata a una persona que ha consentido su proceso migratorio irregular y su propia explotación se da legitimidad a los tratantes. ABRAMSON, K., “Beyond Consent”, cit., p. 493.

³⁹⁷ GALLAGHER, A.T., *The International Law*, cit., p. 28.

³⁹⁸ VAN LIEMPT, I., “Trafficking in Human Beings: Conceptual Dilemmas” en VAN DEN ANKER, C./ DOOMERNIK, J. (Eds.), *Trafficking and Women’s Rights*, Palgrave Macmillan, Hampshire, 2006, pp. 34.

irrelevante en situaciones en las que esa libertad es eliminada. Dicho de otro modo, desde esta perspectiva, nadie puede obligarse a sí mismo a ser esclavo o permanecer en una situación de esclavitud, pues la libertad personal es un bien inalienable que ninguna persona puede abandonar voluntariamente³⁹⁹. Esta interpretación relaciona el consentimiento, no tanto con la concurrencia o no de medios comisivos, cuanto con la existencia de una situación de explotación. La falta de consentimiento se inferiría de la imposición de condiciones de explotación valoradas objetivamente y no de la concurrencia de medios, en los que se evalúa, principalmente desde el punto de vista subjetivo, la capacidad de anular la voluntad de la víctima.

Esta concepción del consentimiento en la trata está próxima a la posición adoptada en la legislación de países como Bélgica, donde no es necesario probar la concurrencia de medios y el foco de la trata se centra en la prueba de la intención o situación efectiva de explotación⁴⁰⁰. Desde esta perspectiva, cuando una persona acepta trabajar en condiciones abusivas, sin un salario y con muy poca libertad, seguiría siendo una víctima de trata, si el tratante tenía la intención de someterla a una situación de explotación⁴⁰¹. No obstante, sin negar las posibles ventajas de esta interpretación, el principio de legalidad obliga a que, al menos en aquellos países como España en los que la definición de trata sigue estrechamente lo dispuesto en el Protocolo de Palermo, la prueba del uso de medios siga siendo imprescindible. Como indica DAUNIS RODRÍGUEZ, aunque “no cabe duda que determinadas formas de explotación suponen un indicio de que el consentimiento de la víctima estaba viciado, resulta necesario probar para cada supuesto que la decisión de la persona no fue libre o voluntaria”⁴⁰².

En este sentido, en el ámbito del consentimiento en la explotación sexual, ELLIOT sostiene que podría justificarse una especie de presunción de la existencia de trata, para evitar que, por dificultades probatorias, las víctimas pudiesen quedar desprotegidas⁴⁰³. Esta posición, por bienintencionada que sea en aras a facilitar la identificación de algunas víctimas, supone una negación de la

³⁹⁹ GALLAGHER, A.T., *The International Law*, cit., p. 28. Defendiendo esta misma postura, ABRAMSON afirma que, considerar que nadie puede consentir su propia explotación no es negar la capacidad de los adultos de tomar decisiones sobre sus propias vidas, sino que, únicamente a los efectos de luchar mejor contra la trata, estas decisiones no serán consideradas válidas. Vid. ABRAMSON, K., “Beyond Consent”, cit., p. 496 y p. 501.

⁴⁰⁰ Varios países han eliminado el elemento “medios” de la definición de trata en sus legislaciones internas, por ejemplo: Bélgica (Art. 433quinquies *Code Pénal*); Luxemburgo (Art. 382-1 *Code Pénal*); Reino Unido (*Modern Slavery Act 2015*, sección 2); Bulgaria (Art. 159a *Наказателен кодекс*). STOYANOVA es muy crítica con la eliminación de los medios de la definición de trata, argumentación que sin este elemento se pone en cuestión la integridad y la utilidad del concepto de trata como un abuso. Vid. STOYANOVA, V., *Human Trafficking*, cit., p. 57. En relación con la trata para la realización de trabajos forzados, VAN VOORHOUT es también crítica con la supresión de los medios. Vid. VAN VOORHOUT, J.C., “Human Trafficking”, cit., p. 52-54.

⁴⁰¹ JORDAN, A.D., *The Annotated Guide*, cit., p. 11.

⁴⁰² DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito*, cit., p. 79.

⁴⁰³ ELLIOT, J., *The Role*, cit. pp. 94-128.

autonomía y capacidad de decisión de las personas migrantes, y una presunción de culpabilidad que, a todas luces, vulneraría el principio in dubio pro reo.

Con la legislación actual, si se desea evitar la total impunidad de la llamada “trata consentida”, sería necesario reconducir estas conductas a otros tipos penales distintos de la trata, o crear una figura diferente de las anteriores que ofrezca una respuesta específica a estas situaciones de aceptación voluntaria de la propia explotación⁴⁰⁴. Se trataría de una figura mucho más centrada en la trata como actividad individual y consensual, como una consecuencia de la migración económica y no tanto del crimen organizado⁴⁰⁵. Sería, en definitiva, un modo de reconocer la posibilidad de que una persona pueda consentir su propia explotación, sin negar completamente lo injusto de dicha situación⁴⁰⁶.

5. LA FINALIDAD DE EXPLOTACIÓN

El tercer elemento requerido en el concepto de trata de seres humanos es la finalidad de explotación: cualquiera de las acciones típicas ha de haber sido realizada utilizando alguno de los medios alternativos señalados y con el objetivo de explotar a la persona tratada. En relación con este tercer requisito, que constituye el elemento subjetivo del tipo, es necesario realizar una serie de matizaciones iniciales.

En primer lugar, hay que destacar que lo que el tipo exige es la finalidad de explotación y no la explotación en sí misma. El delito puede consumarse sin que dicha explotación llegue a producirse⁴⁰⁷. Es suficiente con que la víctima se encuentre en disposición de ser objeto de alguna de las finalidades mencionadas en el precepto⁴⁰⁸. Tiene lugar, por tanto, un adelantamiento de la barrera de protección, permitiendo castigar la conducta desde el momento en que se genera la situación que favorece la posterior explotación. El tipo se configura así como

⁴⁰⁴ En este sentido, ELLIOT, J., *The Role*, cit., pp. 150-153.

⁴⁰⁵ HUSSEIN, R.A., “The existing tensions in the defining of human trafficking at a UK and international level: a critical overview”, *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*, vol. 39, núm. 2, 2015, p. 132.

⁴⁰⁶ ELLIOT, J., *The Role*, cit., pp. 153-4.

⁴⁰⁷ En Derecho internacional, vid. UNODC, *Legislative Guides for the Implementation of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocol Thereto*, New York, 2014, párr. 33; GALLAGHER, A.T., *The International Law*, cit., p. 34; STOYANOVA, V., *Human Trafficking*, cit. p. 49. En la doctrina española, VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito*, cit., p. 433; DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito*, cit., p. 103; SANTANA VEGA, D., “Título VII bis”, cit., p. 655; GUIASOLA LERMA, C., “Formas Contemporáneas de esclavitud”, cit., p. 191; SÁNCHEZ DOMINGO, M.B., “Trata”, cit., p. 185; GARCÍA SEDANO, T., “El tipo de trata”, cit., p. 4; MARTOS NÚÑEZ, J.A., “El delito de trata”, cit., p. 111; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “Título VII bis. De la trata de seres humanos”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal*, Tomo II, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 467. También se ha pronunciado en este sentido la jurisprudencia, como señalan, entre otras, la STS 167/2017, de 15 de marzo; y la STS 861/2015, de 20 de diciembre.

⁴⁰⁸ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal*, cit., p. 187.

un delito mutilado en dos actos⁴⁰⁹, en el que el acto preparatorio pasa a ser considerado un delito autónomo y el delito posterior se convierte en el elemento subjetivo del preparatorio⁴¹⁰. De hecho, si no existiese un tipo específico de trata, las conductas recogidas en el artículo 177 bis podrían ser consideradas como actos preparatorios del delito en que se materializa la explotación⁴¹¹. Si la explotación efectivamente ocurre, el delito de trata entraría en concurso con el correspondiente delito posterior (explotación sexual, delito contra los ciudadanos extranjeros, tráfico de órganos, matrimonios forzados, etc.), según lo previsto en el artículo 177 bis 9. Además, la existencia de una efectiva situación de explotación posterior a la captación, transporte, acogimiento o recepción puede servir para probar la intención de explotación en el delito de trata⁴¹².

Por otra parte, el hecho de que se exija la concurrencia de una finalidad de la acción delictiva implica que estamos ante un delito doloso y excluye la comisión por imprudencia⁴¹³. El dolo requerido en el delito de trata es tridimensional: ha de abarcar las acciones típicas, los medios comisivos requeridos (solo en los mayores de edad) y las finalidades de explotación⁴¹⁴.

Dada la pluralidad de sujetos que pueden intervenir en las diversas acciones que configuran el tipo penal, es importante determinar en cuáles de ellos debe concurrir este elemento subjetivo. El sujeto que, por ejemplo, capta y transporta a una persona con la intención de ser él mismo quien posteriormente la explote satisface indudablemente el elemento subjetivo⁴¹⁵. Cuestión diferente

⁴⁰⁹ VILLACAMPA ESTIARTE, C., "Título VII bis", cit., p. 1248; SÁNCHEZ DOMINGO, M.B., "Trata", cit., p. 185; PÉREZ CEPEDA, A.I., "Lección X", cit., p. 245; IGLESIAS SKULJ, A., "De la trata", cit., p. 597; QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal*, cit., p. 201. Considera que es un delito de resultado cortado si el mismo sujeto que realiza las conductas típicas de la trata es también el que materializa la explotación y un delito mutilado de dos actos si son personas distintas: GARCÍA SEDANO, T., "El tipo de trata", cit., p. 4; SANTANA VEGA, D., "Título VII bis", cit., p. 655. Mantiene esta misma posición en relación con la regulación anterior de la trata (318 bis 2): GUARDIOLA LAGO, M.J., *El Tráfico de Personas en el Derecho Penal Español*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 333.

⁴¹⁰ MAYORDOMO RODRIGO, V., "Nueva regulación", cit., p. 372. La tentativa, según CUERDA ARNAU, M.L. ("Lección X", cit., p. 207), quedaría reservada a aquellos supuestos en los que el sujeto activo no logra asumir el control sobre el sujeto pasivo porque, por ejemplo, el engaño no surte efecto o la persona a quien se ofrece la recepción de un pago para lograr su consentimiento finalmente no lo otorga. Sobre la delimitación entre tentativa y consumación en la trata, vid. también MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal*, cit., p. 186.

⁴¹¹ MAYORDOMO RODRIGO, V., "Nueva regulación", cit., p. 372.

⁴¹² STOYANOVA, V., *Human Trafficking*, cit. p. 46; UNODC, *The International Legal Definition*, cit., p. 17.

⁴¹³ En Derecho español, la imprudencia se excluye también por aplicación del artículo 12 CP, al no estar prevista una modalidad imprudente del delito de trata de seres humanos. Vid., por todos, LLORIA GARCÍA, P., "Lección XI", cit., p. 344. Además, según la doctrina, se exige conocer y querer la realización de todos los elementos objetivos de la conducta. De modo que el error sobre estos excluiría el dolo y, por tanto, la relevancia típica de la conducta. Vid., entre otros, MARAVER GÓMEZ, M., "La trata", cit., p. 324; REQUEJO NAVEROS, M.T., "El delito", cit., p. 42.

⁴¹⁴ GARCÍA SEDANO, T., "El tipo de trata", cit., p. 4.

⁴¹⁵ STOYANOVA, V., *Human Trafficking*, cit. p. 45.

es si el elemento subjetivo del tipo se satisface cuando quien capta, transporta o aloja tiene la intención de que la víctima sea explotada por otras personas.

Ninguno de los textos analizados aclara expresamente esta cuestión. Sin embargo, la doctrina internacional y española entiende, en su mayoría, que el delito de trata se consuma también cuando una persona realiza alguna de las conductas típicas, usando los medios previstos, con la finalidad de que la persona tratada sea explotada por un tercero⁴¹⁶. De este modo, se entiende que la finalidad que requiere la trata es la de explotar, independientemente de quién se beneficie de dicha explotación. Es decir, según esta interpretación, el artículo 177 bis se podría aplicar, por ejemplo, al contratista o transportista que capta y/o traslada a una persona para ser explotada en la fábrica de otro. Eso sí, será necesario probar que el sujeto activo tenía la voluntad de entregar la persona tratada al explotador, conociendo las condiciones que le esperaban a la víctima en el país de destino y también que dichas circunstancias constituían una situación de explotación⁴¹⁷. Además, para satisfacer este elemento subjetivo, el conocimiento de la finalidad de explotación debe estar presente desde el momento en que se inicia la acción, o bien, si se descubre este propósito cuando ya se ha iniciado y aun así se continúa con la conducta⁴¹⁸.

Con respecto al tipo de dolo requerido, el artículo 18 de la Convención de Varsovia establece que las legislaciones de los Estados parte conferirán el carácter de infracción penal a los casos de trata cuando hayan sido cometidos intencionadamente. No obstante, los Estados pueden decidir el grado de esa intencionalidad⁴¹⁹. Se plantea entonces la duda de si es posible cometer un delito de trata con dolo eventual⁴²⁰. Esto afectaría a aquellos supuestos en los que el

⁴¹⁶ Por todos, VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito*, cit., p. 433; STOYANOVA, V., *Human Trafficking*, cit. p. 45; GUIASOLA LERMA, C., "Formas Contemporáneas de esclavitud", cit., p. 190; TERRADILLOS BASOCO, J.M./ GALLARDO GARCÍA, R.M., "Trata", cit., p. 181. En relación con la regulación anterior de la trata en España (art. 318 bis 2 CP), mantienen esta misma posición: GUARDIOLA LAGO, M.J., *El Tráfico*, cit. p. 334; PÉREZ CEPEDA, A.I., *Globalización, tráfico internacional de personas y Derecho Penal*, Comares, Granada, 2004, p. 261.

⁴¹⁷ Vid., GUARDIOLA LAGO, M.J., *El Tráfico*, cit. p. 334; VALVERDE CANO, A.B., "Ausencia de un delito de esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos en el Código Penal español", en PÉREZ ALONSO, E. (Dir.), *El Derecho*, cit., pp. 427-428. Como es obvio, estas exigencias presentan importantes dificultades en la práctica en los tribunales. En el caso de la trata con fines de explotación sexual, por ejemplo, es posible que el sujeto que capta, transporta o acoge sepa que la víctima va a dedicarse a la prostitución en el país de destino, pero que ignore tendrá que hacerlo bajo condiciones de explotación. Vid. STOYANOVA, V., *Human Trafficking*, cit. p. 45.

⁴¹⁸ GUIASOLA LERMA, C., "Formas Contemporáneas de esclavitud", cit., p. 190; MAYORDOMO RODRIGO, V., "Nueva regulación", cit., p. 355.

⁴¹⁹ STOYANOVA, V., *Human Trafficking*, cit. p. 44.

⁴²⁰ En la doctrina internacional y comparada no hay unanimidad al respecto. En derecho holandés, por ejemplo, se excluye expresamente el dolo eventual y se requiere específicamente dolo directo especial, puesto que se exige no solo que el sospechoso sea consciente de la posibilidad de que una consecuencia se produzca, sino que desee dicha consecuencia específicamente. Vid. ESSER, L.B./ DETMEIJER-VERMEULER, C.E., "The Prominent Role", cit., p. 97. En sentido contrario, argumentando la posibilidad de cometer un delito de trata de seres humanos con dolo eventual,

sujeto que capta, transporta o recibe actúa sabiendo que es muy probable que las víctimas sean explotadas en el lugar de destino, pero sin tener certeza absoluta de ello. Ante esta situación, en la doctrina española se ha considerado que solo cabe el dolo directo⁴²¹. En un supuesto como el anterior, aceptar el dolo eventual dificultaría todavía más la distinción con supuestos de tráfico de migrantes⁴²².

Finalmente, es importante recordar que si se diese más de un tipo de explotación, lo que es frecuente en la explotación sexual de mujeres, que puede concurrir con la explotación laboral o en tareas domésticas, no se podrá apreciar una pluralidad de delitos de trata, ni un delito agravado, al tratarse de un tipo mixto alternativo⁴²³.

5.1. Cuestiones generales en torno al concepto de explotación

Ni el Protocolo de Palermo ni ninguno de los instrumentos nacionales e internacionales sobre trata definen el término “explotación”. Los textos supranacionales se limitan a incluir una lista abierta de modalidades de explotación que representa el mínimo que los Estados Miembros deben criminalizar en sus legislaciones internas. Nada impide que los Estados incluyan otras diferentes en su legislación interna y, de hecho, es habitual que esto ocurra⁴²⁴. En la normativa internacional y regional, la lista de finalidades de explotación es un *numerus apertus*, mientras que en la española se trata de un *numerus clausus*. Ante la falta de un concepto genérico de explotación, a los efectos de integrar el delito de trata de seres humanos, suele acudir a las definiciones de cada modalidad de explotación contenidas en otros instrumentos internacionales⁴²⁵.

Uno de los posibles motivos por los que no existe una definición internacionalmente aceptada de la explotación son las diferencias entre los estándares mínimos de lo que se consideran condiciones aceptables de trabajo en diferentes países. Ante esta dificultad, VAN LIEMPT propone que cada Estado elabore su definición general de explotación, de acuerdo con los estándares de

vid. BORG JANSSON, D., *Modern Slavery: A Comparative Study of the Definition of Trafficking in Persons*, Brill Nijhoff, Leiden, 2015, p. 86.

⁴²¹ GARCÍA SEDANO, T., “El tipo de trata”, cit., p. 4; TERRADILLOS BASOCO, J.M./ GALLARDO GARCÍA, R.M., “Trata”, cit., p. 181; ESQUINAS VALVERDE, P., “Lección 6”, cit., p. 113. En sentido contrario, MAYORDOMO RODRIGO, V., “Nueva regulación”, cit., p. 354.

⁴²² STOYANOVA, V., *Human Trafficking*, cit. p. 45.

⁴²³ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 5/2011*, cit., II.4.; VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito*, cit., p. 433; CUERDA ARNAU, M.L., “Lección X”, cit., p. 205.

⁴²⁴ Muy crítico con que se amplíe demasiado la definición de trata y que acabe careciendo de significado, vid. QUIRK, J., “When Human Trafficking Means Everything and Nothing”, en BUNTING, A./ QUIRK, J., *Contemporary Slavery, Popular Rethoric and Political Practice*, UBC Press, Vancouver-Toronto, 2017, pp. 67-96.

⁴²⁵ Refuerza esta actuación el hecho de que el propio Protocolo de Palermo (Art. 14) afirma la relación de salvaguarda entre este convenio y los derechos, obligaciones y responsabilidades ya existentes en derecho internacional. Vid. GALLAGHER, A.T., *The International Law*, cit., p. 35.

trabajo allí vigentes⁴²⁶. Esta parece haber sido la opción adoptada por la Corte Suprema de los Países Bajos, que ha elaborado una serie de factores a examinar para valorar la concurrencia de cualquier tipo de situación de explotación. Entre estos factores se encuentra la naturaleza y duración del trabajo, las limitaciones impuestas a los trabajadores y la ventaja económica obtenida por el empleador. Se ha especificado además que no es necesario que concurren todos los factores y que la importancia de cada uno de ellos será sopesada atendiendo al caso concreto⁴²⁷. Entre la doctrina española se ha planteado también la conveniencia de substituir o bien integrar la definición de explotación a través de una cláusula general que abarque todas las modalidades⁴²⁸, sin que, de momento, esta propuesta haya sido adoptada por el legislador o la jurisprudencia.

Una de las principales cuestiones controvertidas en torno al concepto de explotación es clarificar si es necesario que esta tenga carácter económico. Ninguno de los textos normativos analizados en este capítulo esclarece esta cuestión. De hecho, la falta de una mención expresa en la normativa internacional es precisamente el argumento esgrimido por PÉREZ ALONSO para negar que la trata deba estar restringida a la persecución de una finalidad de explotación de tipo económico. Según este autor, cuando un protocolo internacional quiere exigir un ánimo de lucro lo hace expresamente, tal y como ocurre en el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes⁴²⁹. Por tanto, “si en el caso de la trata el protocolo no dice nada sobre el fin de explotación económica es porque no lo considera como algo esencial al concepto de trata”⁴³⁰.

Además, si se identificase la explotación únicamente con actividades lucrativas, se excluirían todos aquellos supuestos en los que la persona que explota obtiene algún otro tipo de beneficio o placer, incluso de carácter personal⁴³¹. Entre esos casos en los que no se persigue un lucro económico se encuentran los supuestos de trata en los que el móvil es tratar a la persona tratada como “objeto de satisfacción y desahogo sexual”⁴³².

⁴²⁶ VAN LIEMPT, I., “Trafficking”, cit., p. 34.

⁴²⁷ ESSER, L.B./ DETTMEIJER-VERMEULER, C.E., “The Prominent Role”, cit., p. 104.

⁴²⁸ Vid. LLORIA GARCÍA, P., “Lección XI”, cit., p. 339.

⁴²⁹ Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que Complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional (15 de noviembre de 2000). El artículo 6 de este texto indica que cada Estado adoptará las medidas necesarias para tipificar como delito estas conductas cuando se cometan intencionalmente y con el fin de obtener, directa o indirectamente, un *beneficio económico* u otro *beneficio de orden material*.

⁴³⁰ PÉREZ ALONSO, E.J., *Tráfico*, cit., p. 185. En esta línea, sostiene que la forma más razonable de tener en consideración el ánimo de lucro sería a través de una circunstancia agravante. En sentido contrario, MAYORDOMO RODRIGO considera que no hay ninguna referencia al ánimo de lucro en la definición por ser implícita a la trata. Vid. MAYORDOMO RODRIGO, V., “Nueva regulación”, cit., p. 361.

⁴³¹ BORG JANSSON, D., *Modern Slavery*, cit., p. 94; VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito*, cit., p. 439; LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., *Conceptualización*, cit., p. 67; PÉREZ ALONSO, E.J., *Tráfico*, cit., p. 185.

⁴³² PÉREZ ALONSO, E.J., *Tráfico*, cit., p. 185.

Es precisamente en el ámbito de la explotación sexual donde la controversia es mayor. En este sentido, la jurisprudencia española considera que el lucro es consustancial al concepto de explotación sexual. Así lo ha entendido la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en relación a la interpretación del concepto de “explotación sexual” contenido en el artículo 318 bis CP, que *mutatis mutandis* es plenamente trasladable al artículo 177 bis CP: “la existencia de ánimo de lucro es inherente a la finalidad de explotación sexual, generalmente a través de actividades de prostitución, de manera que quien explota o pretende explotar la prostitución de otros *no lo hace de forma desvinculada de las ganancias económicas* que el ejercicio de ese comercio supone”⁴³³. “La ganancia económica puede ser fija, variable o a comisión, pero *es preciso, en cualquier caso, que se trate de un beneficio económico directo*”⁴³⁴. En la doctrina no existe una posición unánime al respecto⁴³⁵.

Así las cosas, ante la falta de criterios generales que clarifiquen el concepto de explotación, sigue siendo necesario analizar cada una de las modalidades recogidas en las diferentes definiciones de trata de seres humanos por separado, con el fin de integrar el contenido de esta figura delictiva. Salvando las diferencias en las que se hará hincapié en las siguientes páginas, los posibles tipos de explotación recogidos en los textos normativos analizados son los siguientes: explotación sexual, la imposición de trabajos o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre, la mendicidad y la extracción de órganos.

5.2. La explotación sexual

Uno de los principales debates a la hora de definir la trata de seres humanos ha sido siempre el modo de tipificar la explotación sexual como finalidad de este delito. Durante las discusiones para la elaboración del Protocolo de Palermo, la inclusión del término “prostitución” fue objeto de especial controversia. Los Estados que mantenían una posición abolicionista, en línea con lo sostenido en la Convención de 1949, solicitaban una referencia expresa a la prostitución (tanto forzada como voluntaria). Según ellos, esta referencia serviría para confirmar la oposición internacional, desde el punto de vista legal, a todo tipo de prostitución, al tiempo que se ampliaría el ámbito de aplicación de la definición de trata. Por el contrario, aquellos que se oponían a esta posición

⁴³³ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 5/2011*, cit., apartado II.4.3., citando la STS 378/2011.

⁴³⁴ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 5/2011*, cit., apartado II.4.3., citando la STS 450/2009, STS 1171/2009 y STS 1238/2009.

⁴³⁵ Consideran que la explotación sexual requiere ánimo de lucro: GUIASOLA LERMA, C., “Formas Contemporáneas de esclavitud”, cit., p. 206; ESQUINAS VALVERDE, P., “Lección 6”, cit., pp. 114-115. Consideran que la explotación sexual requiere cualquier tipo de beneficio, incluso el personal, sin que sea necesariamente económico: GARCÍA SEDANO, T., “El tipo de trata”, cit., p. 6; GUARDIOLA LAGO, M.J., *El Tráfico*, cit. p. 337.

sostenían que la inclusión de la prostitución voluntaria como una de las finalidades de la trata expandiría excesivamente la definición del delito, desviando la atención y los recursos del problema real. Argumentaban, por ejemplo, que pequeños fraudes o engaños para incitar a alguien a dedicarse a la prostitución podrían terminar constituyendo trata. Para evitarlo, proponían introducir la palabra “forzada” antes de “prostitución”, o simplemente eliminar la referencia a la prostitución, entendiendo que la explotación sexual ya está incluida en el concepto de trabajos o servicios forzados⁴³⁶.

Finalmente, tal y como se había hecho con otras cuestiones controvertidas, la redacción definitiva de este texto internacional recogió una fórmula ambigua: “explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual”. Esta redacción no aclara si hay que incluir únicamente la prostitución forzada o también la voluntaria y permite a los Estados decidir qué tipo de prostitución incriminar en su legislación interna⁴³⁷. Esta misma fórmula fue adoptada también en la legislación europea en la materia.

Con el objetivo de evitar posicionarse sobre la cuestión de la prostitución, los organismos supranacionales han sido reacios a ofrecer un concepto que verdaderamente delimite el significado de “explotación de la prostitución ajena” o de “explotación sexual”. A nivel internacional, según la Ley modelo contra la Trata de Personas, “por “explotación de la prostitución ajena” se entenderá la obtención ilícita de beneficios financieros u otro tipo de beneficios materiales mediante la prostitución de otra persona”⁴³⁸. Así, la fórmula sigue siendo abierta, pues el modo en el que los Estados describan la ilicitud determinará el ámbito de aplicación de esta expresión. Por otra parte, este mismo texto se refiere a la explotación sexual como “la obtención de beneficios económicos o de otro tipo mediante la participación de una persona en la prostitución, la servidumbre sexual u otros tipos de servicios sexuales, incluidos los actos pornográficos o la producción de material pornográfico”⁴³⁹. De nuevo, la Ley modelo contra la trata de personas de la UNODC tampoco contribuye a aclarar el significado del término, ofreciendo lo que ELLIOT ha calificado como una “definición circular”⁴⁴⁰.

La falta de una definición clara a nivel internacional de lo que debería entenderse por explotación sexual ha sido fuertemente criticada. Una

⁴³⁶ Sobre los debates ideológicos sobre prostitución en la redacción del Protocolo de Palermo, vid. GALLAGHER, A.T., *The International Law*, cit., p. 27; ELLIOT, J., *The Role*, cit. pp. 108 y ss.; STOYANOVA, V., *Human Trafficking*, cit., pp. 58-65; ROTH, V., *Defining Human Trafficking*, cit., pp. 69 y ss.; JORDAN, A.D., *The Annotated Guide*, cit., p. 8. Sobre este debate en general en la doctrina española, vid., entre muchas otras referencias: VILLACAMPA ESTIARTE, C. (Coord.), *Prostitución: ¿hacia la legalización?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012; IGLESIAS SKULJ, A./ PUENTE ABA, L.M. (Coords.), *Sistema penal y perspectiva de género: trabajo sexual y trata de personas*, Comares, Granada, 2012.

⁴³⁷ UNODC, *Trabajos Preparatorios*, cit., p. 347; JORDAN, A.D., *The Annotated Guide*, cit., p. 8.

⁴³⁸ UNODC, *Ley modelo*, cit., Capítulo II 1 h), p. 14.

⁴³⁹ *Ibid.*, Capítulo II 1 s), p. 21.

⁴⁴⁰ ELLIOT, J., *The Role*, cit. p. 79.

interpretación amplia de esta finalidad, en conjunto con una definición también laxa de medios como el abuso de superioridad o de la posición de vulnerabilidad de la víctima, podría dar lugar a la criminalización de la prostitución o de la pornografía per se. Algo que, como apunta GALLAGHER, está lejos de la verdadera intención de los redactores del Protocolo de Palermo⁴⁴¹. En sentido contrario, para otros autores es justificable la indefinición del concepto de explotación sexual, teniendo en cuenta que existen múltiples y diversas variables culturales y sociales que determinan qué actividades tienen o no naturaleza sexual, así como qué condiciones constituyen explotación en cada país⁴⁴².

Por su parte, el Código Penal español recoge una redacción diferente, sin que tampoco quede dilucidada esta cuestión. El artículo 177 bis se refiere a la “explotación sexual, incluyendo la pornografía”. Por “explotación sexual” ha de entenderse la imposición de conductas sexuales contra la voluntad de la víctima⁴⁴³. Así, se incluye la prostitución forzada cuando se trata de adultos y de cualquier tipo cuando se trate de menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, en los términos establecidos en los artículos 187 y 188 CP⁴⁴⁴. Además, de acuerdo con la jurisprudencia, “con ello se está comprendiendo no solo cualquier actividad sexual que pudiera integrarse en el ámbito de la prostitución coactiva, como el alterne (STS 728/2005) o los llamados masajes eróticos (STS 556/2008), sino también cualquier otra práctica de naturaleza erótico-sexual como la participación en espectáculos exhibicionistas o «strip tease» (STS 1428/2000)”⁴⁴⁵. Respecto de la mención expresa de la pornografía, el Tribunal Supremo ha reconocido que se trata de un “concepto difuso”, que abarcaría cualquier actividad dirigida a la confección de material audiovisual en el que con finalidad de provocación sexual, se contengan imágenes o situaciones impúdicas todo ello sin perjuicio de que, en esta materia las normas deben ser interpretadas de acuerdo con la realidad social, como impone el art. 3.1 del Código civil (STS 373/2011)⁴⁴⁶. Desde la doctrina se ha añadido que esta modalidad de trata podría incluir la compraventa de esposas o novias, el turismo sexual, la captación de esclavas sexuales en conflictos armados, o incluso los

⁴⁴¹ Vid. GALLAGHER, A.T., *The International Law*, cit., p. 39.

⁴⁴² ELLIOT, J., *The Role*, cit. p. 79-80.

⁴⁴³ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “Título VII bis”, cit., p. 467.

⁴⁴⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Título VII bis”, cit., p. 1256. Sobre los aspectos más controvertidos de estos artículos vid. GAVILÁN RUBIO, M., “Los delitos relativos a la prostitución en la actual legislación penal”, *La Ley Penal*, núm. 109, julio-agosto 2014, pp. 1-6; GARCÍA ARÁN, M., “Trata de personas y regulación de la prostitución”, en PÉREZ ALONSO, E. (Dir.), *El Derecho*, cit., pp. 655-676; MORALES HERNÁNDEZ, M.A., “Lucrarse de la prostitución ajena aun con el consentimiento de la persona prostituida: análisis del artículo 187 del Código Penal”, en PÉREZ ALONSO, E./OLARTE ENCABO, S. (Dirs.), et al., *Formas contemporáneas*, cit., pp. 483-521.

⁴⁴⁵ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 5/2011*, cit., apartado II.4.2.

⁴⁴⁶ *Ibid.*

matrimonios forzados⁴⁴⁷. Esta última tipología ha sido incluida como modalidad independiente tras la reforma de 2015.

Finalmente, es importante destacar la problemática concursal que se plantea en el ordenamiento jurídico español entre el delito de trata de seres humanos para la explotación sexual y los delitos relativos a la prostitución recogidos en los artículos 187 y siguientes del CP. Como regla general, doctrina y jurisprudencia entienden unánimemente que se aplicarán ambos delitos en relación de concurso medial⁴⁴⁸. Esta solución resulta lógica si se entiende que la trata es el proceso (delito medio) hacia la explotación (delito fin). No obstante, el artículo 189.1 CP presenta particularidades que impiden aplicar este mismo criterio. Dado que este precepto castiga la *captación* de menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección para su intervención en espectáculos exhibicionistas y pornográficos, tiene lugar un solapamiento normativo con las conductas previstas en el artículo 177 bis CP, fruto de la utilización de una técnica legislativa deficiente. En este caso, para evitar el indebido privilegio punitivo que se produciría al aplicar el artículo 189.1 CP, que prevé una pena inferior a la del tipo básico de trata, el concurso aparente de normas se resolverá en favor del delito de trata⁴⁴⁹. La conducta prevista en el artículo 189.1 CP quedaría reservada para los supuestos de captación de personas con discapacidad necesitadas de especial protección para su intervención en espectáculos exhibicionistas y pornográficos en los que no concurren medios comisivos y, en consecuencia, no tengan cabida en el artículo 177 bis CP.

5.3. Los trabajos o servicios forzados

Aunque frecuentemente se haga referencia a la “explotación laboral”, lo cierto es que este término, como tal, no aparece recogido en ninguno de los textos normativos aquí analizados. Con él se suele englobar a varias finalidades de explotación que sí se explicitan en la definición internacional, europea y española de trata: el trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud y la servidumbre. Ninguno de los conceptos de trata aquí analizados define estas modalidades de explotación, por lo que es necesario acudir a otros textos internacionales para ofrecer una definición jurídico-penal de estos

⁴⁴⁷ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito*, cit., p. 439; GUARDIOLA LAGO, M.J., *El Tráfico*, cit. p. 336.

⁴⁴⁸ Así lo estableció el TS en numerosas ocasiones. Por citar algunos ejemplos recientes: STS 807/2016, de 27 de octubre; STS 14/2018, de 22 de marzo. En la doctrina, vid., por todos: VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito*, cit., p. 488; ESQUINAS VALVERDE, P., “Lección 6”, cit., p. 109; PÉREZ CEPEDA, A.I., “Lección X”, cit., pp. 248-249.

⁴⁴⁹ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito*, cit., p. 173; VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito*, cit., p. 439; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 5/2011*, cit., II.4.1.

términos⁴⁵⁰. Esta subsección se centrará en el estudio de la primera de ellas: los trabajos o servicios forzados.

A diferencia de lo que ocurre con la explotación sexual, sí han existido esfuerzos por aportar un concepto de trabajo forzoso por parte de la comunidad internacional. El Convenio núm. 29 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativo al trabajo forzoso u obligatorio, adoptado en Ginebra en 1930, estableció que “la expresión trabajo forzoso u obligatorio designa todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente” (art. 2). De este concepto se desprenden dos elementos básicos. En primer lugar, se exige que el trabajo se realice bajo la amenaza de una pena o sanción. En segundo lugar, la determinación del trabajo forzoso se basa en la ausencia de consentimiento o falta de voluntad para realizar el servicio.

Esta definición, al igual que la de esclavitud y servidumbre, fue creada mucho antes de la redacción del Protocolo de Palermo y en un contexto histórico y social muy diferente del actual. Por ello, ante la falta de definiciones más recientes, es muy controvertido determinar su significado y su aplicación a la casuística actual⁴⁵¹.

Ante esta situación, la OIT proporcionó en 2005 una serie de notas sobre las características definitorias del trabajo forzoso basadas en la experiencia adquirida en la práctica. En ellas se aclara que la amenaza de una pena ha de ser entendida en sentido muy amplio, de manera que no tiene por qué ser necesariamente una sanción penal, sino que se incluye cualquier pérdida de derechos y privilegios⁴⁵². Esta aclaración es relevante porque el objetivo original de la Convención núm. 29 eran los trabajos forzados impuestos por el Estado, de ahí la utilización del término “pena”⁴⁵³. Además, la amenaza de una pena puede adoptar diversas formas, desde violencia física o confinamiento, más ligadas a una visión clásica del trabajo forzoso, a otras más sutiles, como penalizaciones económicas derivadas de deudas, despido del puesto de trabajo, cambio a condiciones laborales todavía peores, etc.⁴⁵⁴. De este modo, se abarcaría, por

⁴⁵⁰ SÁNCHEZ DOMINGO, M.B., “Trata”, cit., p. 187. Sobre el trabajo forzoso en el ordenamiento jurídico español vid. GARCÍA SEDANO, T., “En las antípodas del trabajo decente: el trabajo forzoso”, *Lan Harremanak: Revista de Relaciones Laborales*, núm. 39, 2018, pp. 18 y ss.

⁴⁵¹ GALLAGHER, A.T., “The International Legal Definition”, cit., pp. 99-100; OLLUS, N., “Regulating forced labour and combating human trafficking: the relevance of historical definitions in a contemporary perspective”, *Crime, Law and Social Change*, núm. 63, 2015, pp. 240-241; STOYANOVA, V., *Human Trafficking*, cit., p. 66.

⁴⁵² OIT, *Una alianza global contra el trabajo forzoso*, Conferencia Internacional del Trabajo, 93ª reunión, 2005, p. 5.

⁴⁵³ SCARPA, S., “The Nebulous Definition of Slavery: Legal versus Sociological Definitions of Slavery”, en WINTERDYK, J./ JONES, J. (Eds.), *The Palgrave International Handbook of Human Trafficking*, Palgrave Macmillan, Cham, 2019, p. 9.

⁴⁵⁴ OIT, *Una alianza global contra el trabajo forzoso*, Conferencia Internacional del Trabajo, 93ª reunión, 2005, p. 6.

ejemplo, la amenaza de pérdida del estatus migratorio regular o de deportación, en caso de no realizar el trabajo o servicio impuestos⁴⁵⁵.

En segundo lugar, la OIT enumeró una lista factores que evidencian la ausencia de consentimiento. Algunos de ellos siguen un enfoque de corte esclavista (nacimiento en la esclavitud, venta de una persona a otra, etc.), pero otros, como el endeudamiento inducido, el engaño sobre el tipo y condiciones de trabajo, la retención e impago de salarios o la retención de documentos de identidad, son habituales en los modos contemporáneos de la trata laboral⁴⁵⁶.

Así pues, con esta aclaración de la definición redactada en 1930, la OIT parece optar por una interpretación amplia del concepto de trabajos forzados en la normativa internacional. Una interpretación que no impida la identificación como víctimas de trata de personas, en su mayoría migrantes, sometidas a graves modalidades contemporáneas de explotación laboral. Como señala OLLUS, en la sociedad actual deviene clave una redefinición del trabajo forzoso que se centre en la falta de alternativas, derechos y capacidad de agencia del trabajador, así como en la imposibilidad de dejar su trabajo⁴⁵⁷. Con todo, la OIT matiza que el trabajo forzoso constituye una grave violación de los derechos humanos y una restricción de la libertad personal, por lo que no puede equipararse simplemente con salarios bajos o condiciones de trabajo precarias, ni con situaciones de mera necesidad económica, en las que el trabajador se siente incapaz de dejar un puesto de trabajo debido a la falta, real o supuesta, de alternativas de empleo⁴⁵⁸.

Aunque la definición de trabajos forzados proporcionada por la OIT ha sido ampliamente apoyada por la comunidad internacional, algunos países han optado por incluir en sus códigos penales una definición propia. En Alemania se entiende que la trata laboral se produce si el empleo se lleva a cabo en condiciones de trabajo que son notablemente diferentes a las de otros que realizan la misma o una actividad similar⁴⁵⁹. En Francia y Bélgica se ha optado por definir el trabajo forzado como aquel que se realiza en condiciones contrarias a la dignidad humana⁴⁶⁰. Estas definiciones ponen el foco de atención en las condiciones de trabajo y no en la amenaza de una pena o la falta de consentimiento, como hace la OIT. Con esta interpretación pretenden no solo transmitir el mensaje de que nadie puede consentir trabajar en condiciones inhumanas, sino también salvar las dificultades derivadas de la prueba de la

⁴⁵⁵ GALLAGHER, A.T., *The International Law*, cit., p. 36; VAN VOORHOUT, J.C., "Human Trafficking", cit., pp. 59-60.

⁴⁵⁶ OIT, *Una alianza*, cit., p. 6. Vid. También DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito*, cit., p. 113.

⁴⁵⁷ OLLUS, N., "Regulating forced labour", cit., p. 242.

⁴⁵⁸ OIT, *Una alianza*, cit., p. 5.

⁴⁵⁹ *Strafgesetzbuch* (StGB), § 232. Vid. MALPANI, R., "Legal Aspects", cit., p. 15.

⁴⁶⁰ En Francia, Art. 225-4-1 *Code pénal*; en Bélgica, Art. 433quinquies *Code pénal*. Al respecto, vid. MALPANI, R., "Legal Aspects", cit., pp. 15-16. Sobre el modo en que se definen los trabajos forzados en Bélgica, vid. VAN VOORHOUT, J.C., "Human Trafficking", cit., p. 52-54.

amenaza de una pena y la falta de consentimiento⁴⁶¹. Otros países, en lugar de actualizar la definición de trabajos forzados, optan por incluir la explotación laboral entre las finalidades de la trata.

En el caso de España, el artículo 177 bis CP copia de nuevo a la normativa internacional e incluye en las modalidades de la trata “la imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad”, sin definir en ningún momento ninguno de estos términos. En lo que a los trabajos forzados se refiere, ha de acudir para su delimitación al Convenio núm. 29 de la OIT, del que España es parte desde 1932. Esto traslada al ordenamiento jurídico español la misma problemática a la que se hacía referencia con anterioridad en relación a la normativa internacional: la posibilidad de incluir determinadas modalidades contemporáneas de explotación en el concepto de trabajos forzados. Este sería el caso, por ejemplo, de relaciones laborales en las que se impone al trabajador condiciones que se sitúan por debajo de los estándares legales, como la remuneración escasa o nula, las jornadas laborales interminables, la inexistencia de medidas de seguridad e higiene, la imposición de multas de manera arbitraria, etc⁴⁶².

A día de hoy no existe en el ordenamiento jurídico español un tratamiento jurídico unívoco de estas conductas. El Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 14 de diciembre de 2008 incluía expresamente la explotación laboral (“explotar su trabajo o sus servicios, incluidos el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o la servidumbre”), pero esta referencia se suprimió en el proyecto de 2009 y en el texto que finalmente fue aprobado. Esta eliminación parece indicar que el legislador español es partidario de una interpretación restrictiva o en sentido clásico del concepto de trabajos forzados, reservándolo para los supuestos más graves y dejando fuera del ámbito de la trata la imposición de condiciones laborales injustas⁴⁶³. Desde la doctrina se ha afirmado que “la imposición de condiciones de trabajo inferiores a los mínimos legales no parecen tener la entidad suficiente como para ser equiparadas, ab initio, a la esclavitud, la servidumbre o los trabajos forzados, y por tanto, aun admitiendo la analogía, quedarían fuera del marco de la trata”⁴⁶⁴. En este sentido, POMARES CINTAS señala que “la imposición de jornadas laborales sin límite, sin períodos de descanso, escasa -o nula- percepción de remuneración”, a pesar de suponer una “explotación económica”, entendida esta como “apropiación del valor del trabajo con finalidad productiva perjudicando ilícitamente sus derechos socio-laborales”, no alcanzaría el mínimo exigido por las conductas incluidas en

⁴⁶¹ MALPANI, R., “Legal Aspects”, cit., p. 16.

⁴⁶² DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito*, cit., p. 109; POMARES CINTAS, E., *El Derecho*, cit., p. 123; REQUEJO NAVEROS, M.T., “El delito”, cit., p. 45.

⁴⁶³ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., “Trata”, cit., p. 5.

⁴⁶⁴ TERRADILLOS BASOCO, J.M., “El delito”, cit., p. 154; SÁNCHEZ DOMINGO, M.B., “Trata”, cit., pp. 189-193; MAQUEDA ABREU, M.L., “Trata y esclavitud”, cit., pp. 1256-1257.

la actual definición de trata⁴⁶⁵. Esto es así porque, en puridad, los trabajos forzados requieren “imponer la realización del trabajo mismo”, y no tanto la explotación del trabajo mediante la imposición condiciones ilícitas que vulneran los derechos socio-laborales⁴⁶⁶. De hecho, en la práctica, ante la falta de una tipificación específica de la trata para la explotación laboral, los supuestos que no alcanzan la entidad que requieren los trabajos o servicios forzosos se reconducen a los delitos contra los derechos de los trabajadores (arts. 311 y ss.), sancionados con penas menos graves⁴⁶⁷.

Frente a las dificultades a la hora de aplicar el concepto de trabajos forzados, se plantean dos posibles soluciones. La primera de ellas consiste en reinterpretar y actualizar el concepto de trabajo forzoso, para que estas formas de explotación laboral tengan cabida en él⁴⁶⁸. Esta propuesta conduciría a un concurso entre el delito de trata con el propósito de imponer trabajos forzados (para castigar el proceso hacia la explotación) y los delitos contra los derechos de los trabajadores de los artículos 311 y siguientes (para castigar la situación de explotación), al no existir en el Código Penal ningún precepto que tipifique directamente los trabajos forzados. Esta solución, que también es frecuente en la jurisprudencia, ha sido criticada por la doctrina por su incoherencia. Como se señalaba antes, las finalidades de la trata del artículo 177 bis poco tienen que ver con los delitos contra los derechos de los trabajadores⁴⁶⁹. Ciertamente, el artículo 311 CP no cubre todo el desvalor de los trabajos forzados, ni mucho menos de la esclavitud, y no parece correcto ni proporcional sancionar la acción de someter a la víctima de trata a condiciones de trabajos forzados o esclavitud por el artículo 311 bis CP⁴⁷⁰. Por ello, con independencia de la opción que se elija en relación con

⁴⁶⁵ Vid. POMARES CINTAS, E., “El delito”, cit., pp. 15-16.

⁴⁶⁶ POMARES CINTAS, E., *El Derecho*, cit., p. 129.

⁴⁶⁷ LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., *Conceptualización*, cit., pp. 178-179; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., “Trata”, cit., p. 5. Sobre estos delitos, vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho Penal del trabajo: los delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020; SÁNCHEZ DOMINGO, M.B., “Trata”, cit., pp. 188-193; POMARES CINTAS, E., *El Derecho*, cit., pp. 57-120.

⁴⁶⁸ Se muestra explícitamente partidario de esta opción DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito*, cit., p. 109.

⁴⁶⁹ SÁNCHEZ DOMINGO, M.B., “Trata”, cit., pp. 189-192. Entre otros factores, SÁNCHEZ DOMINGO apunta a que el 177 bis no protege los derechos laborales, puesto que la víctima no tiene por qué tener reconocida la condición de trabajador.

⁴⁷⁰ GUIASOLA LERMA, C., “Formas Contemporáneas de esclavitud”, cit., p. 211; SÁNCHEZ DOMINGO, M.B., “Trata”, cit., p. 192; MAQUEDA ABREU, M.L., “Trata y esclavitud”, cit., pp. 1256-1257; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., “Trata”, cit., p. 5; POMARES CINTAS, E., *El Derecho*, cit., p. 139; PÉREZ ALONSO, E., “Tratamiento jurídico-penal de las formas contemporáneas de esclavitud”, en PÉREZ ALONSO, E. (Dir.), *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 355; VALVERDE CANO, A.B., “Ausencia de un delito de esclavitud”, cit., pp. 436 y ss.

Algún sector de la doctrina sugiere que el desvalor añadido de cosificación e instrumentalización del ser humano que suponen los trabajos o servicios forzados podría quedar satisfecha con la aplicación de un delito contra la integridad moral del artículo 173.1 CP. Vid. MAQUEDA ABREU, M.L., “Trata y esclavitud”, cit., p. 1257.

la trata, es recomendable la tipificación expresa e independiente de la trata de los trabajos forzados y la esclavitud⁴⁷¹.

La otra solución consistiría en incluir la explotación laboral de modo explícito en la definición de trata⁴⁷². De este modo, se garantizaría que los trabajos forzados y la esclavitud quedasen reservados para supuestos más graves, evitando al mismo tiempo la impunidad de situaciones de explotación laboral que no encajan en la definición clásica de las finalidades anteriores. No se trataría de convertir en trata cualquier vulneración de la normativa laboral, sino formas de explotación degradantes, contrarias a la dignidad humana⁴⁷³. Así, del mismo modo que los delitos relativos a la prostitución (arts. 187 y ss. CP) se utilizan para integrar el concepto de explotación sexual, podrían tomarse como referencia los requisitos de los delitos de los arts. 311 y ss. CP para interpretar el concepto de explotación laboral. De ser efectiva la explotación laboral, se aplicaría entonces el delito de trata con fines de explotación laboral en concurso con el correspondiente delito contra los derechos de los trabajadores. De todos modos, para que esta segunda propuesta goce de verdadera coherencia y fidelidad al principio de proporcionalidad, se requiere en todo caso la introducción de un delito de trabajos forzados, que castigue la materialización de este propósito de la trata, reservado para los casos más graves.

Finalmente, es necesario mencionar que todas las definiciones de trata aquí analizadas no hablan solo de trabajos forzados, sino también de “servicios forzados”. El servicio, al igual que el trabajo, ha de reunir “las notas de ajenidad y productividad en sentido amplio”⁴⁷⁴. Además, en los servicios forzados deben concurrir las notas de apropiación ilícita del valor del servicio y sometimiento de la persona que lo realiza a una situación de total disponibilidad al empleador⁴⁷⁵. Partiendo de estas notas definitorias, el concepto de servicios forzados es tan amplio que en él solían incluirse los casos de explotación para realización de actividades delictivas o los matrimonios forzados, antes de estar incluidas como modalidad de explotación independiente en el artículo 177 bis. Esta amplitud permite que se plantee la posibilidad de incluir aquí la trata para realizar experimentos clínicos o farmacéuticos y la maternidad subrogada⁴⁷⁶, siempre y

⁴⁷¹ MAQUEDA ABREU, M.L., “Trata y esclavitud”, cit., p. 1260; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., “Trata”, cit., p. 5; PÉREZ ALONSO, E., “Tratamiento jurídico-penal”, cit., pp. 360-364.

⁴⁷² LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., *Conceptualización*, cit., pp. 178-179; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., “Trata”, cit., p. 8. En sentido contrario, VILLACAMPA ESTIARTE no considera apropiado incluir una referencia a la explotación laboral porque hacerlo supondría “enmarañar más la redacción típica del precepto”. VILLACAMPA ESTIARTE, C., “XXI. El delito de trata de seres humanos”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 399-419.

⁴⁷³ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., “Trata”, cit., p. 8.

⁴⁷⁴ POMARES CINTAS, E., “El delito”, cit., p. 21.

⁴⁷⁵ Ibid.

⁴⁷⁶ Sobre la posibilidad de incluir en los servicios forzados la realización de experimentos farmacológicos, vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito*, cit., p. 434. ACALE SÁNCHEZ considera que “el uso de mujeres objeto de trata como vientres a fecundar”, debería ser previsto de forma expresa,

cuando se cumplan los requisitos exigidos por la legislación internacional para el trabajo forzoso, esto es, la amenaza de una pena y la ausencia de consentimiento.

5.4. La esclavitud o prácticas análogas

El concepto de trata de seres humanos ha estado ligado al de esclavitud desde sus orígenes. Ambos han estado siempre tan estrechamente relacionados que es muy habitual que la trata se denomine directamente “esclavitud moderna”⁴⁷⁷. Sin perjuicio de la validez de esta expresión desde el plano sociológico, en lo estrictamente jurídico no es posible identificar ambos términos⁴⁷⁸. De acuerdo con el concepto manejado en la normativa internacional, europea y española, la esclavitud es solo una de las finalidades de la trata de seres humanos. La actual definición de trata pretende abarcar un espectro de propósitos mucho más amplio, que incluya modalidades de explotación distintas a las recogidas en los tratados contra la esclavitud⁴⁷⁹. Además, analizando la diferencia entre estos dos términos desde otro ángulo, la trata de seres humanos es un mecanismo para conseguir esclavizar a las personas⁴⁸⁰. Esto es, una persona puede ser sometida a la esclavitud sin haber sido víctima de la trata de seres humanos. De hecho, como apunta VILLACAMPA ESTIARTE, solo un pequeño porcentaje de las personas esclavizadas en el mundo han sido previamente objeto de trata⁴⁸¹.

Tal y como ocurría con los trabajos forzosos, para integrar el concepto de esclavitud a los efectos de delimitar la definición de la trata es necesario acudir a convenios internacionales adoptados mucho antes que el Protocolo de Palermo. La Convención sobre la Esclavitud, adoptada en Ginebra en 1926, define la esclavitud como “el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan

aunque nada impide entender que se trata de alguna forma de explotación sexual, si bien en este caso no tiene un carácter sexual, sino biológico. Vid. ACALE SÁNCHEZ, M., *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas*, cit., p. 339. En sentido contrario a las anteriores, RUBIO LARA y PÉREZ ALBALADEJO (“El delito de trata”, cit., p. 225) consideran que la lista de finalidades de explotación es tasada, por lo que deben excluirse fines distintos a los expresamente mencionados. Comparten esta última postura: LLORIA GARCÍA, P., “El delito”, cit., p. 382; PÉREZ CEPEDA, A.I., “Lección X”, cit., p. 245.

⁴⁷⁷ Esta expresión fue acuñada por BALES, K. (*Disposable people*, cit.)

⁴⁷⁸ El propio BALES reconoce que su definición amplia de esclavitud tiene un carácter fundamentalmente sociológico. Vid. ALLAIN, J./ BALES, K., “Slavery and Its Definition”, *Global Dialogue*, vol. 14, núm. 2, 2012, pp. 1-8. Sobre las diferencias entre la definición legal y sociológica de esclavitud, vid. SCARPA, S., “The Nebulous Definition of Slavery: Legal versus Sociological Definitions of Slavery”, en WINTERDYK, J./ JONES, J. (Eds.), *The Palgrave International Handbook of Human Trafficking*, Palgrave Macmillan, Cham, 2019, pp. 1-13.

⁴⁷⁹ ELLIOT, J., *The Role*, cit. p. 91; UNODC, *Global Report*, cit., pp. 15-16.

⁴⁸⁰ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito*, cit., p. 58; GUIASOLA LERMA, C., “Formas Contemporáneas de esclavitud”, cit., p. 178; MAQUEDA ABREU, M.L., “Trata y esclavitud”, cit., p. 1253.

⁴⁸¹ Ibid. Según VILLACAMPA ESTIARTE, la mayor parte de los esclavos son sedentarios y permanecen en sus países de origen. En Asia, América Latina y África subsahariana, solo un 20% de esclavos han sido víctimas de trata. El porcentaje es mayor en los países industrializados y Oriente Medio, donde se alcanza el 75%.

los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos” (art. 1.1.)⁴⁸². Con “derecho de propiedad” se hace referencia al “derecho” a usar, obtener beneficios del trabajo, o comprar, vender y quizás hasta destruir a otro individuo⁴⁸³. En el Derecho Penal español, el artículo 607 bis 2 10º CP, que criminaliza la esclavitud cuando forma parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o una parte de ella, hace referencia a “la situación de la persona sobre la que otro ejerce, incluso de hecho, todos o algunos de los atributos del derecho de propiedad, como comprarla, venderla, prestarla o darla en trueque”.

De nuevo, se trata de una definición creada en un contexto histórico muy diferente al actual, por lo que para algunos autores sería necesario adaptarla a las circunstancias contemporáneas⁴⁸⁴. Afortunadamente, los casos de esclavitud entendida en sentido clásico, como el ejercicio legal de un derecho de propiedad sobre otra persona, son poco comunes en la actualidad⁴⁸⁵. En nuestra sociedad, la esclavitud ya no tiene que ver con un derecho de propiedad sobre una persona, sino con el ejercicio fáctico de los atributos de ese supuesto derecho de propiedad del que se hablaba antaño⁴⁸⁶. Así lo indica el artículo 607 bis 2 10º CP de modo expreso con la fórmula “incluso de hecho”. Lo que permite reconocer a la esclavitud en la actualidad es la actitud de dominio y transacción comercial de una persona sobre otra⁴⁸⁷. En este sentido, la esclavitud está estrechamente relacionada con la acción de “intercambio o transferencia de control sobre esas personas” y con el medio comisivo de la “entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima”.

Un sector de la doctrina española se ha planteado su supresión de la definición de trata al considerar que su inclusión expresa constituye una

⁴⁸² La Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, hecha en Ginebra en 1956, define la esclavitud en idénticos términos (Art. 7).

⁴⁸³ ELLIOT, J., *The Role*, cit. p. 87.

⁴⁸⁴ LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., *Conceptualización*, cit., p. 65. De hecho, BALES, TRODD y WILLIAMSON identifican 4 modalidades de esclavitud en la actualidad: la prendaria o clásica (*chattel slavery*); por endeudamiento (*debt bondage*); la contractual, que abarcaría las modernas formas de explotación laboral; y el trabajo forzoso, entendido este último como una situación impuesta por un gobierno u organismo oficial, no en el sentido definido por el Convenio de la OIT. Vid. BALES, K./ TRODD, Z./ WILLIAMSON, A.K., *Modern Slavery: a Beginner's Guide*, Oneworld, Oxford, 2011.

⁴⁸⁵ No obstante, todavía se producen, fundamentalmente en el norte y oeste de África. Vid. BALES, K., et. al., *Modern Slavery*, cit. En este sentido, vid. también PÉREZ ALONSO, E., “Tratamiento jurídico-penal”, cit., p. 334.

⁴⁸⁶ MAQUEDA ABREU, M.L., “Trata y esclavitud”, cit., p. 1261; POMARES CINTAS, E., *El Derecho*, cit., pp. 129-130; GARCÍA ARÁN, M., “Capítulo I. Introducción”, en GARCÍA ARÁN, M. (Coord.), *Trata de personas y explotación sexual*, Comares, Granada, 2006, pp. 5 y 17; BONET PÉREZ, J., “La interpretación de los conceptos de esclavitud y de otras prácticas análogas a la luz del ordenamiento jurídico internacional: aproximación teórica y jurisdiccional”, en PÉREZ ALONSO, E. (Dir.), *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 208; PÉREZ ALONSO, E., “Tratamiento jurídico-penal”, cit., pp. 334-335.

⁴⁸⁷ LLORIA GARCÍA, P., “El delito”, cit., pp. 383-384.

reiteración legislativa, argumentado que toda conducta de esclavitud ha de implicar necesariamente la explotación sexual o laboral, por lo que estos términos serían suficientes para abarcar cualquier situación de esclavitud⁴⁸⁸. El inconveniente fundamental de esta postura tiene que ver con el hecho, señalado anteriormente, de que la jurisprudencia española sigue exigiendo el ánimo de lucro en la explotación. Con esta supresión, prácticas que no necesariamente reporten un beneficio económico quedarían fuera del ámbito de la trata⁴⁸⁹. Por tanto, al menos mientras este sea el criterio sostenido con referencia a la explotación, es conveniente mantener la referencia expresa a la esclavitud⁴⁹⁰. Del mismo modo, igual que acontecía con los trabajos o servicios forzosos, es recomendable la tipificación expresa de la esclavitud, no solo cuando constituya un delito de lesa humanidad del artículo 607 CP⁴⁹¹.

Por otra parte, todas las definiciones de trata analizadas incluyen, además de la esclavitud, las prácticas análogas a esta⁴⁹². La Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, hecha en Ginebra en 1956, indica que estas prácticas abarcan la servidumbre por deudas, la servidumbre de la gleba, los matrimonios forzosos, la transmisión o venta de esposas, así como la entrega o venta de menores para su explotación (art. 1). Como veremos, este modo de explicar qué son las prácticas análogas a la esclavitud resulta reiterativo y tautológico a la hora de integrar el significado de esta finalidad de la trata. Resulta reiterativo porque se produce una superposición entre lo que el derecho internacional define como prácticas análogas a la esclavitud y otras finalidades de la trata. La servidumbre, y también los matrimonios forzados en la legislación española, están tipificados como finalidades de la trata dos veces. Nos centraremos en el análisis de su definición en las secciones posteriores.

En lo que respecta a la compra de menores, la Convención de 1956 considera práctica análoga a la esclavitud “toda institución o práctica en virtud de la cual un niño o joven menor de 18 es entregado por sus padres, uno de ellos, tutor, u otra persona, mediante remuneración o sin ella, con el propósito de que se explote la persona o el trabajo del niño o joven” (art. 1). A los efectos de integrar el concepto de trata, esta definición no deja de ser un concepto circular,

⁴⁸⁸ Vid. POMARES CINTAS, E., “El delito”, cit., p. 19; GARCÍA ARÁN, M., “Capítulo I”, cit., pp. 20-21.

⁴⁸⁹ En este sentido, la Circular 5/2011 señala que la esclavitud sexual y la explotación sexual son finalidades de la trata diferentes porque representan delitos diferentes: la explotación sería un delito de prostitución y la esclavitud sería un delito de agresión sexual. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 5/2011*, cit., apartado II.4.1.

⁴⁹⁰ En este sentido, DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito*, cit., p. 120.

⁴⁹¹ Sobre la necesidad de crear un nuevo delito de esclavitud, vid., por todos, MAQUEDA ABREU, M.L., “Trata y esclavitud”, cit., pp. 1263-1264.

⁴⁹² La inclusión de la expresión “prácticas análogas a la esclavitud” en el Código Penal ha sido fuertemente criticada por constituir una “analogía de creación de un hecho penal, lo que está constitucionalmente vedado”, por lo que se plantea que sea “tenida por no puesta”. Vid. QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal*, cit., p. 200.

y en cierto modo tautológico, conforme al cual los menores están sometidos a prácticas similares a la esclavitud si son explotados, y son explotados si están sometidos a prácticas similares a la esclavitud⁴⁹³. Conforme a este criterio, la compra de menores y las adopciones ilegales solo podrán constituir una finalidad de la trata cuando se hayan realizado con la intención de explotar al menor adoptado⁴⁹⁴. La tipicidad de estas conductas queda, por tanto, pendiente de una definición de explotación que habría que buscar en otros textos normativos.

5.5. La servidumbre

En el caso de la servidumbre, incluida en todas las definiciones de trata aquí analizadas, no existe una definición general en el Derecho internacional. No obstante, la Ley modelo de la UNODC contra la trata de personas ofrece un concepto basado en la prohibición de esta conducta contenida en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (art. 4) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 8). De acuerdo con este concepto, por “servidumbre” se entienden “las condiciones de trabajo o la obligación de trabajar o prestar servicios de [la] que la persona en cuestión no puede escapar y que no puede modificar”⁴⁹⁵. Esta definición apunta uno de los elementos clave de la servidumbre: la imposibilidad de abandonar o alterar las condiciones del servicio prestado.

A nivel europeo, el Informe Explicativo de la Convención de Varsovia, citando a la Comisión Europea de Derechos Humanos, considera que la servidumbre consiste en “tener que vivir y trabajar en la propiedad de otra persona, realizando determinadas actividades para esta misma, remuneradas o no, junto al hecho de no tener capacidad para alterar las condiciones dadas”⁴⁹⁶. Así, la definición europea mantiene como elemento característico de la servidumbre la imposibilidad de modificar los términos del trabajo o servicio. Sin embargo, va un paso más allá al considerar esta finalidad de la trata como una forma más de esclavitud, que, pese a no conllevar estrictamente el ejercicio de un supuesto de derecho de propiedad sobre una persona, sí debe entrañar una grave limitación de la libertad⁴⁹⁷.

⁴⁹³ Vid. GALLAGHER, A.T., *The International Law*, cit., p. 41.

⁴⁹⁴ GALLAGHER, A.T., *The International Law*, cit., p. 41; VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito*, cit., p. 80; DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito*, cit., pp. 124-125. Aunque en los trabajos preparatorios del Protocolo de Palermo se estudió la posible inclusión de las adopciones ilegales y la compra de menores (UNODC, *Trabajos Preparatorios*, cit., p. 344, nota 30), ninguno de los cuatro textos normativos aquí analizados recoge estas modalidades en la definición de trata. Sí se incluyen, no obstante, en el Considerando 11 de la Directiva 2011/36/UE, “en la medida en que concurren los elementos constitutivos de la trata de seres humanos”.

⁴⁹⁵ UNODC, *Ley modelo*, cit., Capítulo II, Artículo 5.1

⁴⁹⁶ CONSEJO DE EUROPA, *Explanatory Report*, cit., párr. 95.

⁴⁹⁷ *Ibid.*

A partir de estas definiciones puede deducirse que la servidumbre es una figura a medio camino entre la esclavitud y los trabajos forzados. No puede identificarse con la primera porque la servidumbre no requiere que la víctima sea cosificada hasta el punto de convertirse en una mera propiedad de otra persona. No obstante, tampoco puede equipararse completamente con los trabajos o servicios forzados, pues en la servidumbre la negación de la libertad del individuo no se limita a la imposición de un trabajo, sino que debe extenderse también a sus condiciones de vida y a la falta de posibilidades de mejora de estas⁴⁹⁸.

Si bien el Derecho internacional no ofrece un concepto genérico claro de servidumbre, como se ha indicado anteriormente, la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, sí define dos de sus posibles modalidades: la servidumbre por deudas (*debt bondage*) y la servidumbre de la gleba (*serfdom*)⁴⁹⁹.

a. La servidumbre por deudas

La servidumbre por deudas es “el estado o condición que resulta del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales, o los de alguien sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda, si los servicios prestados, equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda, o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios”⁵⁰⁰. Se trata, pues, de una práctica en la que una persona acepta (o es engañada para aceptar⁵⁰¹) un préstamo, que posteriormente deberá pagar a cambio de trabajo, sin que se defina su naturaleza ni la cantidad de tiempo necesario para pagar⁵⁰². La deuda, o bien aumenta tanto que se hace imposible de saldar, o bien la víctima desconoce el montante que le queda por pagar, lo que perpetúa la situación de servidumbre indefinidamente, llegando incluso a transmitirse de generación en generación⁵⁰³. A esta situación contribuye el hecho de que, habitualmente, los

⁴⁹⁸ STEDH *Siliadin v France* (Application no. 73316/01), de 26 de julio de 2005, paras. 103 y 104. Vid. también SCARPA, S., “The Nebulous Definition of Slavery”, cit., pp. 9-10. En sentido contrario, VILLACAMPA ESTIARTE sostiene que el grado de restricción de la libertad individual es semejante en el trabajo forzoso y la servidumbre, y que, además, el concepto de trabajo forzoso puede incluirse en el de servidumbre. Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La moderna esclavitud y su relevancia jurídico-penal”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, núm. 10, 2013, p. 315.

⁴⁹⁹ JORDAN, A.D., *The Annotated Guide*, cit., p. 10.

⁵⁰⁰ Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, 1956, Artículo 1.

⁵⁰¹ DAUNIS RODRÍGUEZ señala que “en la mayoría de los casos, “la deuda es total o parcialmente *inducida* por el propio esclavista y, en consecuencia, proviene de un servicio o dinero que no se ha prestado o un derecho que no le corresponde” En cualquier caso, es irrelevante la causa que dio lugar a la aparición de la deuda. DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito*, cit., p. 122.

⁵⁰² BURKE, M.C., “Introduction to Human Trafficking: Definitions and Prevalence”, en BURKE, M.C., *Human Trafficking: International Perspective*, Routledge, Nueva York, 2013, pp. 6-7.

⁵⁰³ BURKE, M.C., “Introduction”, cit., pp. 6-7; DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito*, cit., p. 122.

individuos sometidos a este tipo de servidumbre no reciban ningún tipo de remuneración y que su deuda incluso aumente si reciben comida y alojamiento⁵⁰⁴.

Es importante tener en cuenta que no todas las deudas a saldar mediante trabajo constituyen un caso de trata, pues es perfectamente lícito que alguien acepte este tipo de acuerdo voluntariamente bajo condiciones justas⁵⁰⁵. El problema que se plantea aquí sería “acreditar cuándo la deuda es utilizada como un instrumento de coerción para imponer un trabajo y cuándo nos encontramos ante un inmigrante con deudas pero no obligado a trabajar”⁵⁰⁶. Por ello, la indeterminación del pago de la deuda, junto con lo injusto y abusivo de las condiciones del préstamo, serán los elementos más importante a la hora de afirmar la existencia de una situación de servidumbre⁵⁰⁷.

La experiencia judicial en España muestra que la trata de seres humanos en la actualidad tiene que ver esencialmente con la servidumbre por deudas⁵⁰⁸. Son numerosos los casos de migrantes, independientemente de su situación administrativa, a los que se les facilita toda la cobertura económica necesaria para el transporte y acogimiento en el país de destino, para posteriormente comunicarles que han de saldar la deuda contraída en concepto de precio del viaje, arreglo de visados, hospedaje, manutención, etc., realizando trabajos en condiciones extremadamente abusivas⁵⁰⁹. La Fiscalía General del Estado menciona jornadas agotadoras, obligación de reembolso de los gastos exagerados de manutención, remuneraciones prácticamente inexistentes, alojamiento en condiciones inhumanas, imposición de multas, etc.”⁵¹⁰. Además, en caso de negativa, estas personas son obligadas coactivamente, con amenazas, o incluso llegando a privarles de libertad⁵¹¹.

Aunque la definición de la trata de seres humanos configure la servidumbre por deudas como una de las finalidades de explotación, en realidad su naturaleza se asemeja más a la de un medio comisivo que a la de una finalidad en sí misma. Al fin y al cabo, no deja de ser un método utilizado para someter a la víctima al total dominio del tratante y poder así explotarla. De hecho, en el sentido

⁵⁰⁴ BURKE, M.C., “Introduction”, cit., pp. 6-7.

⁵⁰⁵ BURKE, M.C., “Introduction”, cit., p. 7; WEITZER, R., “Human Trafficking”, cit., pp. 226-227.

⁵⁰⁶ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., “Trata”, cit., pp.72-79.

⁵⁰⁷ Entre otras, vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito*, cit., p. 135; IGLESIAS SKULJ, A., *La trata*, cit., p. 125. En la doctrina internacional, CHUANG recuerda que lo que determina la existencia de la servidumbre son las circunstancias de devolución de la deuda y no necesariamente su cuantía. Vid. CHUANG, J.A., “Contemporary Debt Bondage”, cit., p. 123. En la misma línea, vid. WEITZER, R., “Human Trafficking”, cit., pp. 226-227.

⁵⁰⁸ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 5/2011*, cit., II.4.1; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., “Trata”, cit., pp. 6-7.

⁵⁰⁹ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 5/2011*, cit., II.4.1; VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito*, cit., p. 58; REQUEJO NAVEROS, M.T., “El delito”, cit., p. 44.

⁵¹⁰ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 5/2011*, cit., II.4.1.

⁵¹¹ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 5/2011*, cit., II.4.1.

apuntado por la OIT, la existencia de una deuda indeterminada e injusta puede ser un factor que determine la ausencia de consentimiento en los trabajos forzados⁵¹².

En este sentido, es frecuente que la servidumbre por deudas termine funcionando como una especie de finalidad residual de la trata en la que se incluyen los casos de explotación motivados por el pago de una deuda indeterminada que queden fuera de lo que los tribunales entiendan por trabajo forzado, explotación sexual, etc. Así, la Fiscalía General del Estado considera que la finalidad de la trata es la servidumbre por deudas y no la explotación sexual en “los supuestos de captación de jóvenes extranjeras para el ejercicio de la prostitución consentida en España, es decir de aquellas mujeres que bien ya ejercían la prostitución en su país de origen, bien ya se les advirtió que ese era el «trabajo» a realizar en España”, aunque para saldar su deuda tengan que realizar “trabajos en condiciones extraordinariamente abusivas e indignas”⁵¹³. En este caso, la utilización de la servidumbre por deudas en lugar de la explotación sexual es innecesaria. A pesar de dicho consentimiento inicial, estas mujeres pueden ser también víctimas de trata para la explotación sexual si las condiciones en las que se ejerce su trabajo son condiciones de explotación. El recurso a la servidumbre por deudas resulta más útil en el ámbito de la trata laboral. Dada la ausencia de la explotación laboral entre las finalidades de la trata, podrían reconducirse a servidumbre por deudas los casos de explotación laboral motivados por el pago de una deuda indeterminada e injusta que no puedan reconducirse a los trabajos forzados o a la esclavitud. Del mismo modo, podrían incluirse en esta finalidad de explotación el uso de personas para experimentos clínicos o farmacológicos, el empleo de menores en conflictos armados o la servidumbre doméstica⁵¹⁴.

b. La servidumbre de la gleba

La servidumbre de la gleba puede definirse como la “condición de la persona que está obligada por ley, por costumbre o por un acuerdo, a vivir y a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona y a prestar a ésta, mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios, sin libertad para cambiar su condición”⁵¹⁵. Esta modalidad se relaciona con las servidumbres agrícolas basadas en ley o costumbre que requieren que los inquilinos vivan y

⁵¹² OIT, *Una alianza*, cit., p. 6. En este sentido, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS sugiere reconducir a servidumbre por deudas los casos de explotación laboral motivados por el pago de una deuda indeterminada. Vid. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., “Trata de seres humanos y explotación laboral”, cit., p. 5.

⁵¹³ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 5/2011*, cit., II.4.1. Es intolerable que el hecho de haber ejercido la prostitución en el país de origen o conocer que se iban a dedicar a la prostitución excluya la posibilidad de que estas mujeres puedan acceder al estatus de víctimas de trata.

⁵¹⁴ Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito*, cit., p. 438.

⁵¹⁵ Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, Artículo 1.

trabajen en la tierra de los terratenientes de manera permanente y no puedan cambiar su condición⁵¹⁶.

5.6. La mendicidad

No existe ninguna mención expresa de la mendicidad como finalidad de la trata ni en el Protocolo de Palermo ni en la Convención de Varsovia. No obstante, la Ley modelo contra la trata de personas elaborada por la UNODC sugiere su inclusión, bien integrada en el concepto de trabajo o servicios forzados, bien como otra forma de explotación⁵¹⁷. En línea con estas directrices, la Directiva 2011/36/UE se decantó por la primera opción, aclarando expresamente que “la mendicidad solo se incluye en el ámbito de la definición de la trata de seres humanos cuando concurren todos los elementos del trabajo o servicio forzado”, entendido este según lo previsto en la Convención núm. 29 de la OIT de 1930⁵¹⁸.

En la definición española de trata de seres humanos, la mendicidad se incluyó explícitamente como finalidad de explotación tras la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio. El apartado a) del artículo 177 bis 1 incluye de forma alternativa el trabajo o servicios forzados, la esclavitud y prácticas análogas, la servidumbre o la mendicidad. Esta finalidad consiste, pues, en obligar a una persona a mendigar o pedir limosna con la obligación de ganar una suma de dinero que deberá entregar al explotador⁵¹⁹. Por su ubicación en el artículo 177 bis CP, y según lo dispuesto en el considerando 11 de la Directiva, debe entenderse que la mendicidad solo se incluye en el ámbito de la definición de la trata cuando concurren todos los elementos del trabajo o servicio forzado⁵²⁰. Por este motivo, aunque la mención expresa podría parecer innecesaria, puesto que la mendicidad ya podría incardinarse en la amplia modalidad de servicios forzados o prácticas análogas a la esclavitud, su inclusión de modo explícito sirve para despejar dudas sobre la naturaleza laboral del ejercicio de esta actividad⁵²¹. Consecuentemente, esta finalidad se restringe a la mendicidad forzada, por lo que se exige la imposición de la realización de dicha actividad y disponibilidad respecto de la persona para quien se realiza el servicio⁵²². En cualquier caso, para verdaderamente dejar claro que se exigen los requisitos del trabajo o servicios

⁵¹⁶ BHOOLA, U., “Los nuevos retos para la erradicación de las formas contemporáneas de esclavitud”, en PÉREZ ALONSO, E. (Dir.), *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 55.

⁵¹⁷ UNODC, *Ley modelo*, cit., Capítulo II, Artículo 5.1, p. 16 y Capítulo V, Artículo 8.2., p. 35.

⁵¹⁸ Considerando 11 y Artículo 2.3.

⁵¹⁹ REQUEJO NAVEROS, M.T., “El delito”, cit., p. 44; SÁNCHEZ DOMINGO, M.B., “Trata”, cit., p. 188; GARCÍA SEDANO, T., “El tipo de trata”, cit., p. 6.

⁵²⁰ GARCÍA SEDANO, T., “El tipo de trata”, cit., p. 6; POMARES CINTAS, E., *El Derecho*, cit., pp. 134-135.

⁵²¹ POMARES CINTAS, E., *El Derecho*, cit., pp. 134-135.

⁵²² POMARES CINTAS, E., “El delito”, cit., p. 22.

forzados sería apropiado substituir la conjunción alternativa “o”, por la expresión utilizada en la Directiva: “incluida la mendicidad”.

El análisis de la realidad criminológica muestra que las personas sometidas a este tipo de trata acostumbran vivir hacinadas en pequeños cubículos desde donde son distribuidas a zonas estratégicas de las ciudades en las que son obligadas a mendigar bajo las condiciones establecidas por el tratante. Al final del día, cuando son recogidas, deben entregar una mínima cantidad de dinero, recibiendo un castigo en caso de no conseguirlo⁵²³. Normalmente las víctimas de este tipo de trata suelen ser menores, pero también adultos con algún tipo de mutilación física o discapacidad sensorial⁵²⁴.

Por ello, dado que los habituales sujetos pasivos son menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección, se plantean en la legislación española cuestiones concursales problemáticas en relación con las conductas previstas en el artículo 232 CP⁵²⁵. El artículo 232.1 tipifica el uso o préstamo de menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección para la práctica de la mendicidad, lo cual puede coincidir con la fase de explotación de la trata. En este caso, conforme a la regla concursal prevista en el artículo 177 bis 9, se aplicarían ambos delitos. Por el contrario, sí podría haber un concurso aparente de normas con la modalidad agravada recogida en el artículo 232.2 CP, que se refiere específicamente al “tráfico”, evidenciando de nuevo la constante confusión del legislador español entre *trafficking* (trata) y *smuggling* (tráfico o contrabando) de menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección para la práctica de la mendicidad. En este caso, doctrina y jurisprudencia, apelando al principio de alternatividad (art. 8.4 CP) y para evitar un indebido privilegio punitivo, coinciden en que los supuestos del artículo 232.2 CP quedan comprendidos en el delito de trata⁵²⁶. Así, el artículo 232.2 CP quedaría reservado para aquellos casos de personas con discapacidad necesitadas de especial protección tratadas para el ejercicio de la mendicidad, en los que no concurra alguno de los medios comisivos de la trata, pues, a diferencia del artículo 177bis, este tipo penal no requiere medios⁵²⁷.

⁵²³ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito*, cit., pp. 76-77; REQUEJO NAVEROS, M.T., “El delito”, cit., p. 44. Vid. también ANTI-SLAVERY INTERNATIONAL, *Trafficking for Forced Criminal Activities and Begging in Europe: Exploratory Study and Good Practice Examples (RACE in Europe Project Research and Guidance Report)*, Londres, 2014.

⁵²⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito*, cit., p. 77.

⁵²⁵ Sobre este precepto, vid. NIETO GARCÍA, A.J., “La utilización de menores para la práctica de la mendicidad”, *Diario La Ley*, núm. 7467, 2010, pp. 1-10.

⁵²⁶ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito*, cit., p. 173; VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito*, cit., p. 439; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 5/2011*, cit., II.4.1.

⁵²⁷ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito*, cit., p. 439. Sobre este concurso, vid. NIETO GARCÍA, A.J., “Concurso penal de la trata de seres humanos y utilización de menores como mendigos”, *Diario La Ley*, núm. 7867, 2012.

5.7. Explotación para realizar actividades delictivas

Esta finalidad de la trata no está prevista como tal en el concepto internacional de trata de seres humanos. De hecho, no aparece mencionada ni en el Protocolo de Palermo ni en la Convención de Varsovia. Una de las primeras referencias específicas a esta se encuentra en la Ley modelo contra la trata de personas de la UNODC, que sugiere la posibilidad de tipificar “el empleo en actividades delictivas [incluido el tráfico o la producción de drogas]” como otra modalidad de explotación⁵²⁸. Dicha ausencia de una mención expresa en el concepto de trata de seres humanos según la legislación internacional no implica la exclusión de estas conductas. Obligar a personas a realizar actividades delictivas que generan un lucro del que se benefician los tratantes podía incluirse dentro del amplio concepto de servicios forzados, siempre que exista una amenaza y se determine la ausencia de consentimiento de la víctima⁵²⁹. Además, en aquellos casos que no pudiesen incluirse en el ámbito de la trata, sí sería posible castigar la efectiva explotación a través de la participación delictiva o incluso la autoría mediata⁵³⁰.

La Directiva 2011/36/UE es el primer texto normativo supranacional que incorpora expresamente en su artículo 2.3 la explotación para realizar actividades delictivas como una de las modalidades de la trata. En el considerando 11 se matiza que esta finalidad incluye “la explotación de una persona para que cometa, por ejemplo, carterismo, hurtos en comercios, tráfico de estupefacientes y otras actividades similares que están castigadas con penas e implican una ganancia económica”. Esta nota no solo no aclara, sino que dificulta la determinación del ámbito de aplicación de esta modalidad de trata. A partir de las actividades delictivas aquí enumeradas podría interpretarse que esta finalidad debe limitarse a los delitos que producen un lucro económico, excluyendo otros como los delitos contra la vida y la salud⁵³¹. En cualquier caso, no bastará con explotar a las víctimas en actividades ilícitas, sino que ha de tratarse de conductas que tengan relevancia penal⁵³². Cumpliendo con lo previsto en esta Directiva, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, incorporó esta modalidad en la nueva redacción del artículo 177 bis CP. Sin embargo, no hay ni

⁵²⁸ UNODC, *Ley modelo*, cit., Capítulo V, Artículo 8.2., p. 36.

⁵²⁹ POMARES CINTAS, E., *El Derecho*, cit., p. 133; VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito*, cit., p. 436; IGLESIAS SKULJ, A., “De la trata”, cit., p. 599.

⁵³⁰ DE LA MATA BARRANCO, N.J., *Derecho Penal Europeo y legislación española. Las reformas del Código Penal. Actualizado a la reforma penal 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 63.

⁵³¹ SANTANA VEGA, D.M., “La Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas: análisis y crítica”, *Nova et Véteria*, vol. 20, núm. 64, 2011, p. 220; RODRÍGUEZ LÓPEZ, S., “La trata de seres humanos para la explotación de actividades delictivas: nuevos retos a raíz de la reforma penal de 2015”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 42, pp. 151-169.

⁵³² VILLACAMPA ESTIARTE, C./ TORRES ROSELL, N., “Trata de seres humanos para la explotación criminal: ausencia de identificación de las víctimas y sus efectos”, *Estudios penales y criminológicos*, núm. 36, 2016, pp. 774 y ss.

en el Código Penal, ni en la Ley Orgánica, ni en los debates parlamentarios previos ningún tipo de aclaración que limite esta previsión a un tipo de delitos concretos.

En la práctica, a nivel europeo son muy diversos los tipos de explotación de actividades delictivas detectados. Es frecuente la trata de menores para cometer delitos de apoderamiento patrimonial, como pequeños hurtos callejeros o en tiendas⁵³³. En otros supuestos, se ha explotado a adultos para obtener fraudulentamente beneficios sociales, fabricar productos falsificados como DVD o cigarrillos, o cometer robos de metales o en cajeros. Los delitos contra la salud pública representan otro sector en el que es frecuente el recurso a personas tratadas. Se han detectado casos de tráfico de drogas, especialmente utilizando a mujeres que actúan como “mulas”, pero también en el cultivo de cannabis y la producción de metanfetaminas⁵³⁴. Además, son comunes los casos de víctimas de trata para la explotación sexual obligadas a transportar droga durante su viaje, o que deben hurtar las propiedades de los clientes, como por ejemplo los teléfonos móviles⁵³⁵.

En los supuestos anteriores, la legislación penal española permite aplicar el delito de trata en concurso con el delito realizado en calidad de autor mediato o inductor⁵³⁶. De este modo, al igual que las otras modalidades de trata, se castiga por separado el proceso hacia la explotación y la explotación efectiva, aunque en este caso no exista un tipo penal específico de explotación en actividades delictivas. No obstante, en algunos supuestos el Código Penal sí contempla tipos penales que castigan la utilización de menores para cometer ciertos delitos, lo que puede plantear conflictos con el delito de trata. Este sería el caso del artículo 235. 8º CP, relativo a la utilización de menores de dieciséis años para la comisión de hurtos, y el artículo 612.3 CP, que tipifica el reclutamiento de menores de dieciocho años para participar en conflictos armados. En el primer supuesto, la utilización de menores para hurtar constituiría la efectiva explotación a la que conduce la trata, por lo que nada impediría la aplicación de ambos delitos conjuntamente. Sin embargo, en el reclutamiento de menores para conflictos armados se produce una doble incriminación de conductas, que habrá de resolverse aplicando preferentemente el delito de trata, en base al principio de alternatividad (art. 8.4 CP)⁵³⁷.

En esta modalidad de la trata, por las altas posibilidades de que las víctimas sean detectadas únicamente cuando son detenidas por la comisión de las actividades delictivas que se han visto obligadas a realizar, cobra especial relevancia la aplicación de la cláusula de no enjuiciamiento o no imposición de

⁵³³ EUROPOL, *Child trafficking*, cit., p.1-3.

⁵³⁴ ANTI-SLAVERY INTERNATIONAL, *Trafficking for Forced Criminal*, cit., p. 64.

⁵³⁵ EUROPOL, *Child trafficking*, cit., p. 11; RODRÍGUEZ LÓPEZ, S., “La trata”, cit., pp. 151-169.

⁵³⁶ ESQUINAS VALVERDE, P., “Lección 6”, cit., p. 117; VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito*, cit., p. 488.

⁵³⁷ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito*, cit., pp. 434-435.

penas a las víctimas por los delitos cometidos durante o como consecuencia de la situación de explotación. A pesar de estar recogida en el Convenio de Varsovia (art. 26) y la Directiva 2011/36/UE (art. 8), se trata todavía de una disposición potestativa y no de una auténtica obligación para los Estados parte⁵³⁸. En España, esta previsión se regula en el párrafo 11 del artículo 177 bis CP, según el cual, sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales del CP, 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 realizado⁵³⁹.

5.8. La celebración de matrimonios forzados

Esta finalidad no está incluida explícitamente en ninguna de las definiciones de trata contenidas en la legislación internacional y europea. La Directiva 2011/36/UE sí que hace mención a los matrimonios forzados en el considerando 11, pero no la incluye expresamente con posterioridad, cuando define la trata en el artículo 2. No obstante, determinadas formas serviles de matrimonio podrían incluirse en el concepto internacional de prácticas análogas a la esclavitud, atendiendo a lo dispuesto en la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de 1956 (art. 1). Este texto expone tres situaciones. La primera de ellas ocurre cuando un familiar, amigo o cualquier otra persona o grupo de personas reciben dinero u otra prestación en especie a cambio de prometer o dar a una mujer en matrimonio, sin que esta tenga derecho a oponerse. La segunda, conocida como cesión forzada, tiene lugar cuando el marido de una mujer, la familia o el clan del marido tienen el derecho de cederla a un tercero a título oneroso o de otra manera. Finalmente, se incluye también la transmisión por herencia a la muerte del marido.

En 2014, el Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos proporcionó una definición más actualizada del matrimonio forzado. En ella se hace hincapié en la falta de consentimiento y/o capacidad para contraer, y se abre la posibilidad de que los hombres y niños pueden ser también considerados víctimas. Así, según esta definición, “un matrimonio forzado es todo aquel que se celebra sin el consentimiento pleno y libre de al menos uno de los contrayentes y/o cuando uno de ellos o ambos carecen de la capacidad de separarse o de poner fin a la unión, entre otros

⁵³⁸ SCHLOENHARDT, A./ MARKEY-TOWLER, R., “Non-Criminalisation of Victims of Trafficking in Persons: Principles, Promises, and Perspectives, *Groningen Journal of International Law*, vol. 4, núm. 1, 2016, pp. 10-38.

⁵³⁹ VILLACAMPA ESTIARTE, C./ TORRES ROSELL, N., “Trata”, cit., pp. 810 y ss; RODRÍGUEZ LÓPEZ, S., “La trata”, cit., pp. 151-169.

motivos debido a coacciones o a una intensa presión social o familiar”. Además, se aporta aquí una distinción entre los conceptos de “matrimonio infantil” (cuando al menos uno de los contrayentes es menor de edad), “matrimonio precoz” (cuando alguno de los contrayentes es menor de 18 años en los países en los que la mayoría de edad se alcanza antes o tras el matrimonio) y “matrimonio forzado”⁵⁴⁰.

En el ordenamiento jurídico español, tras la reforma penal operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, la celebración de matrimonio forzados se ha incluido expresamente entre las finalidades del delito de trata de seres humanos (artículo 177 bis 1 e CP)⁵⁴¹. Además, se ha tipificado como un nuevo delito en el artículo 172 bis CP. En este caso, la definición de matrimonio forzado se limita a compeler a otra persona a contraer matrimonio utilizando intimidación grave o violencia (artículo 172 bis 1CP)⁵⁴². Así, es posible aplicar un concurso de delitos real o medial entre el artículo 177 bis (por la captación, transporte o acogimiento de personas con la finalidad de celebrar matrimonios forzosos) y el artículo 172 bis 1 (por forzar a alguien a contraer matrimonio)⁵⁴³. Respecto al segundo apartado de este artículo 172 bis CP, su redacción ha sido criticada porque introduce una doble criminalización de conductas. En este artículo se castiga a quien fuerce a otro a abandonar el territorio español o a no regresar al mismo, mediante violencia, intimidación grave o engaño, con la finalidad de compeler a dicha persona a contraer matrimonio. Se trata, pues, de una conducta que cabe perfectamente en el tipo del artículo 177 bis, de hecho, su aplicación es preferente en base al principio de alternatividad (art. 8.4 CP), por lo que sería conveniente su supresión⁵⁴⁴.

5.9. La extracción de órganos

La extracción de órganos aparece recogida como finalidad de la trata en todos los textos normativos aquí estudiados. Su inclusión dio lugar a diversas

⁵⁴⁰ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Prevención y eliminación del matrimonio infantil, precoz y forzado. Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, A/HRC/26/22, de 2 de abril de 2014, paras. 4-6.

⁵⁴¹ SANTANA VEGA matiza que, dado que lo que se ha tipificado en relación al delito de trata ha sido la “celebración” del matrimonio y no el “matrimonio” en sí, los casos de personas que se casan voluntariamente pero que posteriormente permanecen en dicho matrimonio de modo forzado, no podrían incluirse en esta modalidad de la trata. SANTANA VEGA, D., “Título VII bis.”, cit., p. 658.

⁵⁴² Respecto de este nuevo tipo penal, la doctrina ha señalado que la aplicación de este tipo debe ser muy cuidadosa para evitar la estigmatización de costumbres culturales ancestrales de grupos minoritarios, normalmente extranjeros, cuya criminalización responde más a postulados ideológicos que a la necesidad de poner freno a una realidad criminológica. Vid. en este sentido IGLESIAS SKULJ, A., “De la trata”, cit., p. 599; TERRADILLOS BASOCO, J.M., “El delito”, cit., p. 154; CANO PAÑOS, M.A., “De la trata”, cit., p. 427.

⁵⁴³ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “XXI. El delito de trata de seres humanos”, cit., p. 407.

⁵⁴⁴ En este sentido, VILLACAMPA ESTIARTE argumenta que “una de las posibilidades para otorgar cierto sentido al precepto [art. 172 bis 2 CP] pasa por considerar que puede constituir una cláusula de salvaguarda o de cierre del sistema que permita la incriminación de conductas de forzamiento antecedentes a la realización de matrimonios forzados que no quepan en la tipicidad del delito de trata de seres humanos”. Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La trata”, cit., p. 8.

objeciones durante los debates acerca de la redacción del Protocolo de Palermo. Se temía que al incluir esta finalidad se difuminasen los límites entre el tráfico de órganos y la trata de personas, y, consecuentemente, se excediese el mandato de la comisión redactora *ad hoc*⁵⁴⁵. Finalmente, se eligió la fórmula “extracción de órganos”, en lugar de “tráfico de órganos”, como había sido propuesto inicialmente⁵⁴⁶, para evitar la confusión de términos. En la actualidad, aunque existe consenso sobre el hecho de que la trata para la extracción de órganos es técnica y legalmente distinta del tráfico de órganos, ambos conceptos siguen siendo usados indistintamente con habitualidad⁵⁴⁷. En el Código Penal español se trata de dos figuras delictivas distintas, la primera tipificada en el artículo 177 bis y la segunda en el artículo 156 bis⁵⁴⁸.

En términos legales, la principal diferencia entre el tráfico de órganos y la trata de seres humanos radica en el objeto de ambos delitos. En el primero, el elemento central de la conducta delictiva son los órganos, con independencia de que se hayan extraído a un donante vivo o que ya haya fallecido⁵⁴⁹. Por el contrario, la trata tiene como elemento central a la persona tratada y, por tanto, solo puede ocurrir cuando se tiene la intención de extraer un órgano a una persona viva⁵⁵⁰. Además, desde un punto de vista técnico, el tráfico de órganos puede tener lugar sin que se produzca un caso de trata: no solo en el citado

⁵⁴⁵ UNODC, *Trabajos Preparatorios*, cit., p. 344, nota 28.

En la actualidad, la única definición de tráfico de órganos existente a nivel internacional es la contenida en el Convenio del Consejo de Europa sobre el Tráfico de Órganos, CETS No.216, Santiago de Compostela, 2015. Este Convenio define como tráfico de órganos humanos cualquiera de las siguientes actividades, cuando se cometen intencionalmente:

- La extracción ilícita de órganos:

- a) La eliminación sin el consentimiento libre, informado y específico del donante vivo, o, en el caso del donante fallecido, sin que la extracción esté autorizada por la legislación interna,
- b) cuando, a cambio de la extracción de órganos, al donante vivo, o un tercero, se le haya ofrecido o haya obtenido una ganancia financiera o una ventaja comparable, o
- c) cuando a cambio de la extracción de órganos de un donante fallecido, se haya ofrecido o haya obtenido un tercero un beneficio financiero o una ventaja comparable. (Art. 4)

- El uso de órganos extraídos ilícitamente (Art. 5)

- La solicitud o captación ilícita de donantes o receptores de órganos (Art. 7)

- La preparación, conservación, almacenamiento, transporte, transferencia, recepción, importación o exportación de órganos extraídos ilícitamente (Art. 8).

⁵⁴⁶ UNODC, *Trabajos Preparatorios*, cit., p. 360.

⁵⁴⁷ UNODC, *Trafficking in Persons for the Purpose of Organ Removal. Assessment Toolkit*, Viena, 2015, pp. 5 y 17; GALLAGHER, A.T., *The International Law*, cit., p. 40.

⁵⁴⁸ Sobre el artículo 156 bis, vid. MOYA GUILLEM, C., *La protección jurídica frente al tráfico de órganos humanos. Especial referencia a la tutela penal en España (art. 156 bis CP)*, Marcial Pons, Madrid, 2018; ANARTE BORRALLÓ, E./ AGUADO LÓPEZ, S., “Lesiones y tráfico de órganos humanos”, en BOIX REIG, J. (Coord.), *Derecho Penal. Parte especial*, vol. 1, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2016, pp. 127-192.

⁵⁴⁹ CAPLAN, A., et al., *Trafficking in organs, tissues and cells and trafficking in human beings for the purpose of the removal of organs: Joint Council of Europe/United Nations Study*, Estrasburgo, 2009, pp. 11 y 55. En la doctrina Española, vid. MOYA GUILLEM, C., *La protección jurídica frente al tráfico de órganos humanos*, cit., pp. 310 y ss.

⁵⁵⁰ Vid. MOYA GUILLEM, C., “Aproximación crítica a la primera sentencia por tráfico de órganos (SAP de Barcelona 793/2016, de 16 de octubre”, *Diario La Ley*, núm. 8895, 2017, p. 5; GALLAGHER, A.T., *The International Law*, cit., p. 40.

ejemplo de la extracción de órganos a cadáveres, sino también cuando, respecto de un donante vivo, no se realiza alguna de las acciones típicas, utilizando alguno de los medios previstos en la definición de trata⁵⁵¹.

Así pues, teniendo en cuenta la distinción entre las conductas típicas previstas en los artículos 177 bis y 156 bis CP, es posible apreciar la concurrencia de un concurso (normalmente medial) entre ambos delitos, cuando, por ejemplo, una misma persona lleve a cabo actos de trata con fines de extracción de órganos y posteriormente almacene, transporte, traslade, reciba, importe o exporte dichos órganos. Esta tesis se ha visto reforzada con la aclaración que la LO 1/2019⁵⁵² introdujo en el apartado 9 del artículo 156 bis, según la cual las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 177 bis y demás delitos efectivamente cometidos. No obstante, hay que tener en cuenta que el artículo 156 bis está redactado de un modo tan amplio que puede aplicarse incluso si la extirpación del órgano no llega a producirse. En estos supuestos, la doctrina considera que no será de aplicación el concurso de delitos, sino un concurso de normas que se resolverá en favor del artículo 156 bis, de acuerdo con el principio de especialidad (art. 8.1 CP)⁵⁵³.

Por otra parte, en las reuniones preparatorias del Protocolo de Palermo se discutió la conveniencia de ampliar el ámbito de la definición añadiendo a la extracción de órganos la de células, tejidos y otras partes del cuerpo humano⁵⁵⁴. Finalmente, se incluyó únicamente la extracción de órganos, pero no puede olvidarse que la lista de finalidades recogida en este texto internacional es una enumeración de mínimos, por lo que nada impide a los Estados incluir otras sustancias corporales en su definición en el derecho interno⁵⁵⁵. En el caso del Derecho español, al haberse copiado literalmente la terminología usada en los instrumentos internacionales, la doctrina ha entendido que se excluye del ámbito del apartado d) del artículo 177 bis 1 CP la extracción de sangre y sus componentes, gametos, óvulos, médulas óseas, así como otros tejidos y células corporales⁵⁵⁶. También se excluye de este ámbito la utilización de personas para

⁵⁵¹ CAPLAN, A., et al., *Trafficking in organs*, cit., pp. 55 y 79; VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito*, cit., p. 81.

⁵⁵² Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para transponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional.

⁵⁵³ Al respecto, vid. MOYA GUILLEM, C., *La trata de seres humanos con fines de extracción de órganos. Análisis criminológico y jurídico-penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 186-198.

⁵⁵⁴ UNODC, *Trabajos Preparatorios*, cit., p. 344, nota 28.

⁵⁵⁵ CAPLAN, A., et al., *Trafficking in organs*, p. 56.

⁵⁵⁶ MOYA GUILLEM, C., "Aproximación", cit., p. 9; VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito*, cit., pp. 444; POMARES CINTAS, E., "El delito", cit., p. 15; MARTOS NÚÑEZ, J.A., "El delito de trata", cit., p. 110. En sentido contrario, se ha argumentado que los tejidos podrían incluirse en cuanto que podrían ser considerados parte de los órganos. A favor de esta última posición, vid. SANTANA VEGA, D., "Título VII bis", cit., p. 657.

la realización de ensayos o experimentos clínicos o farmacéuticos⁵⁵⁷. Todo ello sin perjuicio de que, de concurrir el elemento acción y medios de la trata, estas conductas pudiesen reconducirse a otras finalidades como los servicios forzados o la servidumbre⁵⁵⁸.

Como ocurría con otras modalidades de explotación, tampoco se aclara aquí si la extracción de órganos debe responder a una finalidad económica. Para MOYA GUILLEM solo existe “una explotación del sujeto pasivo equiparable a la que se persigue con la prohibición del resto de las modalidades de la trata de seres humanos” cuando el objeto de la extracción va a comercializarse⁵⁵⁹. No obstante, esta afirmación excluiría la trata para la extracción de órganos corporales que van a ser utilizados en ceremonias o ritos, como sacrificios humanos⁵⁶⁰. La Fiscalía General del Estado parece incluir en el concepto de trata la extracción de órganos para estas finalidades cuando indica que, aunque normalmente la extracción del órgano se utiliza para ser posteriormente traficado o trasplantado, la redacción del artículo 177 bis CP no excluye otras posibilidades⁵⁶¹.

6. DISTINCIÓN ENTRE TRATA DE SERES HUMANOS Y TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES

Una de las dificultades constantes a la hora de definir la trata de seres humanos ha sido su distinción respecto de otro delito con el que está estrechamente vinculada: el tráfico o contrabando ilícito de migrantes. En el ordenamiento jurídico internacional se trata de dos figuras jurídicas independientes. La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (UNTOC) se aprobó en el año 2000 junto con dos Protocolos: el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, al que se ha hecho referencia a lo largo de este capítulo; y el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire. Cada Protocolo ofrece un concepto diferenciado de la conducta delictiva que tiene por objeto.

En el caso del tráfico ilícito de migrantes, las partes llegaron mucho más rápido a una definición de la conducta delictiva que en el caso de la trata⁵⁶². Los Estados firmantes se comprometieron a criminalizar “la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un

⁵⁵⁷ De hecho, se presentó una enmienda para incluir expresamente esta finalidad en el artículo 177 bis CP, que finalmente fue rechazada. Proyecto de Reforma del Código Penal, 29 de enero de 2015, enmienda núm. 184. Vid. MOYA GUILLEM, C., “Aproximación”, cit., p. 9.

⁵⁵⁸ Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito*, cit., pp. 445.

⁵⁵⁹ MOYA GUILLEM, C., “Aproximación”, cit., p. 9.

⁵⁶⁰ El informe más reciente de la UNODC indica que estas prácticas han sido denunciadas en algunos países del África subsahariana. UNODC, *Global Report*, 2018, cit., p. 32.

⁵⁶¹ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 5/2011*, cit., apartado II.4.3.

⁵⁶² GALLAGHER, A.T., *The International Law*, cit., p. 25.

beneficio financiero u otro beneficio de orden material” (art. 3). La mención expresa a beneficios financieros o de orden material se introdujo por la presión de algunos Estados y organizaciones intergubernamentales para asegurar que las actividades de aquellos que proporcionan ayuda humanitaria o que actúan motivados por estrechos vínculos familiares quedasen fuera del ámbito de aplicación del protocolo⁵⁶³. No obstante, las notas interpretativas de la convención matizan que el término “beneficios” debe entenderse de modo amplio, incluyendo motivaciones no económicas como la gratificación sexual por la ayuda a la entrada⁵⁶⁴. Esta nota interpretativa debe ser aplicada con suma cautela, pues, como ejemplifica GALLAGHER, si se entendiese de un modo demasiado amplio podría llegarse a la situación indeseada en la que se criminalice la conducta de un padre que facilita la entrada ilegal de su hijo a un país para poder proporcionarle oportunidades educativas que de otro modo no conseguiría, entendiendo que la educación de su hijo es un beneficio⁵⁶⁵. Por si fuese poco, una ampliación extensiva del concepto “beneficios” o “ánimo de lucro” complicaría aún más las diferencias entre ambos delitos, puesto que ese pago “en especie” podría considerarse explotación, diluyendo todavía más la tenue línea divisoria entre la trata y el tráfico.

Posteriormente, en el ámbito de la Unión Europea, se aprobó la Directiva 2002/90/CE, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y estancia irregulares. En virtud de este texto, los Estados miembros deberán adoptar sanciones adecuadas (no se explicita que deban ser penales) contra cualquier persona que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a entrar o permanecer en el territorio de un Estado miembro o a transitar a través de este, vulnerando la legislación del Estado de que se trata sobre entrada o tránsito de extranjeros (artículo 1). En el caso de que la ayuda se lleve a cabo para permanecer irregularmente en el territorio de un Estado, la conducta solo será sancionable si se realiza con ánimo de lucro (artículo 1 apartado b). A diferencia de la definición internacional, no se exige el fin de obtener un beneficio financiero o material, para poder sancionar la facilitación de la entrada irregular en un país. Es cierto que, el artículo 1.2 de este texto incluye una cláusula de excepción en los casos en que el objetivo de esta conducta sea prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate. No obstante, dicha cláusula es meramente potestativa, por lo que la Directiva no impide que estas acciones humanitarias estén criminalizadas en la legislación interna de cada

⁵⁶³ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Interpretative notes for the official records of the negotiation of the United Nations Convention against Transnational and Organized Crime and the Protocols Thereto, A/55/383/Add.1, 3 noviembre de 2000, nota. 88, p. 16; GALLAGHER, A.T./ DAVID, F., *The International Law of Migrant Smuggling*, Cambridge University Press, New York, 2014, p. 366.

⁵⁶⁴ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Interpretative notes, cit., p. 2. Aunque el Código Penal solo dicen “ánimo de lucro”, esta interpretación se ha aplicado también. Vid. PÉREZ ALONSO, E.J., *Tráfico*, cit., p. 161.

⁵⁶⁵ GALLAGHER, A.T./ DAVID, F., *The International Law*, cit., pp. 365-366.

país. Además, no se aclara qué es ayuda humanitaria, lo cual debería ser una prioridad, cuando diariamente múltiples organizaciones de la sociedad civil, autoridades locales e individuos ofrecen asistencia a migrantes y refugiados transportándolos en sus vehículos o acogiéndolos en sus instalaciones o domicilios⁵⁶⁶.

En la legislación española, el delito de tráfico ilícito de migrantes se introdujo en el artículo 318 bis del Código Penal por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. En su redacción actual, tras la reforma de 2015, el delito se configura acorde con la definición prevista en la Directiva 2002/90/CE, aclarando que las conductas no serán punibles cuando constituyan ayuda humanitaria y agravándolas cuando se realicen con ánimo de lucro. Así, el artículo 318 bis castiga al que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo, vulnerando la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros⁵⁶⁷. Trata y tráfico se configuran, por tanto, como dos delitos independientes, siendo posible su aplicación conjunta, tal y como indica expresamente la cláusula concursal prevista en el apartado 9 del artículo 177 bis CP⁵⁶⁸.

La confusión entre la trata y el tráfico ha tenido mayor envergadura en la legislación española que en la internacional y europea, pues a diferencia de estas, en un principio en España ni siquiera se trataba de dos delitos diferenciados. En la reforma del Código Penal operada por la LO11/2003, la trata pasó a regularse en el título dedicado a “los delitos contra los ciudadanos extranjeros”, como una

⁵⁶⁶ ALLSOPP, J./ MANIERI, M.G., “The EU Anti-Smuggling Framework: Direct and indirect effects on the provision of humanitarian assistance to irregular migrants”, en CARRERA, S./ GUILD, E., *Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings: Policy Dilemmas in the EU*, Centre for European Policy Studies (CEPS), Bruselas, 2016, p. 84. Estas autoras consideran que esta cláusula debería ser obligatoria, puesto que el verdadero valor protegido por esta conducta no es tanto el supuesto interés del Estado en controlar la inmigración irregular, cuanto la protección de la vida, seguridad e integridad física de la persona migrante. Consecuentemente, sugieren que la criminalización de estas conductas se limite a aquellos casos en los que se producen lesiones, se pone en riesgo la vida o se causa la muerte de otra persona, así como los actos cometidos por organizaciones criminales. Añaden que, lógicamente, todo ello debería ir acompañado de la provisión de rutas migratorias seguras, que reduzcan la necesidad de recurrir a traficantes. *Ibid.*, p. 90.

⁵⁶⁷ También se castiga a quien, intencionadamente y con ánimo de lucro, ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a permanecer en España, vulnerando la legislación sobre estancia de extranjeros.

⁵⁶⁸ No existe una posición unánime acerca del tipo de concurso a aplicar en estos casos. La jurisprudencia más reciente afirma la existencia de un concurso real (STS 422/2020, de 23 de julio; STS 807/2016, de 27 de octubre). La doctrina se divide entre quienes optan por un concurso de delitos (normalmente ideal) porque así lo exige el artículo 177 bis 9 (por todos, VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito*, cit., pp. 482 y ss.), y quienes, a pesar de esta norma concursal expresa, consideran que debería aplicarse un concurso aparente de normas que determinaría la preferencia del 177 bis en aplicación del principio de consunción (DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito*, cit., p. 171).

especie de modalidad agravada del delito de tráfico ilícito de migrantes con fines de explotación sexual. Se castigaba entonces a quien, directa o indirectamente, promoviese, favoreciese o facilitase el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, si el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas. Con esta redacción, al ubicar la trata con fines de explotación sexual en el ámbito de la inmigración irregular, se confundían dos realidades criminológicas interrelacionadas pero diversas. Se ofrecía una visión parcial de la trata, no solo por limitarse a la explotación sexual, sino también por limitar su criminalización a aquellos casos en los que se producía un cruce irregular de fronteras. De este modo, carecían de respuesta penal los supuestos de trata dentro de España, dentro del espacio Schengen e incluso aquellos en los que el cruce internacional de fronteras se realizaba de acuerdo con la legislación administrativa⁵⁶⁹.

Aunque en 2010 se crea un título y un delito específico de trata en el artículo 177 bis, diferenciando por fin entre ambas figuras, son todavía frecuentes las referencias al “tráfico de seres humanos” para referirse al artículo 177 bis. Esta confusión se debe, en parte, a un problema de traducción. El término inglés “*smuggling of migrants*” se ha traducido al español como tráfico, y lo que en inglés se denomina “*human trafficking*” se ha introducido en la legislación española como “trata”. Posiblemente, al menos la confusión lingüística se habría evitado si la expresión se hubiese traducido literalmente “*smuggling*” como “contrabando”, y “*trafficking*” como “tráfico”⁵⁷⁰. No obstante, la regulación conjunta de trata y tráfico no es solo fruto de una confusión terminológica, sino también el reflejo de que el legislador ha dado más importancia a limitar la inmigración irregular que a castigar la explotación de los migrantes.

En realidad, al menos a nivel teórico, la distinción entre ambos términos es relativamente simple. En primer lugar, el tráfico o contrabando ilícito de migrantes requiere necesariamente un cruce de fronteras que no se exige en la trata. Además, en el tráfico ese movimiento ha de realizarse vulnerando la legislación vigente sobre entrada o tránsito de extranjeros, mientras las víctimas de trata pueden entrar en el país de destino de modo regular. Por ello, las personas tratadas pueden ser tanto nacionales como extranjeras, mientras que el tráfico se limita a personas extracomunitarias⁵⁷¹.

⁵⁶⁹ Las deficiencias en la técnica utilizada para tipificar la trata de personas en la reforma del Código Penal de 2003 han sido señaladas abundantemente por la doctrina. Vid. SÁNCHEZ DOMINGO, M.B., “Trata”, cit., pp. 177-8.

⁵⁷⁰ Sobre la confusión terminológica basada en la traducción vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito*, cit., p. 44; PÉREZ ALONSO, E.J., *Tráfico*, cit., pp. 153-154.

⁵⁷¹ Sobre este aspecto en la distinción entre ambos delitos, vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La trata”, cit., pp. 40-46; PÉREZ ALONSO, E.J., *Tráfico*, cit., p. 155; SÁNCHEZ DOMINGO, M.B., “Trata”, cit., p. 179; MAYORDOMO RODRIGO, V., “Nueva regulación”, cit., p. 330; LLORIA GARCÍA, P., “El delito”, cit., p. 375.

En segundo lugar, no se requiere en el tráfico ilícito de migrantes la concurrencia de medios comisivos. Mientras que las víctimas de trata, o bien no consienten o, si lo hacen, este consentimiento pierde valor por la concurrencia los citados medios, en el tráfico de migrantes se cuenta con el consentimiento de la persona migrante, quien, al menos en teoría, debe mantener el dominio del hecho sobre el traslado⁵⁷². En la trata, de nuevo según la distinción teórica, la víctima carece de cualquier tipo de dominio sobre el hecho, ya que la intención del tratante será desde el principio su explotación⁵⁷³.

Un tercer elemento distintivo es la existencia de una finalidad de explotación. La trata implica la intención de explotar a una persona, requisito que no se exige en el tráfico ilegal de migrantes⁵⁷⁴. El motivo que impulsa la trata es el beneficio que se espera obtener de la explotación, mientras que el lucro obtenido por el tráfico radica en el precio pagado por el migrante para sufragar el viaje, sin que normalmente se mantenga una relación entre ellos tras el cruce de fronteras⁵⁷⁵. Habitualmente la cantidad a pagar por el migrante es lo que determina el tipo de viaje y sus riesgos. Hay tarifas diferentes dependiendo del lugar de destino, si se viaja solo o en familia, si viajan menores, y según nacionalidad y nivel de seguridad fronteriza⁵⁷⁶.

Se ha argumentado además que el objeto de protección de ambos delitos es distinto. Lo que protege el artículo 318 bis es el interés del Estado y de la Unión Europea en el control de los flujos migratorios, mientras que el bien jurídico tutelado por el artículo 177 bis es la dignidad y la libertad de la persona tratada⁵⁷⁷. El primero es considerado un bien colectivo o supraindividual, mientras que el segundo es un bien personal o individual, lo que determina que

⁵⁷² ANDRIJASEVIC, R., "Trafficking: not a neutral concept", en CARRERA, S./ GUILD, E., *Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings: Policy Dilemmas in the EU*, Centre for European Policy Studies (CEPS), Bruselas, 2016, pp. 58-59; ROTH, V., *Defining Human Trafficking*, cit., p. 97; VILLACAMPA ESTIARTE, C., "La trata", cit., p. 45; PÉREZ ALONSO, E.J., *Tráfico*, cit., p. 155; SÁNCHEZ DOMINGO, M.B., "Trata", cit., p. 179.

⁵⁷³ DIMITRIADI, A., "The Interrelationship between Trafficking and Irregular Migration", en CARRERA, S./ GUILD, E., *Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings: Policy Dilemmas in the EU*, Centre for European Policy Studies (CEPS), Bruselas, 2016, p. 65.

⁵⁷⁴ SÁNCHEZ DOMINGO, M.B., "Trata", cit., p. 179; ROTH, V., *Defining Human Trafficking*, cit., p. 97.

⁵⁷⁵ UNODC, *Manual para la lucha contra la trata de personas*, Nueva York, 2007, p. 5. En: https://www.unodc.org/pdf/Trafficking_toolkit_Spanish.pdf; VILLACAMPA ESTIARTE, C., "La trata", cit., p. 55; PÉREZ ALONSO, E.J., *Tráfico*, cit., p. 156; LLORIA GARCÍA, P., "El delito", cit., p. 360.

⁵⁷⁶ Las transacciones económicas se realizan a través del método *hawala*, muy utilizado entre comunidades de migrantes para enviar dinero rápidamente a los países de destino, pero también por redes de crimen organizado, por las dificultades para rastrear el movimiento de dinero. Vid. DIMITRIADI, A., "The Interrelationship", cit., p. 68.

⁵⁷⁷ Así lo estableció la exposición de motivos de la LO 5/2010. Esta esta también la opinión mayoritaria en la doctrina, vid., entre otros, MAYORDOMO RODRIGO, V., "Nueva regulación", cit., p. 352; SÁNCHEZ DOMINGO, M.B., "Trata", cit., p. 179; LLORIA GARCÍA, P., "El delito", cit., p. 375. La jurisprudencia también se ha pronunciado al respecto en numerosas ocasiones: STS 144/2018, de 22 de marzo; STS 298/2015, de 13 de mayo; STS 17/2014, de 28 de enero. Además, esta distinción se sostiene también en relación con la legislación internacional, vid. ROTH, V., *Defining Human Trafficking*, cit., p. 96.

habrá tantos delitos de trata como personas tratadas. Esto implica también que las personas tratadas adquirirán el estatus legal de víctimas, con la protección que ello conlleva, mientras que las personas traficadas no son consideradas víctimas, sino el objeto del delito, y, por lo tanto, nada impide que sean sancionadas por su situación migratoria irregular. En la distinción entre trata y tráfico subyace la diferenciación histórica entre migrantes inocentes que son tratados, y que deben ser protegidos, y los culpables migrantes irregulares, que deben ser deportados⁵⁷⁸.

Por tanto, la acción típica de ambos ilícitos puede ser la misma: la entrada irregular de extranjeros. Será la concurrencia de medios que invaliden el consentimiento y la existencia de una eventual intención de explotación lo que determine si nos encontramos ante un supuesto de trata o de tráfico. La distinción entre estas dos figuras resulta de extrema importancia a los efectos de estudiar la participación de funcionarios públicos en la trata de seres humanos, ya que la prueba acerca del conocimiento que el partícipe en la conducta tuviese de la intención de explotación determinará la aplicación de un delito u otro.

En cualquier caso, es extremadamente complejo distinguir estos dos delitos en la práctica. La dificultad es tal que algunos autores han llegado a hablar de la existencia de una “distinción legal artificial”, que constituye una simplificación excesiva de los fenómenos migratorios actuales⁵⁷⁹. En efecto, la realidad criminológica muestra que se trata de dos fenómenos estrechamente relacionados. En el contexto actual caracterizado por la precariedad del trabajo al que pueden acceder los migrantes, especialmente si su estatus es irregular, la frontera entre los procesos migratorios voluntarios y la explotación es cada vez más difusa⁵⁸⁰.

En ambos casos el inicio de la conducta delictiva puede ser coincidente: una persona llega a un acuerdo con otra para que facilite su cruce irregular de fronteras, con la esperanza de prosperar social y económicamente⁵⁸¹. De hecho, es habitual que las rutas, medios de transporte utilizados y países de destino de

⁵⁷⁸ Muy críticas con esta distinción, SUCHLAND, J., *Economies of Violence*, cit., pp. 74-81; y STOYANOVA, V., *Human Trafficking*, cit., p. 53.

⁵⁷⁹ En estos términos, GALLAGHER, A.T., *The International Law*, cit., p. 51, y DANDURAND, Y./ JAHN, J., “The Failing International Legal Framework on Migrant Smuggling and Human Trafficking”, en WINTERDYK, J./ JONES, J. (Eds.), *The Palgrave International Handbook of Human Trafficking*, Palgrave Macmillan, Cham, 2019, p. 5. Vid. también IGLESIAS SKULJ, A., *La trata*, cit., p. 109; SUCHLAND, J., *Economies of Violence*, cit., p. 81; ABRAMSON, K., “Beyond Consent”, cit., p. 479. En sentido contrario, defendiendo que la distinción entre trata y tráfico está clara, vid. CAMPANA, P./ VARESE, F., “Exploitation in Human Trafficking and Smuggling”, *European Journal on Criminal Policy and Research*, vol. 22, 2015, pp. 89-105.

⁵⁸⁰ IGLESIAS SKULJ, A., *La trata*, cit., p. 109 y 139; SUCHLAND, J., *Economies of Violence*, cit., p. 81; DANDURAND, Y./ JAHN, J., “The Failing International”, cit., p. 6.

⁵⁸¹ DIMITRIADI, A., “The Interrelationship”, cit., p. 66; VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La trata”, cit., p. 40.

la trata y el tráfico coincidan⁵⁸². Por este motivo, un mismo flujo migratorio, incluso un mismo vehículo o embarcación, puede contener migrantes tratados y traficados, sin que sea posible distinguirlos sin un análisis de la intención del sujeto activo en relación con el destino de cada persona⁵⁸³. En esta situación, dado que la intención de explotar es difícil de probar si no llega a materializarse, la persona migrante será considerada traficada y no tratada.

De acuerdo con la distinción legal, la relación entre traficante y migrante termina con la llegada al país de destino. Sin embargo, el análisis de las experiencias reales de migrantes muestra que habitualmente el precio a pagar por llegar a Europa es tan alto que la relación entre traficantes y migrantes perdura durante años⁵⁸⁴, es decir, durante el tiempo que estos últimos necesitan para pagar su deuda. En ocasiones, el único modo de pagar la deuda que contrajeron por el cruce ilegal de fronteras es aceptar condiciones de trabajo abusivas⁵⁸⁵. Es precisamente esa cantidad de dinero a pagar, la deuda, y el modo en que esta se delimite, lo que determina la distinción entre ambas conductas. Una deuda injusta e indeterminada convierte al migrante en el blanco perfecto para la explotación⁵⁸⁶, transformando lo que en un principio constituía una situación de migración irregular voluntaria en un delito de trata de seres humanos.

Además, en la distinción entre trata y tráfico en la práctica cobran especial relevancia los estereotipos de género. Tradicionalmente, el modo en que la trata y el tráfico se han definido y combatido ha estado marcado por conceptos estereotípicos sobre feminidad y masculinidad, según los cuales los hombres son el sostén económico familiar y, consecuentemente, los migrantes principales, mientras que las mujeres, limitadas a tareas en la esfera privada y doméstica, son migrantes secundarias, dependientes de los primeros⁵⁸⁷. Las mujeres y niños se han considerado víctimas a disposición de los tratantes, mientras que los hombres son vistos como sujetos capaces de tomar una decisión libre de migrar contratando los servicios de traficantes⁵⁸⁸. De ahí el tratamiento diferenciado

⁵⁸² En Europa, las principales rutas son: la ruta del Este, la ruta Centro-Europea, la ruta del Mediterráneo Este y la ruta del Mediterráneo sur. Los principales países Europeos de destino son Austria, Bélgica, Francia, Alemania, Italia, Países Bajos, España y el Reino Unido. Vid. DIMITRIADI, A., "The Interrelationship", cit., p. 67.

⁵⁸³ COMISIÓN EUROPEA, *Report of the Experts Group*, cit., p. 48.

⁵⁸⁴ SKILBREI, M./ TVEIT, M., "Defining Trafficking through Empirical Work: Blurred Boundaries and their Consequences", *Gender, Technology and Development*, vol. 12, núm. 1, 2008, p. 25.

⁵⁸⁵ ROTH, V., *Defining Human Trafficking*, cit., p. 98.

⁵⁸⁶ SCARPA, S., *Trafficking in Human Beings: Modern Slavery*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 69; JOKINEN, A., "Irregular Migration, Trafficking in Persons and Prevention of Exploitation", en CARRERA, S./ GUILD, E., *Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings: Policy Dilemmas in the EU*, Centre for European Policy Studies (CEPS), Bruselas, 2016, p. 70.

⁵⁸⁷ ANDRIJASEVIC, R., "Trafficking", cit., p. 59; ROTH, V., *Defining Human Trafficking*, cit., p. 101; ABRAMSON, K., "Beyond Consent", cit., p. 479.

⁵⁸⁸ ELLIOT, J., *The Role*, cit. p. 105; VAN LIEMPT, I., "Trafficking", cit., p. 35; ROTH, V., *Defining Human Trafficking*, cit., p. 101; OUDE BREUIL, B.C, et al., "Human Trafficking revisited", cit., p. 40.

entre personas tratadas, que adquieren el estatus de víctimas, y personas traficadas, legalmente configuradas como “objeto del delito”⁵⁸⁹. Si bien en la actualidad cada vez más estudios demuestran que no solo los hombres son traficados y que no solo las mujeres son tratadas y que esta división basada en el género es extremadamente simplista, existe un riesgo importante de que estas visiones preconcebidas influyan en la aplicación práctica de estos tipos penales⁵⁹⁰.

7. CONCLUSIONES. SOBRE LA NECESIDAD DE REPENSAR LA TRATA

A lo largo de este capítulo se ha puesto de manifiesto la complejidad a la hora de definir la trata de seres humanos. En el fondo, el debate tiene que ver con qué se pretende castigar con la trata: la conducta de quien engaña u obliga a otra persona a migrar con el fin de explotarla o la de quien explota en el lugar de destino a alguien que quería migrar voluntariamente⁵⁹¹. La definición de trata en la legislación internacional, europea y española hace referencia a un proceso de coerción o engaño hacia la explotación, por lo que solo abarcaría la primera conducta⁵⁹². Esta interpretación se refuerza con el análisis histórico de la regulación en la materia. Lo que trataban de evitar los convenios internacionales en los que se originó la definición de trata era la inmigración involuntaria con fines de explotación en la prostitución. El concepto jurídico de trata coincidía con el relato imperante en la época: la necesidad de proteger a personas (mujeres) inocentes y vulnerables, que no querían migrar, pero que eran obligadas a hacerlo. Los otros, aquellos que migraban voluntariamente, recibían un tratamiento jurídico distinto, no eran víctimas y no merecían protección. Quienes ayudaban a estos últimos eran traficantes de migrantes ilegales, no tratantes de personas. La dicotomía entre tráfico y trata basada en el consentimiento era entonces clara⁵⁹³.

En contexto actual, sin embargo, se tiene constancia de que los casos de personas forzadas o engañadas para migrar son prácticamente inexistentes. Las víctimas de trata son, en su mayoría, migrantes voluntarios que encuentran en

⁵⁸⁹ Vid. esta distinción en PÉREZ ALONSO, E.J., *Tráfico*, cit., pp. 156 y 166; IGLESIAS SKULJ, A., *La trata*, cit., p. 109.

⁵⁹⁰ VILLACAMPA ESTIARTE considera que esta distinción de género podría haber tenido cabida en un principio en la lucha contra la trata, pero que, en la actualidad, parece haber sido superada. VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La trata”, cit., p. 49.

⁵⁹¹ STOYANOVA, V., *Human Trafficking*, cit., p. 36.

⁵⁹² STOYANOVA, V., *Human Trafficking*, cit., p. 36.

⁵⁹³ Para un análisis crítico del discurso dominante sobre la trata, vid. CAPOUS-DESYLLAS, M., “A Critique of the Global Trafficking Discourse and U.S. Policy”, *Journal of Sociology & Social Welfare*, vol. 34, núm. 4, 2007, pp. 57-80; MAQUEDA ABREU, M.L., “Demasiados artificios en el discurso jurídico sobre la trata de seres humanos”, en DE LA CUESTA AGUADO, P.M., et al., *Liber Amicorum. Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Juan M^a. Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 1197-1211; MACHADO RUIZ, M.D., “Desmontando”, cit., pp. 605-630.

los lugares de destino condiciones de explotación⁵⁹⁴. Los medios comisivos (violencia, intimidación, engaño, abuso...) no son necesarios para convencer a la persona de que inicie un proceso migratorio, sino para mantener el control sobre ella en el lugar destino y poder así explotarla. Los medios comisivos no inciden tanto en las acciones (captación, transporte, traslado, recibimiento, acogimiento, etc.), tal y como exige la actual definición de trata, cuanto en la posterior explotación. El tratante no engaña a la víctima para que quiera migrar, sino sobre las condiciones de trabajo en el lugar de destino. De ahí que la distinción entre trata y tráfico sea ahora mucho más compleja.

La definición de trata actual, heredera de la legislación contra la trata de blancas, está pensada para responder a un paradigma que prácticamente no existe en la actualidad (y que ni siquiera se sabe con certeza si fue mayoritario en el pasado). Los Estados, en su deseo por reforzar el control de sus fronteras, se han concentrado en el elemento movilizador de la trata y no en la explotación⁵⁹⁵. Así en algunos ordenamientos jurídicos como el español, la trata se concibe únicamente como el proceso hacia la explotación. Además de contribuir a la confusión entre trata y tráfico, el problema de esta interpretación es que el movimiento conducente a la explotación está más penado que la explotación misma. Paradójicamente, conductas que no dejan de ser el acto preparatorio de un delito posterior se castigan con mucha más pena que el ilícito consumado. De hecho, los trabajos forzados, la esclavitud, la servidumbre y prácticas análogas ni siquiera están tipificadas en el Código Penal como delito, sino únicamente como finalidades de explotación de la trata⁵⁹⁶. Esta interpretación conduce también al exceso punitivo resultante de la aplicación conjunta del delito de tráfico de migrantes (art. 318 bis), trata de personas (art. 177 bis), y el correspondiente

⁵⁹⁴ Analiza este aspecto en la trata con fines de explotación sexual ROTH, V., *Defining Human Trafficking*, cit., p. 73. Asimismo, SKILBREI y TVEIT, en sus investigaciones empíricas sobre mujeres nigerianas dedicadas a la prostitución en Noruega, señalan que la mayoría de las entrevistadas eran migrantes voluntarias y que, cuando no lo eran, habían sido sus familias y no los tratantes quienes habían tomado la decisión por ellas. Vid. SKILBREI, M./ TVEIT, M., "Defining Trafficking", cit., p. 25. En el mismo sentido, MCCARTHY afirma a partir de la revisión de estudios previos que muchas personas consideradas víctimas de trata son "participantes activas en su propia decisión de dejar sus países y buscar trabajo en el extranjero". Vid. MCCARTHY, L.A., "Human Trafficking", cit., p. 228. En España, el Defensor del Pueblo ha señalado también que "es cierto que muchas víctimas de trata inician su viaje consintiendo ser trasladadas ilícitamente de un país a otro, pero en el transcurso de su viaje son engañadas o forzadas a soportar situaciones de explotación con lo que se convierten en víctimas de la trata de personas". Vid. DEFENSOR DEL PUEBLO, *La trata de seres humanos en España: víctimas invisibles*, cit., p. 274.

⁵⁹⁵ COMISIÓN EUROPEA, *Report of the Experts Group*, cit., p. 48. En este sentido, vid. MAQUEDA ABREU, M.L., "Demasiados artificios", cit., ppp. 1201-1206; PÉREZ ALONSO, E., "Tratamiento jurídico-penal", cit., pp. 357-358.

⁵⁹⁶ Todo ello en contra de las múltiples recomendaciones por parte de organismos internacionales como, por ejemplo, la Comisión Europea. Vid. COMISIÓN EUROPEA, *Report of the Experts Group*, cit., p. 56. Comparten esta crítica: GUIASOLA LERMA, C., "Formas Contemporáneas de esclavitud", cit., p. 210; MAQUEDA ABREU, M.L., "Trata y esclavitud", cit., pp.1254-1256; SÁNCHEZ DOMINGO, M.B., "Trata", cit., p. 192; POMARES CINTAS, E., *El Derecho*, cit., p. 139; PÉREZ ALONSO, E., "Tratamiento jurídico-penal", cit., p. 354.

delito de explotación (si es que existe), que roza peligrosamente el bis in ídem. Desde la perspectiva de las víctimas, como afirman SKILBREI y TVEIT, las políticas públicas que se basan en suposiciones falsas producen un gran peligro de no atender a las necesidades reales de las personas migrantes⁵⁹⁷.

Es precisamente para evitar esta perniciosa consecuencia por lo que algunos autores⁵⁹⁸, instituciones⁵⁹⁹ y los legisladores de algunos países han optado por equiparar trata y explotación. La propia legislación penal sobre la trata, tanto a nivel europeo como en España, parece en ocasiones confundir la trata con la explotación. La sanción a las personas jurídicas por el delito de trata, por ejemplo, será una multa proporcional a los beneficios obtenidos, beneficios que habitualmente se obtienen en la fase de explotación, no en el proceso hacia ella⁶⁰⁰. Esto muestra que cuando el legislador habla de los beneficios de la trata, a lo que en realidad se refiere es a los beneficios de la explotación.

Aunque, como vimos, el principio de legalidad impide aplicar esta interpretación a la tipificación actual de la trata, hay que señalar en su favor que pretende conseguir un objetivo muy necesario: dar respuesta a la realidad migratoria y criminológica actual, tipificando la explotación de los migrantes y no su proceso migratorio. Desde luego, en las políticas actuales contra la trata resulta clave desplazar el foco de atención hacia la garantía de las condiciones laborales dignas y el respeto a los derechos humanos⁶⁰¹. Otro argumento en favor de este cambio de perspectiva es que, en la práctica, es la explotación efectiva lo que constituye el punto de inicio de las investigaciones sobre trata y la prueba principal de las condenas. Algo que resulta completamente lógico, porque por más que el delito de trata se consume simplemente con la intención de explotar, será muy difícil determinar si las condiciones que se pretende imponer a las víctimas cumplen los requisitos de alguna de las modalidades de explotación antes de que esta ocurra⁶⁰².

Por ello, tal vez sería conveniente repensar qué se quiere castigar realmente y replantearse la respuesta penal a este problema. Sería mucho más sencillo establecer una distinción clara entre el tráfico de personas, con independencia de la finalidad que tenga dicho transporte, y el correspondiente delito de explotación, agravando aquellos supuestos en los que previamente se

⁵⁹⁷ SKILBREI, M./ TVEIT, M., "Defining Trafficking", cit., p. 25.

⁵⁹⁸ En este sentido: GALLAGHER, A.T., *The International Law*, cit., p. 47; ELLIOT, J., *The Role of Consent in Human Trafficking*, Routledge, Abingdon, 2016, p. 54.; ROTH, V., *Defining Human Trafficking*, cit., pp. 72 y ss;

⁵⁹⁹ OIT, *Forced Labour and Human Trafficking: Casebook of Court Decisions*, 2009, p. 2; COMISIÓN EUROPEA, *Report of the Experts Group*, cit., p. 56.

⁶⁰⁰ Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas por trata, vid. RODRÍGUEZ LÓPEZ, S., "Criminal Liability of Legal Persons for Human Trafficking Offences in International and European Law", *Journal of Trafficking and Human Exploitation*, vol. 1, núm. 1, 2017, pp. 95-114.

⁶⁰¹ CAPOUS-DESYLLAS, M., "A Critique", cit., p. 58.

⁶⁰² Vid. UNODC, *The International Legal Definition*, cit., p. 17.

comercie con las personas⁶⁰³. Esta solución no conduciría a impunidad alguna, pues, si la explotación no llega a producirse, ya existe la tentativa para dar respuesta a esas conductas⁶⁰⁴.

Así pues, en lo que a la sanción penal de la corrupción relacionada con la trata se refiere, solo si el tipo básico de la trata está perfectamente delimitado, será posible saber en qué casos se agravará la conducta del funcionario público implicado en ella. No es posible sancionar penalmente conductas corruptas relacionadas con la trata si la delimitación de este delito es confusa. Desde una perspectiva estrictamente jurídica, el fenómeno de la corrupción relacionada con la trata se limitaría al proceso por el cual se adquiere el dominio sobre una persona para su explotación. Sin embargo, como veremos en las siguientes páginas, el análisis de la realidad criminológica muestra que la corrupción relacionada con la trata no solo se manifiesta en esa fase previa, relacionada usualmente con la facilitación de un proceso migratorio, sino que también, y fundamentalmente, tiene que ver con la materialización y el mantenimiento de la situación de explotación. Por ello, el replanteamiento que aquí se sugiere, más centrado en la explotación, podría servir para mejorar la respuesta penal frente a este fenómeno.

Una vez analizado en profundidad el concepto de trata de seres humanos, es necesario determinar qué se entiende por corrupción, para posteriormente poder analizar los vínculos entre ambas.

⁶⁰³ Son varias las alternativas propuestas. LLORIA GARCÍA, P., (“El delito”, cit., p. 398), plantea la posibilidad de sustituir el artículo 177 bis CP por una fórmula abierta que permita castigar cualquier clase de tráfico de personas en contra de su voluntad, con independencia de la finalidad de explotación y sugiere crear un delito de esclavitud para los casos en que este vaya seguido de explotación. PÉREZ ALONSO, E., (“Tratamiento jurídico-penal”, cit., pp. 364) sugiere crear un nuevo título en el Código Penal en el que se tipifiquen de modo unitario y autónomo las formas contemporáneas de esclavitud, es decir, la trata, el sometimiento a trabajos forzados, a servidumbre y a esclavitud, como cuatro delitos distintos. De modo similar, POMARES CINTAS (“Directrices”, cit., p. 785 y ss) propone tipificar la “explotación económica en condiciones asimiladas a la esclavitud”. También propone crear un delito de esclavitud, aunque añade que “el nombre es lo de menos”, MAQUEDA ABREU, M.L., “Demasiados artificios”, cit., p. 1209. Por su parte, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., (“Trata”, cit., p. 8) plantea la unificación del castigo de trata y explotación. Asimismo, SÁNCHEZ TOMÁS, reflexiona sobre la posibilidad de dar mayor importancia a la “explotación” como término conceptualizador de este fenómeno. Vid. SÁNCHEZ TOMÁS, J.M., “Prólogo. ¿Por qué le llaman trata cuando quieren decir explotación?” en ALCÁCER GUIRAO, R., et al. (Coords.), cit., p.13-18. En el contexto internacional, señalan también la necesidad de replantearse los conceptos de trata y tráfico, entre otros, DANDURAND, Y./ JAHN, J., “The Failing International”, cit., p. 14.

⁶⁰⁴ COMISIÓN EUROPEA, *Report of the Experts Group*, cit., p. 56.

CAPÍTULO III. UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE CORRUPCIÓN

1. INTRODUCCIÓN

Se dice de la corrupción que no es posible ni necesario definirla porque todos la reconocen cuando están frente a ella⁶⁰⁵. Puede que esta afirmación sea cierta. El término “corrupción” se usa de modo generalizado, tanto coloquialmente como en trabajos académicos o incluso en textos legales, sin hacer precisión alguna en relación con su significado. Sin ir más lejos, la Proposición de Ley Integral contra la Corrupción y Protección de los Denunciantes⁶⁰⁶, propuesta en 2016 y cuya tramitación todavía no ha concluido, incluye la palabra “corrupción” en su título y para delimitar el objeto de la Ley⁶⁰⁷, sin que ni en el propio texto de la Proposición ni en las enmiendas al articulado se defina el alcance de este término. Pero lo cierto es que, a día de hoy, no existe, ni a nivel nacional ni internacional, una definición precisa, capaz de englobar todas las formas y grados de corrupción⁶⁰⁸.

Durante décadas ha habido una demanda sin precedentes de un concepto único y universal de corrupción⁶⁰⁹. La corrupción ha sido definida de modos diferentes por politólogos, sociólogos, juristas y economistas, quienes han adaptado sus propuestas conceptuales a las necesidades propias de sus campos de estudio⁶¹⁰. Además, cuando se habla de corrupción, es frecuente que las definiciones técnicas y profesionales más especializadas choquen con el significado mucho más amplio otorgado por los medios y la población en

⁶⁰⁵ HOLMES, L., *Corruption: A Very Short Introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 15. También utiliza esta expresión THOUMI, F.E., “La relación entre corrupción y narcotráfico: un análisis general y algunas referencias a Colombia”, *Revista de Economía del Rosario*, vol. 2, núm. 1, 2010, p. 12.

⁶⁰⁶ Proposición de Ley Integral de Lucha contra la Corrupción y Protección de los Denunciantes (122/000022), presentada el 15/09/2016, calificada el 20/09/2016. Disponible en: [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?piref73_214829_5_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW12&FMT=INITXDSS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=FIFO&QUERY=\(122%2F000022*.NDOC](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?piref73_214829_5_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW12&FMT=INITXDSS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=FIFO&QUERY=(122%2F000022*.NDOC).

⁶⁰⁷ Artículo 1, apartado b: “La presente Ley tiene por objeto constituir una Autoridad Independiente de Integridad Pública garante de la recta actuación del sector público estatal frente a la corrupción”.

⁶⁰⁸ En esta línea, ver también BACIO TERRACINO, J., *The International Legal Framework against Corruption. States' Obligations to Prevent and Repress Corruption*, Intersentia, Cambridge, 2012, p. 7; SZAREK-MASON, P., *The European Union's Fight Against Corruption: The Evolving Policy Towards Member States and Candidate Countries*, Cambridge University Press, Nueva York, 2010, p. 6; FARRALES, M.J., “What is Corruption?: A History of Corruption Studies and the Great Definitions Debate”, *SSRN Electronic Journal*, 2005, pp. 13 y 32; BOERSMA, M., *Corruption: a Violation of Human Rights and a Crime under International Law?*, Intersentia, Cambridge, 2012, p. 25; IVORY, R., *Corruption, Asset Recovery, and the Protection of Property in Public International Law. The Human Rights of Bad Guys*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, p. 22; PEARSON, Z., “An international human rights approach to corruption” en LARMOUR, P./ WOLANIN, N., *Corruption and Anti-Corruption*, Asia Pacific Press, Canberra, 2013, pp. 32 ss.

⁶⁰⁹ BROWN, A.J., “What are We Trying to Measure? Reviewing the Basics of Corruption Definition” en SAMPFORD, C./ SHACKLOCK, A./ CONNORS, C./ GALTUNG, F. (Eds.), *Measuring Corruption*, Ashgate publishing, Aldershot, 2007, p. 57.

⁶¹⁰ BACIO TERRACINO, J., *The International*, cit., p. 25; SZAREK-MASON, P., *The European*, cit., p. 6; FARRALES, M.J., “What is Corruption?”, cit., pp. 1-2.

general⁶¹¹. Este es precisamente el primer obstáculo en la búsqueda de una definición común: es poco probable alcanzar un concepto unívoco o unitario de corrupción, que sea válido para todos los propósitos⁶¹².

Desde el punto de vista lingüístico, la corrupción no solo no tiene el mismo significado en todos los idiomas, sino que el sentido del término en la misma lengua varía a lo largo de la historia. Así, la palabra “corrupción”, al igual que todos sus homólogos en otros idiomas provenientes del latín “corrumpere”, significa declive, deterioro, decadencia, perversión⁶¹³; mientras que, por ejemplo, en Urdu, lengua hablada en Pakistán e India, se habla de “be-imaan”, que implica falta de consciencia⁶¹⁴. Incluso centrándose únicamente en las lenguas que provienen del latín, el significado ha ido cambiando con el tiempo. En su origen, el concepto de corrupción tenía asociada una connotación de desviación de un deber moral en sentido amplio, que incluso podía aplicarse en el ámbito de las relaciones afectivas o sexuales⁶¹⁵, mientras que en la actualidad se trata un concepto más restringido, que se refiere a acciones específicas de los individuos relacionadas con el mal uso de una posición institucional⁶¹⁶.

En relación con lo anterior, se plantea una segunda gran dificultad a la hora de definir la corrupción. Es imposible alcanzar una única definición universal de corrupción porque su significado depende del contexto cultural, social y político en el que el término es usado⁶¹⁷. Lo que en algunas culturas es

⁶¹¹ PHILP, M., “The Definition of Political Corruption” en HEYWOOD, P.M. (Ed.), *Routledge Handbook of Political Corruption*, Routledge, Nueva York, 2015, pp. 18 ss.

⁶¹² BUSSELL, J., “Typologies of Corruption: A Pragmatic Approach” en ROSE-ACKERMAN, S./ LAGUNES, P. (Eds.), *Greed, Corruption, and the Modern State. Essays in Political Economy*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham-Northampton, 2015, p. 42; FARRALES, M.J., “What is Corruption?”, cit., p. 13; DE LA MATA BARRANCO, N.J., “La lucha contra la corrupción política”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 18-1, 2016, p. 4. Sobre si es necesario o no definir la corrupción, vid. BROWN, A.J., “What are we trying to measure?”, cit., p. 69.

⁶¹³ Sobre la etimología del término corrupción vid.: MIKKELSEN, K.S., “In murky waters: a disentangling of corruption and related concepts”, *Crime, Law and Social Change*, núm. 60, 2013, pp. 359 ss. BACIO TERRACINO habla de “destrucción o decadencia moral”, en BACIO TERRACINO, J., *The International*, cit., p. 8. “Declive, deterioro” en ROTHSTEIN, B./ VARRAICH, A., *Making Sense of Corruption*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, p. 46. “Decadencia o perversión moral” según KINDHÄUSER, U., “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán”, *Política Criminal*, núm. 3, 2007, A1, p. 5. La raíz “-rumpere” significa romper, arruinar, destruir, romper moralmente, según VAN SCHOOR, B., *Fighting Corruption Collectively: How successful are sector-specific coordinated Governance initiatives in Curbing Corruption?*, Springer, Munich, 2017, p. 12.

⁶¹⁴ ROTHSTEIN, B./ VARRAICH, A., *Making Sense of Corruption*, cit., p. 46.

⁶¹⁵ De ahí el uso de “corrupción de menores” en el Código Penal.

⁶¹⁶ BACIO TERRACINO, J., *The International*, cit., pp. 8-10; MIKKELSEN, K.S., “In murky”, cit., p. 359.

⁶¹⁷ FARRALES dice que es imposible definir la corrupción de modo universal porque se trata de “un fenómeno transsistémico, transtemporal y transcultural”, en FARRALES, M.J., “What is Corruption?”, cit., p. 32. BROWN se refiere al término “corrupción” como: “una palabra con muchos significados” en BROWN, A.J., “What are we trying to measure?”, cit., p. 61. En el mismo sentido vid.: HOLMES, L., *Corruption*, cit., p. 1; BOERSMA, M., *Corruption*, cit., pp. 25 ss.; SZAREK-MASON, P., *The European*, cit., p. 11; BROOKS, G., *Criminology of corruption: theoretical approaches*, Palgrave Mcmillan, London, 2016, p. 19 ss.

inaceptable y corrupto será una práctica normal en otras⁶¹⁸. Incluso en países o regiones con contextos sociales, culturales y económicos similares puede ser difícil alcanzar un acuerdo sobre qué es y qué no es corrupción⁶¹⁹. Un claro ejemplo sería el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Galicia núm. 7/ 2017, de 27 de marzo de 2017, en el que se debate si la recepción de botellas de vino de alto valor económico por parte de varios cargos públicos autonómicos excede los usos habituales, sociales o de cortesía y si debe por ello tratarse de una conducta típica penalmente o no.

No obstante, aunque no sea posible alcanzar una definición universal de corrupción, existen ciertos elementos generales o descriptivos sobre los que sí hay cierto consenso⁶²⁰. Desde un punto de vista jurídico, la adopción de iniciativas y normativa internacional anti-corrupción ha contribuido al establecimiento de elementos comunes a la definición de corrupción⁶²¹. Como se

⁶¹⁸ Esta misma idea es compartida por numerosos autores. Entre ellos: BOERSMA, M., *Corruption*, cit., pp. 25 ss.; HOUGH, D., *Analysing Corruption*, Agenda Publishing, Nueva York, 2018, p. 45; VON ALEMANN, U., "The unknown depths of political theory: the case for a multidimensional concept of corruption", *Crime, Law and Social Change*, núm. 42, 2004, pp. 28-31; GARDINER, J., "Defining Corruption", en PUNCH, M./ KOLTHOFF, E./ VAN DER VIJER, K./ VAN VLIET, B. (Eds.), *Coping with Corruption in a Borderless World*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer-Boston, 1993, p. 36; FARRALES, M.J., "What is Corruption?", cit., pp. 32-36. Este último afirma que la corrupción es tan sensible a las variaciones culturales que los índices de percepción de corrupción no son un buen método para medirla. De hecho, argumenta que el Índice de Percepción de la Corrupción de Transparencia Internacional, a pesar de adoptar una definición común, es decir, el abuso de una posición de poder para obtener un beneficio privado, es un índice compuesto en el que la puntuación de cada país es calculada en base a diferentes indicadores. FARRALES, M.J., "What is Corruption?", cit., p. 41.

⁶¹⁹ HOUGH, D., *Analysing*, cit., p. 45.

⁶²⁰ Para algunos autores, a pesar de que el término corrupción no tenga las mismas connotaciones en todos los idiomas y de que la concepción pública varíe en diferentes culturas, existe cierto entendimiento común sobre lo que es corrupción. ROTHSTEIN y VARRAICH, por ejemplo, argumentan que, incluso si una sociedad enfatiza la importancia de dar regalos, estos no pueden sobrepasar unos límites permitidos ni justificar la inobservancia de los deberes públicos (ROTHSTEIN, B./ VARRAICH, A., *Making Sense*, cit., p. 30). Consideran que, pese a sus diferencias, existe un elemento común que nos permite clasificar a todas las conductas bajo la categoría de corrupción, del mismo modo que se clasifica una gallina, un avestruz o un águila bajo la categoría de aves, aunque no sean exactamente iguales (Ibid., p. 45). Además, argumentan que estudios sobre la percepción de la corrupción muestran cómo gente de entornos tan diferentes como India, África subsahariana o Dinamarca tienen visiones muy similares sobre lo que es y lo que no es corrupción (Ibid., p. 47). En la misma línea, KURER sostiene que, aunque hay prácticas que son consideradas corruptas en China que no serían consideradas corruptas en Europa y viceversa, es posible afirmar la existencia de una idea común de corrupción centrada en el abuso de funciones públicas, puesto que el principio de imparcialidad en el ejercicio de las funciones públicas está universalmente aceptado (KURER, O., "Definitions of Corruption", en HEYWOOD, P.M. (Ed.), *Routledge Handbook of Political Corruption*, Routledge, Nueva York, 2015, p. 38). Por su parte, GARDINER afirma que la existencia de diferencias en la definición de corrupción entre países no significa que no haya consistencia en actitudes sobre corrupción (GARDINER, J., "Defining Corruption", cit., p. 36). En sentido contrario, las posiciones que sostienen que existe un concepto único y universal de corrupción han sido criticadas por ser neoliberales, occidentalizadas y post-coloniales (Vid., GUSTAVSON, M., *Auditing good government in Africa: Public sector reform, professional norms and the development discourse*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2014).

⁶²¹ Señala BACIO TERRACINO que se está produciendo un proceso de armonización del derecho sustantivo que está contribuyendo a la homogeneización del concepto de corrupción y a la

ha explicado en el capítulo I, al tratarse de un fenómeno transnacional, la necesidad de prevenirlo y combatirlo de modo conjunto entre varios países ha exigido cierto consenso en la delimitación conceptual de la corrupción, al menos en términos generales⁶²².

Sin embargo, la internacionalización de la lucha anti-corrupción no impide que los Estados adopten posiciones diferentes en sus legislaciones nacionales⁶²³. Las definiciones jurídico-penales a nivel nacional, por la vigencia estricta del principio de legalidad, exigen un alto nivel de precisión que no puede alcanzarse con aproximaciones conceptuales genéricas. Además, los aspectos sociales y culturales de cada lugar donde la ley se va a aplicar deben ser tenidos en cuenta a la hora de estudiar las causas y consecuencias de la corrupción, así como a la hora de diseñar e implementar políticas para erradicarla⁶²⁴. En este sentido, un estudio comparado sobre la legislación contra la corrupción en Gran Bretaña, Francia y Portugal refleja cómo la necesidad de tipificar prácticas corruptas no se ha sentido con la misma intensidad en diferentes países, y pone de manifiesto la diversidad conceptual entre los diferentes sistemas legales⁶²⁵. En el caso de España, aunque pueda existir un uso social más o menos generalizado del término, la corrupción no está definida en el Código Penal, ni constituye una única figura delictiva, sino varias conductas típicas con otras denominaciones incluidas de manera dispersa por el Código⁶²⁶.

Así, es posible realizar una aproximación conceptual a la corrupción a partir del estudio de elementos descriptivos, de carácter general, sobre los que existe cierto consenso a nivel internacional. Este ha de complementarse con una

consecución de una definición internacional de corrupción, debido a que las convenciones internacionales obligan a los Estados parte a criminalizar ciertas conductas corruptas en sus legislaciones internas (BACIO TERRACINO, J., *The International*, cit., p. 18).

⁶²² DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Iniciativas internacionales”, cit., p. 23; GARCÍA SÁNCHEZ, B., “¿Es posible y necesario un concepto unitario de corrupción? Persecución de los delitos de corrupción en los últimos años”, en PASTOR PALOMAR, A./ JIMÉNEZ GARCÍA, F./ ROPERÓ CARRASCO, J. (Dirs.), *Blanqueo de capitales y corrupción. Interacciones para su erradicación desde el derecho internacional y los sistemas nacionales*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, p. 238.

⁶²³ HOUGH, D., *Analysing*, cit., p. 45.

⁶²⁴ BOERSMA, M., *Corruption*, cit., p. 32.

⁶²⁵ DE SOUSA, L., “Hard responses to corruption: Penal standards and the repression of corruption in Britain, France and Portugal”, *Crime, Law and Social Change*, núm. 38, 2002, pp. 267–294.

⁶²⁶ En general, la doctrina es favorable a esta solución. QUERALT JIMÉNEZ afirma que “crear un capítulo en el Código Penal que haga referencia específica a este tipo de infracciones englobadas bajo la rúbrica de corrupción no mejoraría su combate, pues sería un cambio nominal, no necesariamente sustancial” (QUERALT JIMÉNEZ, J.J., “Reflexiones marginales sobre la corrupción”, *Revista Crítica Penal y Poder*, núm. 2, 2012, p. 1). Según este autor, resumir la corrupción en un solo hecho típico ‘no resulta imaginable’ (Ibid., p.1). Por su parte, GARCÍA SÁNCHEZ sostiene que, aunque es aconsejable tener un concepto genérico de corrupción para saber el alcance de la prohibición y la distinción con figuras afines, es aconsejable mantener las distintas tipificaciones penales, debido a la pluralidad de acciones típicas y a la diversidad de bienes jurídicos protegidos (GARCÍA SÁNCHEZ, B., “¿Es posible”, cit., p. 238). En relación con el Derecho Penal alemán, KINDHÄUSER desaconseja también la formulación de la corrupción como un delito autónomo debido a la pluralidad de bienes jurídicos atacados (KINDHÄUSER, U., “Presupuestos”, cit., p. 2).

aproximación de carácter normativo, compuesta por las diferentes figuras delictivas incluidas dentro del concepto de corrupción en cada lugar. En esta aproximación, mucho más específica, no solo se tendrá en cuenta el modo en que el legislador ha tipificado las diferentes figuras delictivas que engloba la corrupción, sino también el modo en que estas se aplican en la práctica, lo que estará influenciado por las prácticas sociales de cada país⁶²⁷.

Por tanto, por los motivos expuestos anteriormente, no se pretende en este capítulo ofrecer una definición universal y unívoca de la corrupción. Esta tarea, abordada ya por numerosos estudios previos, sería, en palabras de FARRALES, no solo “hercúlea”, porque requiere un conocimiento inmenso de los diferentes tipos de corrupción que existen y han existido; sino también en cierta medida “sísifa” o poco útil, porque nuestras percepciones de la corrupción varían a lo largo del tiempo y en diferentes lugares ⁶²⁸. Aun así, incluso si la afirmación con la que se empezaba este capítulo pudiese ser cierta en los usos más coloquiales, cuando se habla de corrupción en un ámbito jurídico, es necesario realizar, al menos, una cierta aproximación a la conceptualización de este término. Así, el objetivo de las siguientes páginas es demarcar qué se entiende por corrupción a partir de sus características y tipologías, para poder así determinar en capítulos posteriores cuáles son sus vínculos con la trata de seres humanos. La primera sección de este capítulo revisará los principales debates sobre el concepto de corrupción, tratando de destacar sus puntos fuertes y sus debilidades. Posteriormente, se abordarán los elementos o características de la corrupción desde una perspectiva amplia (elemento descriptivo) y a partir de ellos se deducirán las figuras delictivas concretas del Código Penal español que conforman la descripción normativa de la corrupción.

2. DIFERENTES APROXIMACIONES AL CONCEPTO DE CORRUPCIÓN

La literatura académica sobre corrupción, centrada fundamentalmente en la búsqueda de un concepto, alcanza un momento de expansión en los años

⁶²⁷ BACIO TERRACINO afirma que toda definición de corrupción está compuesta por un elemento descriptivo y otro normativo. El descriptivo se corresponde con la definición de corrupción de Transparencia Internacional, mientras que el normativo son las conductas corruptas criminalizadas por las leyes de cada país. Vid. BACIO TERRACINO, J., *The International*, cit., pp. 14-18. En este sentido, NICHOLS distingue también entre una “definición conceptual”, más amplia, de una “definición legal”, mucho más precisa por imperativo del principio de legalidad y en aras a garantizar la seguridad jurídica. Vid. NICHOLS, P.M., “What is Organizational Corruption?”, en ABLÄNDER, M.S./ HUDSON, S. (Eds.), *The Handbook of Business and Corruption. Cross-Sectorial Experiences*, Emerald Publishing, Bingley, 2017, pp.8-9. También ACALE SÁNCHEZ destaca la importancia de distinguir entre un concepto descriptivo y otro normativo, ‘esclavo de la letra de la ley’ (ACALE SÁNCHEZ, M., “Limitaciones criminológicas y normativas del concepto de corrupción”, en PUENTE ABA, L.M. (Dir.)/ FUENTES LOUREIRO, M.A./ RODRÍGUEZ LÓPEZ, S. (Coords.), *La proyección de la corrupción en el ámbito penal: análisis de una realidad transversal*, Comares, Granada, 2017, p. 33.

⁶²⁸ FARRALES, M.J., “What is Corruption?”, cit., pp. 1-2.

setenta⁶²⁹, coincidiendo con las primeras iniciativas para criminalizar el soborno de funcionarios extranjeros en las transacciones comerciales internacionales⁶³⁰. Diferentes disciplinas, particularmente en el ámbito del derecho, la sociología, la ciencia política y la economía, han analizado el tema de la corrupción desde diferentes perspectivas, sin que se haya alcanzado consenso sobre una definición común⁶³¹.

Existen casi tantas definiciones de corrupción como autores han estudiado este tema. Sin embargo, es posible clasificarlas según el elemento definitorio principal de cada una de ellas. En 1970, HEIDENHEIMER⁶³² distinguió entre tres tipos de definiciones: las centradas en la función pública (*public office-centered*), las centradas en el mercado (*market-centered*) y las centradas en el interés público (*public interest-centered*). Esta clasificación sigue siendo útil en la actualidad para identificar los principales debates teóricos en torno al concepto de corrupción que, como veremos, van a tener su reflejo en la determinación de las aproximaciones descriptiva y normativa.

2.1. Definiciones centradas en la función pública o legalistas

El origen de las definiciones centradas en el abuso de la función pública se encuentra en NYE⁶³³, quien a finales de la década de los sesenta definió la corrupción como “un comportamiento que se desvía de los deberes formales asociados a la función pública movido por la obtención de ganancias privadas (para sí mismo, familiares o amistades), ya sean pecuniarias o relativas al status”⁶³⁴. Este tipo de definiciones se extendieron rápidamente en los años posteriores. Su uso generalizado se ha atribuido al hecho de que se trata de una definición de mínimos, es decir, en ella se recogen elementos comunes que son

⁶²⁹ Antes de la década de los 60, la literatura académica sobre corrupción era muy escasa (THOUMI, F.E., “La relación”, cit., p.12).

⁶³⁰ Vid. capítulo I.

⁶³¹ ROTHSTEIN, B./ VARRAICH, A., *Making Sense*, cit., p. 17; RODRÍGUEZ COLLAO, L., “Delimitación del concepto penal de corrupción”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. 25, 2004, p. 341.

⁶³² HEIDENHEIMER, A.J./ JOHNSTON, M./ LEVINE V.T., *Political Corruption: a Handbook*, Transaction Publishers, New Brunswick, 1989.

⁶³³ Sitúan en NYE el origen de este tipo de definiciones los siguientes autores: NICHOLS, P.M., “What is”, cit., p. 7; ANDERS, G./ NUITJEN, M., “Corruption and the Secret of Law: An Introduction”, en ANDERS, G./ NUITJEN, M. (Eds.), *Corruption and the Secret of Law. A Legal Anthropological Perspective*, Ashgate, Burlington, 2007, p. 14; BACIO TERRACINO, J., *The International*, cit., p. 12; HOUGH, D., *Analysing*, cit., p. 47; JOHNSTON, M., “The search for definitions: the vitality of politics and the issue of corruption”, *International Social Science Journal*, vol. 48, núm. 149, 2008, p. 323; MORGAN, A.L., *Corruption: Causes, Consequences, and Policy Implications: A Literature Review*, Asia Foundation, San Francisco, 1998, p. 8. Además de NYE, otros autores que siguen este tipo de definiciones son: MCMULLAN (1961) y BAYLEY (1966) (FARRALES, M.J., “What is Corruption?”, cit., p. 42).

⁶³⁴ Traducción propia del inglés: “corruption is behavior which deviates from the formal duties of a public role because of private-regarding (personal, close family, private clique) pecuniary or status gains”, en NYE, J.S., “Corruption and Political Development: A Cost-Benefit Analysis”, *The American Political Science Association*, vol. 67, núm. 2, 1967, p. 419.

compartidos por otras aproximaciones, que simplemente puntualizan o añaden otros elementos⁶³⁵.

A partir del concepto de NYE se ha desarrollado la que probablemente sea la definición más usada de corrupción en la actualidad: el abuso de la función pública para obtener beneficios privados⁶³⁶. En los años noventa esta definición comenzó a usarse de modo oficial por organizaciones internacionales como, por ejemplo, Transparencia Internacional, el Banco Mundial o el Fondo Monetario Internacional⁶³⁷. No obstante, a pesar de su uso generalizado, ha recibido también numerosas críticas. Es curioso que la definición haya sido cuestionada tanto por ser demasiado amplia y carente de precisión⁶³⁸, como por ser demasiado restrictiva, si se interpreta que únicamente se refiere al cohecho⁶³⁹. Se ha criticado también que se centre solo en una de las caras de la corrupción: la del funcionario que abusa de sus funciones públicas, pues en aquellos casos en que un particular proporcione esa ganancia privada, su actuación quedaría teóricamente fuera de la corrupción, ya que, en puridad, este no puede abusar de una función pública que no desempeña⁶⁴⁰.

En los últimos años, la definición basada en la función pública ha sido modificada para dar cabida a la corrupción privada. Así, organismos como Transparencia Internacional ya no hablan de “abuso de la función pública”, sino de “abuso de poder delegado” para obtener un beneficio privado. De este modo se abarca la corrupción en empresas privadas, organizaciones no gubernamentales y otras instituciones privadas⁶⁴¹. Sin perjuicio de que la corrupción privada, o corrupción en los negocios, como se denomina en el Código Penal español, se aborde en numerosos convenios internacionales conjuntamente con la corrupción pública como una manifestación de esta última, la corrupción privada ha de excluirse del concepto penal estricto de corrupción. En la línea apuntada por NYE, la corrupción afecta al correcto funcionamiento de

⁶³⁵ FARRALES explica que muchos autores, como por ejemplo WILLIAMS (1987), JOHNSTON (1989), LAMBSDORFF (1998), DOIG o THEOBALD (2000), han adoptado esta definición, a pesar de reconocer que no es suficiente. En FARRALES, M.J., “What is Corruption?”, cit., pp. 25 ss.

⁶³⁶ FARRALES, M.J., “What is Corruption?”, cit., pp. 25 ss.

⁶³⁷ NICHOLS, P.M., “What is”, cit., pp. 7-9; FARRALES, M.J., “What is Corruption?”, cit., pp. 26-7; BROWN, A.J., “What are we trying to measure?”, cit., p. 61.

⁶³⁸ VAN SCHOOR considera que esta definición es fácil de recordar, pero que es también demasiado amplia y carente de precisión (VAN SCHOOR, B., *Fighting Corruption*, cit., p. 16). En el mismo sentido, SZAREK-MASON argumenta que es excesivamente amplia porque no está claro qué es “abuso de funciones públicas” o “beneficio privado” (SZAREK-MASON, P., *The European*, cit., p. 10).

⁶³⁹ BROWN, A.J., “What are we trying to measure?”, cit., p. 62. Como se analizará posteriormente, BROWN sostiene un concepto muy restringido de “ganancias privadas” por lo que la definición “el abuso de la función pública para obtener beneficios privados” quedaría restringida al cohecho.

⁶⁴⁰ En este sentido, ROSE, C., *International Anti-Corruption Norms. The Creation and Influence on Domestic Legal Systems*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 7.

⁶⁴¹ Sobre esta modificación, vid. NICHOLS, P.M., “What is”, cit., p. 7; BOERSMA, M., *Corruption*, cit., p. 27; SZAREK-MASON, P., *The European*, cit., p. 7.

la Administración pública, un interés colectivo e institucional, mientras que la denominada “corrupción privada” se limita al mundo de los negocios⁶⁴².

Una de las principales dificultades a la hora de dotar este tipo de definiciones de significado es determinar cuándo se produce el abuso. Por ello, las definiciones centradas en la función pública suelen completarse con concepciones legalistas⁶⁴³. Así, existirá abuso de funciones públicas cuando una acción u omisión realizada por un actor público vulnere las leyes que determinen cómo estas funciones han de ejercerse⁶⁴⁴. Si esto se hace con el objetivo de obtener una ganancia privada, habrá entonces corrupción⁶⁴⁵. Según esta concepción, si el funcionario no ha incumplido ninguna norma legal, o no existen leyes regulando la conducta en cuestión, entonces la corrupción no ha existido⁶⁴⁶. En resumen, un acto solo será corrupto si es ilegal.

La conceptualización legalista de la corrupción destaca por su precisión, por ser la más objetiva y la única que permite distinguir entre lo que es un delito y aquello con lo que simplemente no estamos de acuerdo⁶⁴⁷. No obstante, esta aproximación no ha estado libre de críticas. Lo que las leyes incluyan o excluyan dentro de la corrupción puede no coincidir ni con lo que otras disciplinas consideran corrupción, ni con lo que es corrupción a la vista de la opinión pública⁶⁴⁸. Por eso, se ha criticado que este modo de describir la corrupción puede excluir conductas que conllevan una falla ética o que son socialmente censurables, las cuales, o bien son legales o no están previstas en las leyes⁶⁴⁹. Entre ellas suele destacarse el *lobbying*, algunas formas de evasión fiscal, creación

⁶⁴² Comparten esta opinión: KURER, O., “Definitions”, p. 32; HOLMES, L., *Corruption*, cit., p. 15; ACALE SÁNCHEZ, M., “Limitaciones”, cit., p. 16; GONZÁLEZ RUS, J.J., “Concepto penal de “corrupción””, en CANCIO MELIÁ, M., et al. (Eds.), *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, vol. II, UAM Ediciones, Madrid, 2019, pp. 1041-1042.

⁶⁴³ BACIO TERRACINO, J., *The International*, cit., pp. 12 ss.

⁶⁴⁴ FARRALES menciona varios ejemplos de definiciones legalistas: la de THEOBALD (1990), que se refiera al “uso *ilegal* de la función pública para obtener beneficio privado”; o la de ANDRESKI (1968), que habla de ‘la práctica de usar el poder público para obtener beneficio privado, vulnerando las leyes y regulaciones vigentes’ (FARRALES, M.J., “What is Corruption?”, cit., p. 23).

⁶⁴⁵ VILLORIA, M., “Corrupción Pública”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 5, septiembre 2013-febrero 2014, p. 160.

⁶⁴⁶ FARRALES, M.J., “What is Corruption?”, cit., p. 23.

⁶⁴⁷ FISMAN, R./ GOLDEN, M.A., *Corruption: What Everyone Needs to Know*, Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 29; BACIO TERRACINO, J., *The International*, cit., p. 12; JOHNSTON, M., “The search”, p.323.

⁶⁴⁸ ROTHSTEIN, B./ VARRAICH, A., *Making Sense*, cit., pp. 22 y 25.

⁶⁴⁹ BACIO TERRACINO, J., *The International*, cit., p. 17; MIKKELSEN, K.S., “In murky”, cit., p. 368; CARUSO FONTÁN, M.V., “El concepto de corrupción. Su evolución hacia un nuevo delito de fraude en el deporte como forma de corrupción en el sector privado”, *Nueva Época*, núm. 9, 2009, p. 150; VILLORIA, M., “Corrupción Pública”, cit., p. 161; RODRÍGUEZ COLLAO, L., “Delimitación”, cit., p. 344. PHILP señala que las definiciones legales de corrupción pueden no incluir transacciones corruptas institucionalizadas en las leyes del Estado o su economía (PHILP, M., “The Definition”, cit., p. 22).

de “sociedades-pantalla”, algunas modalidades que pueden revestir los procesos de privatización, etc.⁶⁵⁰.

Una segunda objeción a la conceptualización legalista utiliza exactamente el argumento contrario: ciertas vulneraciones de las normas que regulan la función pública para obtener un beneficio privado, que serían corrupción según la concepción legalista, no tienen por qué ser corrupción desde un punto de vista ético. El ejemplo utilizado de forma recurrente para ilustrar esta afirmación es el de inspectores de pasaportes de la Alemania nazi que cobraban a familias judías para dejarlas salir del país⁶⁵¹. Con este ejemplo se pretende argumentar que ciertas acciones ilegales (y corruptas desde la concepción legalista) pueden ser defendibles moralmente.

Estas dos críticas tienen un mismo fundamento: el problema de una definición de corrupción basada en la idea de que lo corrupto es lo que vulnera la ley es quién crea esa ley y qué criterios utiliza para hacerlo⁶⁵². Así, esta concepción entrañaría el riesgo de que ciertos grupos de poder influyeran en los procesos legislativos para legalizar aquellas prácticas de las que depende su poder, prácticas que dejarían entonces de ser consideradas corruptas⁶⁵³. BACIO TERRACINO reconoce que hay ejemplos de esto⁶⁵⁴, pero cree que son prácticas puntuales que en los sistemas democráticos suelen remediarse posteriormente⁶⁵⁵.

Desde otro punto de vista, se ha criticado que, dado que las leyes cambian continuamente y dependen del país donde se apliquen, la concepción legal de la corrupción no permite establecer estudios comparativos⁶⁵⁶. Mientras que el cohecho, por ejemplo, está criminalizado en la mayoría de países, otros delitos no son considerados corrupción en todos los lugares del mundo⁶⁵⁷.

2.2. Definiciones centradas en el interés público o éticas

Este tipo de definiciones tiene su origen en la conceptualización ofrecida por FRIEDRICH en los años setenta, según la cual la corrupción existe cuando un

⁶⁵⁰ RODRÍGUEZ COLLAO, L., “Delimitación”, cit., p. 344. VAN SCHOOR incluye también el nepotismo o el clientelismo, si bien estas conductas podrían verse comprendidas en el tráfico de influencias, de modo que sí que sería corrupción desde la normativa legal (VAN SCHOOR, B., *Fighting Corruption*, cit., p. 14).

⁶⁵¹ JOHNSTON, M., “The search”, cit., p. 323; GARDINER, J., “Defining Corruption”, cit., p. 27; BACIO TERRACINO, J., *The International*, cit., p. 17.

⁶⁵² GARDINER, J., “Defining Corruption”, cit., p. 26.

⁶⁵³ BACIO TERRACINO, J., *The International*, cit., pp. 14-17.

⁶⁵⁴ Pone como ejemplo las acusaciones de que Silvio Berlusconi habría cambiado la ley para que determinada prácticas contables que él había realizado dejaran de ser ilegales. Ibid.

⁶⁵⁵ Retomando el ejemplo anterior, BACIO TERRACINO argumenta que en enero de 2004 el tribunal constitucional italiano rechazó la inmunidad de Silvio Berlusconi (BACIO TERRACINO, J., *The International*, cit., p. 17).

⁶⁵⁶ JOHNSTON, M., “The search”, cit., p. 323; MIKKELSEN, K.S., “In murky”, cit., p. 358.

⁶⁵⁷ MIKKELSEN, K.S., “In murky”, cit., p. 368.

responsable de un puesto público, con unas funciones y atribuciones definidas es, por medios monetarios o de otra naturaleza, inducido a traicionar sus deberes y a actuar favoreciendo a quien le proporciona dicho beneficio, dañando así los intereses públicos⁶⁵⁸.

Esta concepción surge como reacción a los problemas relacionados con las definiciones legalistas⁶⁵⁹. Ante las críticas anteriormente señaladas, algunos autores deciden centrarse en los efectos de la acción u omisión llevada a cabo por el actor público para determinar si ha habido un abuso o no, en lugar de atender a su ilegalidad⁶⁶⁰. Desde esta concepción, la clave para determinar si estamos ante un caso de corrupción es la existencia de una desviación del interés público. Si un acto daña el interés público debe ser considerado corrupción, incluso si es legal. Del mismo modo, si es beneficioso para el interés público no será corrupción, incluso si es ilegal⁶⁶¹.

El problema se traslada aquí a determinar qué es el interés público⁶⁶². Se trata de un concepto extremadamente difícil de definir, e incluso si pudiese definirse, este cambiaría dependiendo del momento y del lugar⁶⁶³. Los partidarios de esta crítica suelen poner como ejemplo de la falta de objetividad de este término el hecho de que los nazis dirían que salvar la raza aria era beneficiar el interés público⁶⁶⁴. Una de las soluciones propuestas para intentar medir el interés público es delimitarlo a través de lo que diga la opinión pública⁶⁶⁵. Esto es, la acción u omisión debe ser percibida por una parte significativa de la población donde tenga lugar como corrupta⁶⁶⁶. A pesar de que la opinión pública es también un criterio caracterizado por su indefinición y subjetividad⁶⁶⁷, GARDINER considera que la principal ventaja de esta aproximación es que, al tener en cuenta lo que los ciudadanos definen como corrupción, se

⁶⁵⁸ FRIEDRICH, C.J., *The Pathology of Politics: Violence, Betrayal, Corruption, Secrecy and Propaganda*, Harper and Row, New York, 1972, p. 127. Sitúan el origen de este tipo de definiciones en FRIEDRICH los siguientes autores: ANDERS, G./ NUITJEN, M., "Corruption", cit., p. 7; BROWN, A.J., "What are We Trying to Measure?", cit., p. 19; JOHNSTON, M., "The search", cit., p. 324; VILLORIA, M., "Corrupción", cit., p. 161; MORGAN, A.L., *Corruption*, cit., p. 8.

⁶⁵⁹ GARDINER, J., "Defining Corruption", cit., pp. 28-29.

⁶⁶⁰ Explica esta deriva: GARDINER, J., "Defining Corruption", cit., pp. 28-29. Algunos autores han criticado que esta aproximación conceptual no define la corrupción sino sus consecuencias. Vid. FARRALES, M.J., "What is Corruption?", cit., p. 21; JOHNSTON, M., "The search", cit., p. 324.

⁶⁶¹ GARDINER, J., "Defining Corruption", cit., p. 28; MORGAN, A.L., *Corruption*, cit., p. 8.

⁶⁶² MIKKELSEN, K.S., "In murky", cit., p. 358; GARDINER, J., "Defining Corruption", cit., p. 28; MORGAN, A.L., *Corruption*, cit., p. 8.

⁶⁶³ Vid. FARRALES, M.J., "What is Corruption?", cit., p. 43. Definir qué es el interés público puede ser un asunto de naturaleza política. Vid. BROWN, A.J., "What are We Trying to Measure?", cit., p. 19.

⁶⁶⁴ GARDINER, J., "Defining Corruption", cit., p. 28.

⁶⁶⁵ Esta posición ha dado lugar a una cuarta aproximación al concepto de corrupción: la centrada en la opinión pública. Vid. BROWN, A.J., "What are We Trying to Measure?", cit., p. 19; GARDINER, J., "Defining Corruption", cit., p. 28.

⁶⁶⁶ HOLMES, L., *Corruption*, cit., p. 17.

⁶⁶⁷ BROWN, A.J., "What are We Trying to Measure?", cit., p. 69; GARDINER, J., "Defining Corruption", cit., p. 28; BACIO TERRACINO, J., *The International*, cit., p. 10; MIKKELSEN, K.S., "In murky", cit., p. 358.

reconocen las diferencias culturales en cada lugar y mejora la implementación de las leyes⁶⁶⁸. Por su parte, JOHNSTON reconoce su utilidad para distinguir entre casos triviales y casos verdaderamente dañinos⁶⁶⁹. Otro modo de determinar cuándo se ha dañado el interés público es el propuesto por KURER⁶⁷⁰. Según su postura, un funcionario actúa de modo corrupto cuando vulnera las normas que rigen la asignación de derechos y recursos que prohíben la discriminación, es decir, cuando viola el principio de imparcialidad en el ejercicio de las funciones públicas⁶⁷¹. De este modo, al definir el interés público a través de la ley, integra la perspectiva legalista y la moralista.

En este sentido, son cada vez más los juristas que consideran que es necesario tener en cuenta el daño al interés público o la desviación del interés general para integrar el concepto jurídico-penal de corrupción. En cierta medida, la definición que aporta NIETO GARCÍA podría encuadrarse en esta aproximación. Este considera que “la corrupción pública empieza cuando el poder que ha sido entregado por el Estado a una persona a título de administrador público -o sea, para gestionarlo de acuerdo con los intereses generales- no se utiliza correctamente al desviarse su ejercicio, defraudando la confianza de sus mandantes, para obtener un enriquecimiento personal”⁶⁷². En el mismo sentido, SABÁN GODOY afirma que “estamos ante la utilización de potestades públicas en interés privado, cuando éste difiere del general a que toda actuación pública se debe por mandato constitucional”⁶⁷³. También RODRÍGUEZ COLLAO pone el foco de interés en la desviación del interés general, cuando señala que “el concepto jurídico penal de corrupción incluye cualquier acto que implique desviación del interés general en el contexto de una actividad orientada hacia ese objetivo”⁶⁷⁴. Sin embargo, aunque el daño al interés público pueda tener relevancia a la hora de determinar qué es corrupción, este no puede ser el único criterio, ya que, como él mismo reconoce, este concepto “si bien es perfectamente válido desde una perspectiva político-criminal, no lo es desde un punto de vista dogmático”⁶⁷⁵.

2.3. Definiciones centradas en el mercado o económicas

Aunque en un primer momento el estudio sobre el concepto de corrupción se abordó desde las ciencias sociales, entendiéndolo fundamentalmente como un problema legal, moral, ético y/o político, el tema atrajo posteriormente la

⁶⁶⁸ GARDINER, J., “Defining Corruption”, cit., p. 29; BACIO TERRACINO, J., *The International*, cit., p. 10.

⁶⁶⁹ JOHNSTON, M., “The search”, cit., p. 324.

⁶⁷⁰ KURER, O., “Corruption: an alternative approach to its definition and measurements”, *Political Studies*, 2005, vol. 53, p. 236.

⁶⁷¹ *Ibid.*; KURER, O., “Definitions”, cit., p. 34; MIKKELSEN, K.S., “In murky”, cit., p. 367 y ss.

⁶⁷² NIETO GARCÍA, A., *Corrupción en la España democrática*, Ariel, Barcelona, 1997, p. 7.

⁶⁷³ SABÁN GODOY, A., *El marco jurídico de la corrupción*, Civitas, Madrid, 1991, p. 15.

⁶⁷⁴ RODRÍGUEZ COLLAO, L., “Delimitación”, cit., p. 359.

⁶⁷⁵ *Ibid.*

atención de los economistas⁶⁷⁶. Una de las definiciones más representativas de esta categoría es la de ROSE-ACKERMAN, quien definió la corrupción como “el pago ilegal a un agente público para obtener un beneficio que podría o no merecerse en ausencia de dicho pago”⁶⁷⁷. Como muestra esta definición, la aproximación económica a la corrupción se centra más en el intercambio económico y la relación entre las partes que en el abuso de poder⁶⁷⁸. La función pública se entiende como un negocio y el funcionario corrupto como alguien que busca maximizar beneficios⁶⁷⁹. En palabras de ROSE-ACKERMAN, “las diferencias en cultura y valores básicos existen en todo el mundo, pero hay un rasgo humano que es a la vez universal y central para explicar las experiencias divergentes de diferentes países. Ese rasgo motivador es el interés propio. Los críticos lo llaman avaricia. La economía lo llama maximización de la utilidad”⁶⁸⁰. Desde esta visión, la corrupción no se veía tanto como un problema de política nacional, cuanto como un problema económico y transnacional⁶⁸¹.

Esta teoría, llevada a su extremo, ha servido para justificar posiciones conforme a las cuales la corrupción no sería necesariamente perjudicial, sino una consecuencia de los procesos de modernización y desarrollo, que podría incluso mejorar la eficiencia de un sistema y el desarrollo de la economía⁶⁸². Por ejemplo, desde esta perspectiva, ha llegado a sostenerse que el soborno a funcionarios para eliminar trabas burocráticas podría facilitar la realización de un negocio que de otro modo nunca llegaría a existir⁶⁸³. Como cabe esperar, estas posiciones han sido fuertemente criticadas, puesto que, “donde hay corrupción disminuye la calidad y la disponibilidad de los servicios públicos, y el desarrollo económico, social y político de un país se ve gravemente perjudicado”⁶⁸⁴. Otras interpretaciones de la aproximación económica a la corrupción aclaran que la corrupción no es la consecuencia de un proceso de modernización y desarrollo de la economía, sino un acto o decisión individual que beneficia a las partes

⁶⁷⁶ BROWN, A.J., “What are We Trying to Measure?”, cit., p. 64.

⁶⁷⁷ Traducción propia del inglés: “corruption is an illegal payment to a public agent to obtain a benefit that may or may not be deserved in the absence of payoffs”, en ROSE-ACKERMAN, S., “When is Corruption Harmful?”, Documento de antecedentes para el Informe sobre el Desarrollo Mundial del Banco Mundial de 1997: El Estado en un mundo en transformación, Nueva York, Oxford University Press, 1997, p. 353. Para más detalles ver ROSE-ACKERMAN, S., *Corruption: a study in political economy*, Academic Press, New York, 1978.

⁶⁷⁸ BROWN, A.J., “What are We Trying to Measure?”, cit., p. 66.

⁶⁷⁹ ROTHSTEIN, B./ VARRAICH, A., *Making*, cit., pp.17-18; CARUSO FONTÁN, M.V., “El concepto”, cit., p. 150; ANDERS, G./ NUITJEN, M., “Corruption”, cit., p. 7.

⁶⁸⁰ ROSE-ACKERMAN, S./ PALIFKA, B.J., *Corruption and Governement: Causes, Consequences, and Reform*, 2ª ed., Cambridge University Press, New York, 2016, pp. 6-7.

⁶⁸¹ ROTHSTEIN, B./ VARRAICH, A., *Making*, cit., p. 18.

⁶⁸² Ofrecen una explicación de estas teorías: FARRALES, M.J., “What is”, cit., pp. 7 y 14; THOUMI, F.E., “La relación”, cit., p. 15.

⁶⁸³ CARUSO FONTÁN, M.V., “El concepto”, cit., p. 149.

⁶⁸⁴ *Ibid.*, p. 150.

involucradas, pero que, en último término, tiene un efecto negativo para el desarrollo social y económico de la sociedad⁶⁸⁵.

Dentro de las definiciones económicas de la corrupción ha tenido especial relevancia la denominada teoría del agente-principal⁶⁸⁶. El principal representante de esta teoría es KLITGAARDS, quien afirmó que “la corrupción tiene lugar cuando el agente (funcionario) traiciona los intereses del principal (ciudadanía), buscando satisfacer su propio interés’⁶⁸⁷. Se incluye dentro de las aproximaciones económicas porque, como estas, el foco se centra en la relación entre las partes. Este tipo de teorías explican la corrupción a partir de la lógica de la elección racional, y asumen que el agente tendría en cuenta a la hora de decidir si va a delinquir o no: la ventaja que puede obtener, el grado de transparencia exigido en el ejercicio de sus funciones y el nivel de supervisión a que esté sometido⁶⁸⁸. Esta idea fue plasmada por KLITGAARD en la siguiente fórmula: $C=M+D-A$. Es decir, la corrupción (C) equivale al monopolio de la decisión (M) más discrecionalidad (D) menos rendición de cuentas (A)⁶⁸⁹. Desde esta perspectiva, la principal solución a la corrupción sería la minimización de la discrecionalidad del agente y de los incentivos que le lleven a actuar en su propio interés, junto con el aumento de los controles⁶⁹⁰.

En general, el principal inconveniente de las definiciones centradas en el mercado es que, al exigir la concurrencia de una transacción económica entre dos partes, dejan fuera del ámbito de la corrupción figuras delictivas como la malversación, en las que solo se exige un sujeto, y que en principio podrían estar incluidas si nos centrásemos en el abuso de la función pública o el daño al interés general⁶⁹¹. Por otra parte, como veremos en las páginas posteriores, en los últimos años tiende a aceptarse que la corrupción no solo se produce mediando una ventaja patrimonial, sino cualquier otra forma de gratificación o satisfacción, como puede ser el otorgamiento de honores, premios, prestigio, promesas de

⁶⁸⁵ FARRALES, M.J., “What is”, cit., p. 7.

⁶⁸⁶ Esta teoría suele estudiarse dentro de las definiciones centradas en el mercado. No obstante podría aplicarse también en las demás aproximaciones. Así lo afirman: BROOKS, G., *Criminology*, cit., pp. 24-25; BROWN, A.J., “What are We Trying to Measure?”, cit., p. 65. Si entendemos que la teoría del agente-principal define la corrupción como el abuso por parte del agente (funcionario) de la posición que le encarga ocupar el principal (ciudadanía) serviría para integrar también las definiciones centradas en el abuso de la función pública. Si nos centramos en el hecho de que el agente pone por delante su propio interés frente a su obligación de velar por el interés del principal en todas las acciones, nos acercaremos más a una definición centrada en el concepto de interés público.

⁶⁸⁷ Traducción propia del inglés: “corruption occurs when an agent betrays the principal’s interests in pursuit of her own” en KLITGAARD, R.E., *Controlling Corruption*, University of California Press, Berkeley, 1988, p. 24.

⁶⁸⁸ VAN SCHOOR, B., *Fighting*, cit. p. 19; MORGAN, A.L., *Corruption*, cit., p. 12.

⁶⁸⁹ KLITGAARD, R.E., *Controlling Corruption*, cit., p. 75 y p. 87-88. Sobre la interpretación de esta definición, vid. VILLORIA, M., “Corrupción”, cit., p. 162; y MORGAN, A.L., *Corruption*, cit., p. 12.

⁶⁹⁰ VAN SCHOOR, B., *Fighting*, cit. p. 21; BROOKS, G., *Criminology*, cit., pp. 21-22; ROTHSTEIN, B./ VARRAICH, A., *Making*, cit., p. 22; PHILP, M., “The Definition”, p. 24.

⁶⁹¹ BROWN, A.J., “What are We Trying to Measure?”, cit., p. 65; FARRALES, M.J., “What is”, cit., p. 19.

apoyo político, servicios sexuales, etc., de modo que una aproximación a la corrupción centrada solo en la idea de la adquisición de una ventaja económica semeja demasiado restrictiva⁶⁹².

3. UNA APROXIMACIÓN A LA DEFINICIÓN JURÍDICO-PENAL DE CORRUPCIÓN

En primer lugar, es necesario partir de la base de que el término corrupción no es originariamente un concepto jurídico. Como se ha puesto de manifiesto en la sección anterior, se trata de un término surgido fundamentalmente entre teóricos de la sociología y la ciencia política en el que se engloban una serie de conductas que pueden tener relevancia penal. No obstante, cada vez es más frecuente su uso en instrumentos legales relacionados con el Derecho penal, tanto a nivel internacional y europeo, como a nivel estatal⁶⁹³.

En esta sección se realiza un análisis del concepto de corrupción en los principales textos normativos internacionales y europeos en la materia. A pesar de que estos no ofrecen una definición unívoca de corrupción, sí han servido para alcanzar cierto consenso (o reflejar un consenso preexistente) en lo relativo a las principales características de la corrupción. Estas características configuran la denominada aproximación descriptiva a la corrupción, de carácter genérico, y que ha de ser matizada por la aproximación normativa. Por su parte, la aproximación normativa estará compuesta por las diferentes figuras delictivas que conforman la corrupción en la legislación de cada país. Ambas aproximaciones se complementan y, como se verá, el modo en que delimitemos la aproximación descriptiva determinará qué tipos delictivos pueden incluirse en la aproximación normativa.

3.1. Definiciones de corrupción en Derecho internacional y europeo

Los primeros tratados internacionales en la materia no proporcionan ninguna definición de corrupción e identifican esta exclusivamente con el cohecho⁶⁹⁴. Este es el caso de la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales internacionales, aprobada en el seno de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo, el 21 de noviembre de 1997. En los Comentarios sobre la Convención se indica expresamente que este instrumento “aborda un tema que en la jurisprudencia de

⁶⁹² FARRALES, M.J., “What is”, cit., p. 19; JOHNSTON, M., “The search”, cit., p. 323; RODRÍGUEZ COLLAO, L., “Delimitación”, cit., p. 346; BROOKS, G., *Criminology*, cit., pp. 21-22.

⁶⁹³ GONZÁLEZ RUS hace un repaso de las menciones legales a la corrupción y cita, entre otros textos, la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (art. 20), que establece una orden o resolución dictada en otro Estado miembro para su reconocimiento y ejecución en España no estarán sujetos al control de la doble tipificación por el Juez o Tribunal español cuando se refieran a una serie de delitos, entre los que se cita la corrupción. Vid. GONZÁLEZ RUS, J.J., “Concepto penal”, cit., p. 1036.

⁶⁹⁴ BACIO TERRACINO, J., *The International*, cit., p. 18; IVORY, R., *Corruption*, cit., p. 19.

algunos países se denomina “corrupción activa” o “cohecho activo”⁶⁹⁵, lo que confirma que corrupción y cohecho se entendían como sinónimos.

Esta fue también la tendencia seguida por los primeros tratados aprobados en Europa. El Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, aprobado por el Consejo de la Unión Europea el 26 de julio de 1995, que criminaliza fraudes que afecten a los presupuestos de las Comunidades Europeas, suele considerarse como un convenio anti-corrupción, sin embargo, la palabra corrupción ni siquiera aparece en el texto⁶⁹⁶. El Convenio de la Unión Europea contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, de 25 de junio de 1997, obliga a criminalizar la “corrupción pasiva” y “corrupción activa”, definiéndolas como el cohecho pasivo y activo respectivamente⁶⁹⁷. Así, según esta convención la corrupción pasiva es “el hecho intencionado de que un funcionario, directamente o por medio de terceros, solicite o reciba ventajas de cualquier naturaleza, para sí mismo o para un tercero, o el hecho de aceptar la promesa de tales ventajas, por cumplir o abstenerse de cumplir, de forma contraria a sus deberes oficiales, un acto propio de su función o un acto en el ejercicio de su función” (artículo 2). Por su parte, la corrupción activa es “el hecho de que cualquier persona prometa o dé, directamente o por medio de terceros, una ventaja de cualquier naturaleza a un funcionario, para este o para un tercero, para que cumpla o se abstenga de cumplir, de forma contraria a sus deberes oficiales, un acto propio de su función o un acto en el ejercicio de su función” (artículo 3). La misma equiparación de la corrupción con el cohecho está presente en los artículos 2 y 3 de la Acción Común sobre la corrupción en el sector privado de 22 de diciembre de 1998⁶⁹⁸. La identificación de la corrupción con el cohecho se produjo también en las definiciones proporcionadas por el Parlamento Europeo en instrumentos no vinculantes. Así, la Resolución sobre la Lucha contra la Corrupción en Europa⁶⁹⁹ define la corrupción como “el comportamiento de personas con cometidos públicos o privados que incumplen sus obligaciones debido a que se les ha otorgado o se les ha ofrecido, directa o indirectamente, una ventaja financiera o de otro tipo relacionada con la adopción u omisión por su parte de comportamientos institucionales”.

En el marco de los instrumentos legales aprobados por Consejo de Europa, el Convenio Penal sobre Corrupción, de 27 de enero de 1999, tampoco incluye ninguna referencia sobre el concepto de corrupción. Al igual que los instrumentos

⁶⁹⁵ Comentarios Sobre la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, p. 13. Disponible en: https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_Spanish.pdf

⁶⁹⁶ IVORY, R., *Corruption*, cit., p. 20.

⁶⁹⁷ BACIO TERRACINO, J., *The International*, cit., p. 19; SZAREK-MASON, P., *The European*, cit., p. 9.

⁶⁹⁸ BACIO TERRACINO, J., *The International*, cit., p. 19.

⁶⁹⁹ A4-0314/95, Diario Oficial n° C 017 de 22/01/1996, p. 0443.

anteriores, este texto se limita a describir las figuras delictivas que los Estados miembros deben criminalizar sin aclarar cuáles de ellas son corrupción. No obstante, en la selección de conductas criminalizadas presenta una novedad con respecto a la normativa anterior: entre estos delitos se incluye el cohecho activo y pasivo de funcionarios públicos nacionales, extranjeros e internacionales, así como de trabajadores del sector privado; pero también obliga también a criminalizar el tráfico de influencias y el blanqueo de capitales procedentes de delitos de corrupción. Aun así, con esta última referencia al blanqueo de los beneficios procedentes de la corrupción parece excluir este delito de la lista de conductas corruptas. Esta exclusión podría confirmarse si se integra el contenido del Convenio Penal sobre Corrupción con el Convenio Civil sobre la Corrupción del Consejo de Europa, de 4 de noviembre de 1999, en el que por primera vez se incluye una definición genérica de corrupción. Según este texto, la corrupción es “el hecho de solicitar, ofrecer, otorgar o aceptar, directa o indirectamente, un soborno o cualquier otra ventaja indebida o la promesa de una ventaja indebida, que afecte al ejercicio normal de una función o al comportamiento exigido al beneficiario del soborno, de la ventaja indebida o de la promesa de una ventaja indebida” (artículo 2). Por tanto, siguiendo esta definición, tal y como ocurría en los textos de la UE y la OEDC, la corrupción en el marco del Consejo de Europa se identificaría fundamentalmente con el cohecho⁷⁰⁰.

A nivel internacional, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (UNTOC), de 15 de noviembre de 2000, se refiere expresamente en sus artículos 8 y 9 a la penalización y medidas contra la corrupción. No obstante, no se aclara qué se entiende por corrupción en el texto, y en los trabajos preparatorios no consta ningún debate sobre la definición de corrupción. Únicamente se refleja la controversia sobre si debería incluirse expresamente una obligación de criminalizar el cohecho de funcionarios públicos extranjeros, funcionarios internacionales y jueces o funcionarios de tribunales internacionales⁷⁰¹. Para la mayoría de delegaciones esta referencia debía ser suprimida, mientras que para otros serviría para enriquecer la Convención⁷⁰². Finalmente, la versión definitiva del texto incluye la obligación de criminalizar el cohecho activo y pasivo de funcionarios nacionales (artículo 8.1) y deja abierta a los Estados la posibilidad de criminalizar el cohecho transnacional y “otras

⁷⁰⁰ BACIO TERRACINO, J., *The International*, cit., p. 19. BACIO TERRACINO ha llegado a afirmar que estas convenciones deberían llamarse convenciones contra el cohecho y no contra la corrupción. En el mismo sentido, QUERALT JIMÉNEZ, J.J., “Public Compliance y Corrupción: Análisis conceptual y propuestas”, *Revista Internacional de Transparencia e Integridad (RITI)*, núm. 2, septiembre-diciembre 2016, p. 3.

⁷⁰¹ UNODC, *Trabajos Preparatorios de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, Nueva York, 2008, p. 88. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/Travaux%20Preparatoire/04-60077_Ebook-s.pdf.

⁷⁰² Ibid.

formas de corrupción” (artículo 8.2). Por tanto, en cuanto a las figuras delictivas que se incluyen en lo que este convenio denomina corrupción, este convenio pone en el centro de atención en el cohecho, pero de la expresión “otras formas de corrupción” puede deducirse que no se entiende que la corrupción se limite solo a esta figura delictiva.

Del mismo modo, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC), de 31 de octubre de 2003, el instrumento más reciente y relevante contra la corrupción a nivel internacional, tampoco aporta definición alguna, y únicamente señala las conductas que se han de criminalizar. A diferencia de lo que ocurría en la UNTOC, en este caso, el texto evolutivo elaborado durante los trabajos preparatorios sí incluye una definición de corrupción. El artículo 2 de los primeros borradores del texto legal, dedicado a las definiciones, disponía que:

“por “corrupción” se entenderá la ejecución de actos o la inducción a que se ejecuten actos que constituyan ejercicio indebido del cargo [o uso indebido de autoridad], incluidas las omisiones, con la expectativa de un beneficio, o de obtener un beneficio, prometido, ofrecido o solicitado directa o indirectamente, o tras la aceptación de un beneficio otorgado directamente, ya sea en provecho propio o en nombre de otro”.⁷⁰³

Aunque varios países eran partidarios de la inclusión de una concepción de corrupción genérica como esta⁷⁰⁴, otros consideraban que la Convención no debería incluir una definición, sino que debería concretar y penalizar actos de corrupción en el capítulo dedicado a la penalización⁷⁰⁵. Estos últimos eran partidarios de que, si se mantenía la definición genérica, se introdujese una cláusula que aclarase que esta sería una definición *ad hoc*, que únicamente se emplearía en el contexto de este texto legal, de modo que no se limitase la posibilidad de los Estados Miembros de penalizar nuevos actos de corrupción o de adoptar medidas de lucha contra estos actos⁷⁰⁶. Ante la falta de acuerdo, se estableció un grupo de trabajo oficioso específico para que redactase una nota sobre el concepto de corrupción⁷⁰⁷. La nota que elaboraron indicó que el debate había tenido que suspenderse porque había “ciertas cuestiones básicas que planteaban una marcada división que el grupo no estaba facultado para abordar”,

⁷⁰³ UNODC, *Trabajos Preparatorios de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, Nueva York, 2012, pp. 31 y 44. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Travaux/Travaux_Preparat_oires_-UNCAC_S.pdf

⁷⁰⁴ Ibid., p. 31. Esta definición se basa en una propuesta que había presentado Ucrania que recibió el apoyo de quienes compartían el criterio de definición genérica del concepto de corrupción (Ibid., p. 44, nota al pie 78). Ver las diferentes propuestas sobre definiciones genéricas de corrupción propuestas por Filipinas, Eslovenia, Azerbaiyán, China y Ucrania en Ibid., p. 31, nota al pie 31.

⁷⁰⁵ Ibid., p. 31, nota al pie 31.

⁷⁰⁶ Ibid., p. 44, nota al pie 79.

⁷⁰⁷ Ibid., p. 43, nota al pie 76.

y aclaró que “el término “corrupción” se utiliza en la presente Convención para referirse a los actos penalizados en el capítulo III y a los actos que los Estados Parte puedan penalizar o ya hayan penalizado”⁷⁰⁸. Por tanto, se elimina por completo la definición genérica de corrupción del texto final, y se opta por criminalizar los siguientes delitos: cohecho, malversación, tráfico de influencias, abuso de funciones, enriquecimiento ilícito, corrupción privada, blanqueo de capitales, encubrimiento y obstrucción a la justicia⁷⁰⁹.

De este modo, la UNCAC consolida a nivel internacional una expansión del concepto de corrupción más allá del cohecho⁷¹⁰. Esta tendencia está presente en los más recientes instrumentos supranacionales adoptados en otras regiones, en los que se define la corrupción a partir de una lista de figuras delictivas. Este es el caso de la Convención Interamericana contra la Corrupción, adoptada en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA), de 29 de marzo de 1996⁷¹¹; el Protocolo contra la Corrupción adoptado por la Comunidad Económica de Estados de África Occidental (ECOWAS), de 21 de diciembre de 2001⁷¹²; y también la Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción, de 12 de julio de 2003⁷¹³. En cualquier caso, es importante destacar que no existe consenso acerca de las figuras delictivas que se incluyen en el concepto de corrupción, ya que ninguno de ellos incluye el mismo catálogo de conductas corruptas. Por otra parte, el Protocolo contra la Corrupción de la Comunidad de Desarrollo del África Austral (SADC), de 14 de agosto de 2001, es el único instrumento jurídico supranacional en la materia que ofrece una definición genérica de corrupción. El artículo 1 define la corrupción como: soborno u otro comportamiento en relación con personas a quienes se confíen responsabilidades en el sector público y privado que violen sus deberes como funcionarios públicos, empleados privados, agentes independientes u otras relaciones de ese tipo, con el objetivo de obtener una ventaja indebida de cualquier tipo para sí mismos o para otras personas⁷¹⁴. Se trata de una definición

⁷⁰⁸ Ibid., p. 52, nota al pie 122.

⁷⁰⁹ Esta posición ha sido fuertemente criticada pues existen dudas sobre si el blanqueo de capitales y la obstrucción de justicia deberían ser considerados corrupción. Vid. BACIO TERRACINO, J., *The International*, cit., pp. 19-20.

⁷¹⁰ NICHOLS, C./ DANIEL, T./ BACARESE, A./ MATON, J./ HATCHARD, J., *Corruption and misuse of public office*, 3ª ed., Oxford University Press, Oxford-Nueva York, 2017, p. 2; SZAREK-MASON, P., *The European*, cit., p. 20.

⁷¹¹ En su artículo 6 indica que son actos de corrupción el cohecho activo y pasivo, la realización por parte de un funcionario público de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí o para un tercero, o el aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de los actos anteriores.

⁷¹² En su artículo 6 identifica como corrupción una serie de delitos que podrían corresponderse con el cohecho pasivo, el cohecho activo, el tráfico de influencias y la malversación.

⁷¹³ En el artículo 4 se recoge un amplio catálogo de delitos considerados corrupción entre los que se encuentran el cohecho, la malversación, el tráfico de influencias y el enriquecimiento ilícito.

⁷¹⁴ Traducción propia del texto original en inglés: “Corruption means any act referred to in Article III and includes bribery or any other behaviour in relation to persons entrusted with responsibilities in the public and private sector which violates their duties as public officials,

general de corrupción que limita efectivamente los tipos de corrupción que los Estados parte tienen que criminalizar⁷¹⁵.

La ausencia generalizada de un concepto de corrupción en los textos legales anteriormente citados contrasta con la frecuencia con la que sí se define la corrupción en informes publicados por organismos internacionales y europeos⁷¹⁶. La Oficina de la Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), en el marco de su programa global contra la corrupción, afirma que “todos estamos de acuerdo en que la corrupción es el abuso de poder (público) para obtener un beneficio privado, dañando así el interés público”⁷¹⁷. Del mismo modo, la Organización de Estados para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) también utiliza una definición general de la corrupción. En su glosario de términos estadísticos se refiere a la corrupción como el “uso indebido, por acción u omisión, de los poderes de los funcionarios públicos (designados o elegidos) para obtener beneficios financieros privados o de otro tipo”⁷¹⁸. En el ámbito de la Unión Europea, la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo sobre una Política Global de la UE contra la Corrupción (COM(2003) 317 final, de 28 de mayo de 2003), a pesar de reconocer que no existe un único concepto uniforme de todos los elementos constitutivos de la corrupción, adopta la definición amplia “abuso de poder para obtener ganancias privadas”⁷¹⁹.

Por tanto, como este mismo documento aclara, varios organismos internacionales proponen dos definiciones diferentes de corrupción. En primer lugar, dado que el principio de legalidad del Derecho Penal requiere un lenguaje preciso e inequívoco, se utiliza una definición más estricta, basada en la descripción de diferentes figuras delictivas, utilizada a efectos de criminalizar la corrupción, tal y como se hace en los textos normativos aquí mencionados⁷²⁰. Por otra parte, existe también un concepto más general que se corresponde a grandes

private employees, independent agents or other relationships of that kind and aimed at obtaining undue advantage of any kind for themselves or others”.

⁷¹⁵ IVORY, R., *Corruption*, cit., p. 21.

⁷¹⁶ ARTAZA VARELA, O., “La utilidad del concepto de corrupción de cara a la delimitación de la conducta típica en el delito de cohecho”, *Política criminal*, vol. 11, núm. 21, julio 2016, pp. 311 y ss.

⁷¹⁷ Traducción propia de: “In general terms, we can all agree that corruption is an abuse of (public) power for private gain that hampers the public interest”. En UNODC, *United Nations Manual on Anti-Corruption Policy*, Viena, Junio 2001, p. 7. Disponible en: <https://www.unodc.org/pdf/crime/gpacpublications/manual.pdf>.

⁷¹⁸ OCDE, *Glossary of statistical Terms*, 2013. Disponible en: <https://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=4773>. Traducción propia del inglés: “active or passive misuse of the powers of Public officials (appointed or elected) for private financial or other benefits”.

⁷¹⁹ Comunicación de la Comisión al Consejo, p. 6. De este modo, la Unión Europea es pionera en extender la definición de corrupción al sector privado. Vid. SZAREK-MASON, P., *The European*, cit., p. 7.

⁷²⁰ Comunicación de la Comisión al Consejo, pp. 6-7; Vid. SZAREK-MASON, P., *The European*, cit., pp. 8 y ss.

rasgos con el abuso de poder para obtener ganancias privadas, muy similar a la definición de NYE que posteriormente utilizó Transparencia Internacional, y que se utiliza principalmente en lo relacionado con la prevención.

En las próximas secciones se analizarán los elementos que componen el concepto amplio o descriptivo de la corrupción, y se realizará una propuesta de figuras delictivas que integran el concepto normativo de corrupción tomando como base el Derecho Penal español.

3.2. Características de la corrupción (concepción descriptiva)

Como las secciones anteriores han señalado, la definición más utilizada de corrupción podría resumirse en la fórmula: abuso de una posición de poder público para obtener un beneficio privado. Se trata de una estructura conceptual que recoge los elementos característicos que toda figura delictiva que se considere corrupción debe tener.

a) Abuso de una posición de poder (público)

Para poder hablar de corrupción debe producirse un abuso de una posición de poder público⁷²¹. Toda posición de poder conlleva el reconocimiento de una serie de derechos y potestades, pero también implica la asunción de ciertas responsabilidades formales y limitaciones sobre determinados comportamientos en interés propio⁷²². Quien se corrompe vulnera los deberes posicionales o institucionales inherentes a su cargo público⁷²³, produciéndose así una “desnaturalización de las finalidades objeto de las instituciones públicas”⁷²⁴.

El abuso de una posición de poder público como elemento característico de la corrupción debe entenderse en sentido amplio, incluyendo no solo el uso incorrecto o exceso en el ejercicio de las funciones inherentes al cargo, sino también el aprovechamiento o prevalimiento de la posición pública para fines

⁷²¹ La terminología varía a la hora de definir el abuso como característica de la corrupción. Varios autores hablan de “abusos de una posición de poder” (DE LA MATA BARRANCO, N.J., “La lucha”, cit., p. 4; HUISMAN, W./VANDE WALLE, G., “The criminology of corruption” en DE GRAAF, G./VON MARAVIC, P./WAGENAAR, P. (Eds.), *The good cause: theoretical perspectives on corruption*, Budrich, Opladen, 2010, pp. 115-145; HOLMES, L., *Corruption*, cit., p. 17; VAN SCHOOR, B., *Fighting*, cit., p.16.

⁷²² PHILP, M., “The Definition”, p. 22; Sobre la variedad de funciones que una posición de poder público puede implicar vid. HOLMES, L., *Corruption*, cit., p. 17; y ROSE-ACKERMAN, S./PALIFKA, B.J., *Corruption*, cit., p. 9.

⁷²³ Hablan de “vulneración de deberes posicionales o institucionales”, los siguientes autores: ACALE SÁNCHEZ, M., “Limitaciones”, cit., pp. 20-21; CARUSO FONTÁN, M.V., “El concepto”, cit., p. 152; FERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Algunas reflexiones sobre la corrupción política”, en FABIÁN CAPARRÓS, E.A./PÉREZ CEPEDA, A.I., *Estudios sobre corrupción*, Ratio Legis, Salamanca, 2010, p. 45; MALEM SEÑA, J.F., “La corrupción: algunas consideraciones conceptuales y contextuales”, *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Ardularitzako Euskal Aldizkaria*, núm. Extra 104, vol. 2, 2016, p. 27; MALEM SEÑA, J.F., “Derechos”, cit., p. 49; GARDINER, J., “Defining Corruption”, cit., p. 22; VAN SCHOOR, B., *Fighting*, cit., p. 16.

⁷²⁴ QUERALT JIMENEZ, J.J., “Public Compliance”, cit., p. 4.

ajenos a ella⁷²⁵. Además, puede consistir en una acción o una omisión, pero siempre debe ser intencional. Este criterio servirá para distinguir el abuso de supuestos de simple falta de diligencia, ineficiencia o actuación descuidada⁷²⁶.

Desde una perspectiva jurídica, para poder hablar de abuso, y por tanto de corrupción, es necesario que se produzca una violación de las reglas del sistema normativo que rige el ejercicio de ese poder público⁷²⁷. Toda definición de corrupción es necesariamente “parasitaria de un sistema normativo” que le sirva de referencia⁷²⁸. Este límite se define localmente, según los ideales, estándares morales y culturales de cada sociedad, y es lo que hace que un mismo hecho pueda ser considerado un acto de corrupción en un sistema y no en otro⁷²⁹. Este elemento característico de la corrupción conecta con las definiciones legales vistas en el inicio de este capítulo y, consecuentemente, ha gozado de los mismos apoyos y recibido las mismas críticas que estas.

Por otra parte, aunque en un principio todas las definiciones de corrupción coincidían en que ese poder debía ser necesariamente público, en la actualidad es habitual que se hable solamente de “posición de poder”, “posición de confianza” o “poder encomendado”, de modo que se incluyan también los abusos en el sector privado⁷³⁰. En palabras de ROSE-ACKERMAN, este poder podría ser confiado tanto por un empleador a un empleado, como por la población a un gobernante⁷³¹. Uno de los motivos a favor de esta extensión de la definición es que, debido al aumento en la privatización de servicios públicos, la frontera entre lo público y lo privado es cada vez más difusa, por lo que es comprensible que se haya expandido la definición para poder ampliar también el ámbito de actuación de estas instituciones⁷³². No obstante, son también fuertes las opiniones que

⁷²⁵ Sobre las diferencias entre abuso y prevalimiento en la legislación penal española, vid. capítulo V, sección 2.3.2.1.

⁷²⁶ NICHOLS, P.M., “What is”, cit., p. 13; KURER, O., “Definitions”, cit., p. 32

⁷²⁷ Definen el abuso como una vulneración de normas o reglas: PHILP, M., “Corruption Definition and Measurement”, en SAMPFORD, C./ SHACKLOCK, A./ CONNORS, C./ GALTUNG, F. (Eds.), *Measuring Corruption*, Ashgate publishing, Aldershot, 2007, p. 45; GEORGIEVA, I., *Using Transparency against Corruption in Public Procurement: A comparative Analysis of the Transparency Rules and their Failure to Combat Corruption*, Springer International Publisher, Cham, 2017, p. 53; CARUSO FONTÁN, M.V., “El concepto”, cit., pp. 152-155; PHILP, M., “The Definition”, cit., p. 23.

⁷²⁸ MALEM SEÑA, J.F., *Globalización, comercio internacional y corrupción*, Gedisa, Barcelona, 2000.

⁷²⁹ SØREIDE, T., *Corruption and Criminal Justice: Bridging economic and legal perspectives*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham-Northampton, 2016, pp. 12-13; NICHOLS, P.M., “What is”, cit., p. 12; CARUSO FONTÁN, M.V., “El concepto”, cit., p. 152; GARDINER, J., “Defining Corruption”, cit., p. 22.

⁷³⁰ La terminología es muy variada: DE LA MATA BARRANCO se refiere a “una posición de poder”, no dice necesariamente pública (DE LA MATA BARRANCO, N.J., “La lucha”, cit., p. 4); y ACALE SÁNCHEZ habla del “ejercicio de un cargo público” (ACALE SÁNCHEZ, M., “Limitaciones”, cit., p. 32). QUERALT JIMÉNEZ, por su parte, habla de “deberes institucionales” (QUERALT JIMÉNEZ, J.J., “Reflexiones”, cit., p. 22; QUERALT JIMÉNEZ, J.J., “Public Compliance”, cit., p. 4). La misma terminología, deberes institucionales, es usada por MALEM SEÑA, (MALEM SEÑA, J.F., “Derechos humanos y corrupción”, *Crítica*, núm. 989, 2014, p. 49.

⁷³¹ ROSE-ACKERMAN, S./ PALIFKA, B.J., *Corruption*, cit., p. 9.

⁷³² BOERSMA, M., *Corruption*, cit., pp.27-28; BROOKS, G., *Criminology*, cit., p. 18; SZAREK-MASON, P., *The European*, cit., pp. 7-8; HOLMES, L., *Corruption*, cit., p. 4.

consideran que los abusos de poder en el sector privado (*private-to-private corruption*), si bien tienen entidad penal, no deberían incluirse dentro del concepto de corrupción, pues la corrupción en el sector privado, afecta principalmente a los intereses de los dueños de dichas empresas, no a la colectividad en general⁷³³. Como explica ACALE SÁNCHEZ, aunque el desvalor de la acción pueda ser el mismo, el desvalor del resultado lesivo varía, pues la corrupción privada afecta al orden socioeconómico y la pública a la Administración pública⁷³⁴. HOLMES también considera que la corrupción privada no tiene la misma entidad: cuando un ciudadano pierde la confianza en una empresa pueda ir a otra, mientras que cuando no confía en los jueces o la policía, no puede buscar esos servicios en otra parte⁷³⁵. Por ello, la conceptualización de la corrupción aquí expuesta se centrará únicamente en el sector público.

Es importante tener en cuenta que esta perspectiva no excluye completamente al sector privado, ya que sí estarían incluidas sus interacciones con el sector público⁷³⁶. En el cohecho, por ejemplo, no solo comete un acto corrupto quien actúa desde una posición de poder, sino también quien paga un soborno a este. Por otra parte, la privatización de servicios que hasta hace poco eran realizados por el Estado obliga a replantearse el concepto de funcionario público, de modo que, se incluya a toda persona que efectivamente ejerza funciones públicas, sin que sea relevante que esté integrada de modo permanente en la estructura administrativa⁷³⁷. Esto podría llevar a incluir dentro del concepto de funcionario público a empleados de personas jurídicas que reciban una importante financiación del del Estado⁷³⁸.

En cualquier caso, la corrupción excluye los delitos cometidos por un funcionario público en su esfera privada, siempre que no se haya prevalido de su condición pública para cometerlos más fácilmente. Así, los hipotéticos casos de un juez que maltrata habitualmente a su pareja, un concejal que conduce bajo la influencia de bebidas alcohólicas o un policía que ha sido detenido con una cantidad de droga en su poder superior a la indicada para el autoconsumo no serían ejemplos de corrupción⁷³⁹.

b) Obtención de un beneficio privado

El abuso de la posición de poder público habrá de realizarse con el objetivo de obtener un beneficio privado. Ha de tratarse de un beneficio irregular, no

⁷³³ KURER, O., "Definitions", p. 32; GONZÁLEZ RUS, J.J., "Concepto penal", cit., pp. 1041-1042.

⁷³⁴ ACALE SÁNCHEZ, M., "Limitaciones", cit., p. 16.

⁷³⁵ HOLMES, L., *Corruption*, cit., p. 15.

⁷³⁶ Ej. Empresa para soborno. FISMAN, R./ GOLDEN, M.A., *Corruption*, cit., p. 25.

⁷³⁷ HOLMES, L., *Corruption*, cit., p. 4; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., "Iniciativas internacionales", cit., p. 8; KURER, O., "Definitions", cit., p. 33. Sobre el concepto de funcionario, vid. capítulo V, sección 2.2.

⁷³⁸ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., "Iniciativas internacionales", cit., p. 8.

⁷³⁹ Vid. DE LA MATA BARRANCO, N.J., "La lucha", cit., p. 10.

permitido por las instituciones en las cuales se participa o se presta servicio⁷⁴⁰. Este puede consistir en la recepción de una cantidad de dinero o cualquier otra ganancia económicamente evaluable⁷⁴¹. Aunque algunos autores sostienen que siempre debe tratarse de una ventaja patrimonial⁷⁴², cada vez adquiere más peso la posición según la cual el beneficio no tiene que ser necesariamente económico, sino que también puede ser inmaterial, es decir, todo lo que pueda motivar o suponer una situación de mejora⁷⁴³. Desde esta concepción amplia podrían incluirse los servicios sexuales, la asignación de puestos de trabajo o contratos, la obtención de cargos honoríficos, etc., o cualquier otra ventaja de tipo político o social⁷⁴⁴. Esta posición parece más acorde con la realidad criminológica, que demuestra que los beneficios de la corrupción se canalizan con frecuencia hacia organizaciones y partidos políticos⁷⁴⁵. La obtención de beneficios podría consistir también en evitar gastos personales del funcionario, por ejemplo, a través del uso de un coche oficial en lugar del privado⁷⁴⁶.

El beneficio no tiene por qué ser dirigido estrictamente a la persona que abusa el poder público, sino que puede incluir también a terceros⁷⁴⁷. Existe relativo consenso sobre la idea de que la ventaja puede ser tanto para el funcionario como para sus familiares o amistades⁷⁴⁸. Un ejemplo de obtención de beneficio sería el pago de la educación de los hijos de quien ostenta el poder público⁷⁴⁹. Sin embargo, se debate si el concepto “beneficio privado” debería incluir la obtención de ventajas para empresas, organizaciones o partidos políticos a los que el funcionario pertenece⁷⁵⁰. En línea con una concepción

⁷⁴⁰ MALEM SEÑA, J.F., “La corrupción”, cit., p.27; MALEM SEÑA, J.F., “Derechos”, cit., p. 49.

⁷⁴¹ Por todos, MIKKELSEN menciona que el beneficio puede consistir en la recepción de botellas de bebidas alcohólicas de algo valor económico, entradas para eventos deportivos o viajes, entre otros (MIKKELSEN, K.S., “In murky”, cit., p. 368).

⁷⁴² DE LA MATA BARRANCO, N.J., “La lucha”, cit., pp. 4 y 14.

⁷⁴³ NICHOLS, P.M., “What is”, cit., p. 13; KURER, O., “Definitions”, cit., p. 33; HUISMAN, W./VANDE WALLE, G., “The criminology”, cit., p. 115; CARUSO FONTÁN, M.V., “El concepto”, cit., p. 152; KINDHÄUSER, U., “Presupuestos”, cit., pp. 3-6; VAN SCHOOR, B., *Fighting*, cit., p. 16. QUERALT JIMÉNEZ incluye junto a los beneficios patrimoniales, los beneficios “de poder” de un sujeto o grupo de sujetos (QUERALT JIMÉNEZ, J.J., “Public Compliance”, cit., p. 4).

⁷⁴⁴ FARRALES, M.J., “What is”, cit., p. 17; FISMAN, R./GOLDEN, M.A., *Corruption*, cit., p. 25; KINDHÄUSER, U., “Presupuestos”, cit., p. 3; KURER, O., “Definitions”, cit., p. 33; MALEM SEÑA, J.F., “La corrupción”, cit., p. 27; MALEM SEÑA, J.F., “Derechos”, cit., p. 49; NICHOLS, P.M., “What is”, cit., p. 13.

⁷⁴⁵ MIKKELSEN, K.S., “In murky”, cit., p.367.

⁷⁴⁶ PHILP, M., “Corruption”, cit., p. 46.

⁷⁴⁷ CARUSO FONTAN, M.V., “El concepto”, cit., p. 152; KINDHÄUSER, U., “Presupuestos”, cit., p. 3; NICHOLS, P.M., “What is”, cit., p. 13; GEORGIEVA, I., *Using Transparency*, cit., p. 53.

⁷⁴⁸ NICHOLS, P.M., “What is”, cit., p. 13; FISMAN, R./GOLDEN, M.A., *Corruption*, cit., p. 25; VAN SCHOOR, B., *Fighting*, cit., p. 16; FARRALES, M.J., “What is”, cit., p. 17.

⁷⁴⁹ NICHOLS, P.M., “What is”, cit., p. 13.

⁷⁵⁰ MIKKELSEN, K.S., “In murky”, cit., p. 367; KINDHÄUSER, U., “Presupuestos”, cit., p. 3; GEORGIEVA, I., *Using Transparency*, cit., p. 53; BOERSMA, M., *Corruption*, cit., p. 28.

amplia del concepto de beneficio en la que se aceptan las ventajas “de poder” o “inmateriales”, parece lógico incluir este tipo de ganancias políticas⁷⁵¹.

Tampoco es necesario que el beneficio se obtenga de manera efectiva. La oferta o promesa de beneficios futuros, incluso si la ventaja no llega a hacerse efectiva en la práctica, sería suficiente para integrar este requisito⁷⁵². En cualquier caso, es necesario que el funcionario haya cometido el hecho motivado, al menos parcialmente, por la obtención de dicho beneficio⁷⁵³. Debe existir un vínculo causal entre el abuso y la expectativa de obtener ganancias privadas⁷⁵⁴.

Algunas definiciones obvian la obtención (o expectativa de obtener) un beneficio privado y centran la corrupción únicamente en el abuso de la función pública, incluso si no conlleva la consecución de ninguna ventaja⁷⁵⁵. No obstante, esta concepción resulta excesivamente amplia, porque implica que cualquier vulneración de las normas que rigen la función pública es corrupción, independientemente de cuál sea su motivación⁷⁵⁶. Además, no hay que perder de vista que es precisamente el poder corruptor de ese beneficio privado lo que hace nacer un conflicto entre el cumplimiento de los deberes del cargo público y la obtención de dicho beneficio⁷⁵⁷. Como se verá posteriormente, la exigencia o no de esta característica determinará la inclusión o la exclusión de determinadas figuras delictivas, como la prevaricación, de la concepción normativa de la corrupción.

c) Daño al interés público

Los dos elementos característicos anteriores constituyen el núcleo fundamental de la concepción descriptiva de la corrupción. No obstante, algunas definiciones recientes de corrupción requieren además que el abuso de una posición de poder público para obtener beneficios privados conlleve un daño al interés público. Desde esta perspectiva, debería existir un conflicto de intereses entre el ejercicio del poder público y la obtención de la ventaja⁷⁵⁸. Dicho de otro modo, debe haber “una incompatibilidad entre el interés que el encargado tiene que cautelar en virtud de su especial posición de deber, y el interés al que se vincula por la aceptación de la ventaja”⁷⁵⁹. Ante esa contradicción, el acto de

⁷⁵¹PHILP identifica el beneficio político con contribuciones a campañas electorales, apoyo político comercializado, etc. (PHILP, M., “Corruption”, cit., p. 46).

⁷⁵²KURER, O., “Definitions”, cit., p. 33; HUISMAN, W./VANDE WALLE, G., “The criminology”, cit., p. 115; MALEM SEÑA, J.F., “Derechos”, cit., p. 49; MALEM SEÑA, J.F., “La corrupción”, cit., p. 27.

⁷⁵³HOLMES, L., *Corruption*, cit., p. 17.

⁷⁵⁴MALEM SEÑA, J.F., “Derechos”, cit., p. 49.

⁷⁵⁵Vid. ejemplos de estas definiciones en BROWN, A.J., “What are we trying to measure?”, cit., pp. 70-73.

⁷⁵⁶Ibid.

⁷⁵⁷GONZÁLEZ RUS, J.J., “Concepto penal”, cit., pp. 1044-1045.

⁷⁵⁸KINDHÄUSER, U., “Presupuestos”, cit., pp. 6-7. En palabras de HOLMES, “el interés personal debe ir en contra del interés del Estado y de la sociedad” (HOLMES, L., *Corruption*, cit., p. 17).

⁷⁵⁹KINDHÄUSER, U., “Presupuestos”, cit., p. 6.

corrupción conllevará que se actúe en beneficio propio en lugar de con el propósito por el cual se otorgó el poder o confianza⁷⁶⁰. Se producirá entonces una subversión de los fines legítimos del cargo, y consecuentemente un daño al interés público⁷⁶¹. Con la inclusión de esta característica se pretende integrar en el concepto legal de corrupción las teorías centradas en el interés público vistas en las primeras páginas de este capítulo, intentando así salvar las críticas a una concepción de la corrupción meramente legalista.

La sugerencia de incluir el daño al interés público como una característica esencial de la corrupción plantea un debate interesante sobre la posibilidad de exclusión del concepto de corrupción las violaciones de las reglas que rigen el ejercicio de una determinada función pública realizadas por motivos ideológicos. PHILP ejemplifica esta situación con el policía de la Alemania nazi que recibe una cantidad de dinero de un empresario para ignorar la presencia de trabajadores judíos en una fábrica, a pesar de que tiene una obligación legal de deportarlos⁷⁶². En estos casos, podría considerarse que no se daña el interés público y que, por tanto, no hay corrupción. La inclusión de este requisito trasladaría el debate acerca de la consideración como corrupción del soborno a funcionarios encargados del control fronterizo a la determinación de si se produce o no un daño al interés público al facilitar el cruce irregular de fronteras.

Por interesante que resulte esta visión, es innegable también que la inclusión de esta característica para definir la corrupción plantea los mismos problemas que surgían en relación con las definiciones basadas en el interés público: su indefinición y subjetividad⁷⁶³. Si bien, desde la perspectiva de la sociología y la criminología es posible utilizar tanto la ley como el interés público para definir el abuso⁷⁶⁴, en el ámbito del Derecho, el principio legalidad exige, en la medida de lo posible, definir el abuso a partir de una norma, sin perjuicio de que el interés público pueda servir para integrar el concepto ante la falta de esta.

d) Concurrencia de, al menos, dos partes (morfología binaria)

Tradicionalmente suele entenderse que no todo abuso de poder público para obtener un beneficio privado es corrupción, sino que se requiere además que esto suceda en un determinado contexto relacional, es decir, que exista un corruptor y un corrupto⁷⁶⁵. Desde esta perspectiva, la concurrencia de al menos dos partes que realicen un intercambio o acuerdo delictivo es considerada

⁷⁶⁰ NICHOLS, P.M., "What is", cit., p. 13.

⁷⁶¹ PHILP, M., "The Definition", cit., p. 23.

⁷⁶² PHILP, M., "Corruption", cit., p. 46.

⁷⁶³ Ibid., pp. 45 y 46.

⁷⁶⁴ BROOKS, G. (*Criminology*, cit., p. 7), por ejemplo, propone ver la corrupción como un continuo que va desde actos legales condenados moralmente, como podrían ser las denominadas "puertas giratorias", a actos ilegales o delictivos, como el cohecho. Sin embargo, desde una perspectiva jurídica, solo estos últimos serían corrupción.

⁷⁶⁵ ARTAZA VARELA, O., "La utilidad", cit., pp. 316-317.

inherente al concepto de corrupción⁷⁶⁶. Todo delito de corrupción ha de ser necesariamente un “delito de encuentro”⁷⁶⁷. Dicho contexto relacional estaría compuesto por una autoridad o funcionario, con capacidad para adoptar una decisión en cuyo sentido se quiere incidir, que se muestra dispuesto a incumplir las obligaciones de su posición funcional; y una persona ajena a la administración, que realiza una transacción a la primera para incidir en su decisión, de modo que esto le reporte un beneficio a ambos⁷⁶⁸. Esta es la posición dominante en la doctrina alemana, donde el elemento esencial de la corrupción es el denominado “acuerdo delictivo”⁷⁶⁹. Al poner el foco de atención en el intercambio económico y la relación entre las partes en lugar de en el abuso de poder, este modo de conceptualizar la corrupción conecta directamente con las definiciones centradas en el mercado y con la teoría del agente-principal.

Algunos autores se refieren incluso a la necesidad de requerir la participación de tres agentes: el funcionario público, los beneficiarios de dicha función afectados por la decisión (ciudadanos) y los beneficiarios reales (corruptores)⁷⁷⁰. No obstante, es posible que el afectado por la decisión, es decir, el particular que espera una decisión de la administración, y el corruptor coincidan en una misma persona, de modo que solo participen dos sujetos⁷⁷¹. Como veremos en la próxima sección, este tipo de estructura está presente en delitos como el cohecho o el tráfico de influencias, porque “reflejan el co-hacer de dos [sujetos] con finalidades no convergentes, pero sí encontradas”⁷⁷².

Aunque destacando el acuerdo delictivo entre al menos dos partes se reconoce la importancia que tienen los terceros ajenos a la Administración en la corrupción⁷⁷³, esta concepción resulta excesivamente restrictiva. Por una parte, si se exige que uno de los sujetos sea un funcionario y otro un sujeto ajeno a la Administración pública, se excluyen aquellos casos en los que tanto el corruptor como el corrupto son funcionarios públicos. Por otro lado, la exigencia de una dualidad de voluntades deja fuera todos aquellos abusos del poder público para obtener un beneficio privado cometidos unilateralmente por la persona que ostenta dicho poder. Así, el funcionario que, actuando en solitario, usa o se apropia indebidamente de bienes públicos, está cometiendo un abuso de poder público para obtener beneficios privados, pero al no existir aquí ningún tipo de

⁷⁶⁶ Sostienen esta posición, entre otros: GARCÍA ESPAÑA, E., *El premio a la colaboración con la justicia. Especial consideración a la corrupción administrativa*, Comares, Granada, 2006, pp. 18-19; DE LA MATA BARRANCO, N.J., “La lucha”, cit., p. 7; THOUMI, F.E., “La relación”, cit., p. 13; PHILP, M., “The Definition”, cit., p. 25.

⁷⁶⁷ MUÑOZ LORENTE, J., “Delito de tráfico de influencias”, *Eumonía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 7, septiembre 2014- febrero 2015, p. 252.

⁷⁶⁸ GARCÍA ESPAÑA, E., *El premio*, cit., p. 18.

⁷⁶⁹ KINDHÄUSER, U., “Presupuestos”, cit., pp. 5-6.

⁷⁷⁰ PHILP, M., “The Definition”, cit., p. 25; KINDHÄUSER, U., “Presupuestos”, cit., p. 6.

⁷⁷¹ KINDHÄUSER, U., “Presupuestos”, cit., p. 6.

⁷⁷² DE LA MATA BARRANCO, N.J., “La lucha”, cit., p. 7.

⁷⁷³ PHILP, M., “The Definition”, cit., p. 25.

acuerdo delictivo o compraventa de poder público, según esta concepción, aunque sea un delito, no se trataría de un acto corrupto⁷⁷⁴. Por poner un ejemplo, el secretario de Juzgado que se apropia de los fondos que administra para cubrir sus deudas de juego y comete un delito de malversación del artículo 432.2 del Código Penal español no cometería ningún tipo de corrupción⁷⁷⁵. Incluso el delito de cohecho, que usualmente presenta morfología binaria, puede consumarse también con la actuación de una única persona. Tanto el funcionario que solicita una dádiva, como el particular que intenta corromper solicitando una dádiva, sin que las pretensiones de ninguno de ellos lleguen a ser aceptadas por la otra parte, cometen ya un delito de cohecho⁷⁷⁶.

Por ello, sería conveniente prescindir de este elemento como una característica que deba estar presente en todo delito de corrupción, o bien reinterpretarlo para ampliar su significado. Un posible modo de mantener este elemento definitorio sin restringir demasiado el concepto de corrupción es entender que la concurrencia de dos partes no necesariamente implica la existencia de dos sujetos diferentes, sino de dos intereses contrapuestos. Así, ambos sujetos podrían ser dos funcionarios públicos en posiciones diferentes y también un solo funcionario que “interactúa consigo mismo en una especie de *role play* de doble personalidad: por un lado, representando a una Administración pública y por el otro, como particular interesado en el propio acto corrupto”⁷⁷⁷. Siguiendo la terminología usada por la teoría del agente-principal, sería posible considerar que la morfología binaria existe también cuando agente y principal son la misma persona.

e) *Carácter secreto o subrepticio*

Aunque no es frecuente que se destaque expresamente, algunas definiciones requieren que los actos de corrupción se cometan en secreto, o al menos, de manera subrepticia o en un marco de discreción⁷⁷⁸. El hecho de que los actos corruptos tiendan a ocultarse es un indicio de que la persona que ostenta el poder público es consciente de que está cometiendo un abuso y, por tanto, evidencia la intencionalidad de la acción. No obstante, el carácter público de la conducta no excluye que esta sea clasificada como corrupción. Asimismo, el éxito de la táctica de ocultación tampoco afecta al concepto de corrupción⁷⁷⁹.

⁷⁷⁴ MALEM SEÑA, J.F., “La corrupción”, cit., p. 37.

⁷⁷⁵ Así lo considera DE LA MATA BARRANCO (“La lucha”, cit., p. 7).

⁷⁷⁶ NAVARRO CARDOSO, F., “Cohecho pasivo subsiguiente o por recompensa”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 18, núm. 25, 2016, pp. 4-5.

⁷⁷⁷ ACALE SÁNCHEZ, M., “Limitaciones”, cit., p. 8.

⁷⁷⁸ DE LA MATA BARRANCO, N.J., “La lucha”, cit., p. 4; MALEM SEÑA, J.F., “La corrupción”, cit., p. 27. Aunque no enuncian expresamente el carácter secreto como requisito, sí lo mencionan en sus definiciones: KINDHÄUSER, U., “Presupuestos”, cit., p. 5; BOERSMA, M., *Corruption*, cit., p. 31.

⁷⁷⁹ MALEM SEÑA, J.F., “Derechos”, cit., p. 49.

3.3. Figuras delictivas que conforman la corrupción (concepción normativa)

Como se ha señalado anteriormente, la corrupción no está criminalizada como tal, sino que es un término utilizado para designar una serie de conductas que sí están legalmente definidas⁷⁸⁰. Todas estas figuras penales poseen una serie de elementos aglutinadores que se corresponden con las características de la corrupción tratadas anteriormente. De este modo, la concepción descriptiva de la corrupción determina qué conductas son consideradas corruptas. A su vez, no todo acto que cumple los requisitos del apartado anterior es corrupción, también deber ser un ilícito penal⁷⁸¹. Por ello, para delimitar conceptualmente la corrupción desde un punto de vista jurídico-penal es imprescindible identificar y definir estas figuras penales⁷⁸². Este análisis conforma la concepción normativa de la corrupción.

Desde una concepción estricta, la corrupción se identificaría exclusivamente con el cohecho⁷⁸³. Como se ha visto anteriormente, esta era la tendencia seguida por los primeros convenios de la OCDE y la Unión Europea. No obstante, es creciente la tendencia a incluir otras figuras⁷⁸⁴. Así, la Convención Penal del Consejo de Europa incluye también el tráfico de influencias y el blanqueo de capitales. Por su parte, la UNCAC, que consolida esta tendencia expansiva, incluye como delitos de corrupción los siguientes: cohecho, malversación, tráfico de influencias, abuso de funciones, enriquecimiento ilícito, corrupción privada, blanqueo de capitales, encubrimiento y obstrucción a la justicia. De todos modos, esta expansión ha sido objeto de numerosas críticas. Es importante tener en cuenta que una ampliación excesiva del concepto normativo de corrupción puede privar a este de la importancia que ha de tener⁷⁸⁵.

Es en la concepción normativa de la corrupción donde las diferencias entre sistemas legales se hacen más patentes, pues el análisis de conductas corruptas con relevancia penal requiere tomar como referencia un marco normativo concreto. Por ello, esta sección se centra en el Derecho Penal español, sin perder de vista la normativa internacional y europea. No se pretende aquí realizar un análisis exhaustivo de cada una de las figuras delictivas, pues esto excedería con

⁷⁸⁰ BACIO TERRACINO, J., *The International*, cit., pp. 18-20; ROSE, C., *International*, cit., p. 7; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., "Iniciativas internacionales", cit., p. 19.

⁷⁸¹ MALEM SEÑA, J.F., "Derechos", cit., p. 49.

⁷⁸² BACIO TERRACINO, J., *The International*, cit., pp. 20-25.

⁷⁸³ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., "Iniciativas internacionales", cit., p. 19.

⁷⁸⁴ Es creciente la tendencia criminológica a identificar corrupción con cualquier irregularidad cometida en un contexto de toma de decisión y a cambio de una ventaja indebida o, incluso, con todo abuso de poder, siempre que se ligue a una ganancia ilícita, de carácter económico o de mejora de la posición para el desarrollo de determinadas actividades, algo que se produce fundamentalmente en el marco de la administración, pero que también puede darse en el seno de las relaciones económicas, nacionales e internacionales (DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., "Iniciativas internacionales", cit., p. 19).

⁷⁸⁵ DE LA MATA BARRANCO, N.J., "La lucha", cit., p. 11.

creces el objeto de este estudio. Simplemente se expondrán sus características más relevantes para comprobar si, efectivamente, encajan en el concepto de corrupción.

a) *Cohecho*

Existe consenso en calificar como corrupción el cohecho o soborno⁷⁸⁶. El cohecho es considerado “la forma más común de corrupción” y el delito de corrupción “por excelencia”⁷⁸⁷. La palabra cohecho significa hecho de dos, por lo que representa perfectamente la idea de transacción económica o compraventa de lo público a cambio de un precio, que algunos autores identifican con el concepto general corrupción⁷⁸⁸.

A grandes rasgos, el cohecho es el pago por una concreta actuación de un funcionario público⁷⁸⁹. Salvando las diferencias entre los diversos textos normativos internacionales⁷⁹⁰, europeos⁷⁹¹ y el Código Penal español⁷⁹², el cohecho puede definirse como: la promesa, ofrecimiento o concesión, directa o indirecta, a un funcionario público (cohecho activo); o la solicitud, aceptación o recibimiento por parte de un funcionario público (cohecho pasivo), de un beneficio indebido de cualquier naturaleza, para sí mismo o para otra persona o entidad, para que realice o se abstenga de realizar un acto en cumplimiento de sus funciones oficiales.

Esta definición presenta tres elementos. En primer lugar, las acciones típicas (prometer, ofrecer, conceder, solicitar, aceptar o recibir) nos permiten distinguir entre la modalidad activa y la pasiva según el sujeto que las realice⁷⁹³. En segundo lugar, el cohecho requiere la transferencia de (o promesa de transferir) un beneficio o ventaja para el funcionario público o para un tercero. Solo la UNCAC explicita que ese tercero puede ser una persona o una entidad (art. 15). Todos los textos normativos analizados (excepto el Convenio de la Unión Europea y el Código Penal español) mencionan que la ventaja ha de ser indebida, pero no se dan mayores directrices sobre dónde trazar la línea entre lo que es lícito e ilícito. Por otra parte, solo especifican que la ventaja puede ser “pecuniaria o de otra índole” o “de cualquier naturaleza” la Convención de la OCDE y el Convenio de la Unión Europea, respectivamente. Del mismo modo, el Código

⁷⁸⁶ Vid., por todos, ACALE SÁNCHEZ, M., “Limitaciones”, cit., pp. 21-22; y MORGAN, A.L., *Corruption*, cit., p. 26.

⁷⁸⁷ ROTHSTEIN, B./ VARRAICH, A., *Making Sense*, cit., pp. 54-55; NAVARRO CARDOSO, F., “Cohecho”, cit., p. 2. En el mismo sentido, GONZÁLEZ RUS, J.J., “Concepto penal”, cit., p. 1045.

⁷⁸⁸ DE LA MATA BARRANCO, N.J., “La lucha”, cit., p. 12. Pero también las definiciones económicas o centradas en el mercado.

⁷⁸⁹ ACALE SÁNCHEZ, M., “Limitaciones”, cit., pp. 21-22.

⁷⁹⁰ Artículo 15 UNCAC y Artículo 1 de la Convención de la OCDE, centrada exclusivamente en el cohecho activo de funcionarios públicos extranjeros

⁷⁹¹ Artículos 2 y 3 del Convenio Penal sobre la Corrupción del Consejo de Europa; Artículos 2 y 3 del Convenio de la UE

⁷⁹² Artículos 419 y ss.

⁷⁹³ BOERSMA, M., *Corruption*, cit., p. 33 ss.

Penal español se refiere a “dádiva, favor o retribución de cualquier clase” (artículos 419 y 420 CP), y a “dádivas o regalos” (artículo 422 CP). Finalmente, el tercer elemento definitorio del cohecho es la finalidad por la que se recibe esa ventaja indebida. En general, el derecho internacional y europeo establece que la finalidad es que el agente público realice o se abstenga de realizar un acto propio del ejercicio de sus funciones oficiales. En la UNCAC y el Convenio de la OCDE se limita la finalidad a la obtención de ventajas en transacciones comerciales internacionales cuando el cohecho afecte a funcionarios públicos extranjeros. Por otro lado, en la Convención de la Unión Europea la acción u omisión a realizar en el ejercicio de las funciones públicas ha de ser “contraria a sus deberes oficiales”. Por su parte, el Código Penal español sigue una concepción más amplia. No solo se refiere a la realización en el ejercicio de su cargo de un acto contrario a los deberes inherentes del mismo y a la no realización o retraso injustificado de actos que debiera practicar, o cohecho propio (artículos 419 y 424 CP); sino también a la realización de actos propios del cargo, es decir, no necesariamente ilegales, o cohecho impropio (artículos 420 y 424 CP); e incluso simplemente en consideración al cargo o función (artículo 422 y 424 CP). Además, se tipifica también la conducta consistente en recibir o solicitar una dádiva, favor o retribución a una autoridad o funcionario público como recompensa por las conductas anteriores⁷⁹⁴.

Con la tipificación del cohecho en atención al cargo se pretende abarcar aquellos supuestos en los que se puede probar la entrega o promesa de un beneficio a un funcionario, pero no el acto específico propio de los deberes del cargo o contrario a estos⁷⁹⁵. No obstante, el cohecho para la realización de actos propios del cargo o en consideración a este plantea grandes dificultades a la hora de determinar cuándo la entrega de obsequios tiene la entidad suficiente como para ser considerada delito y cuándo se trata de prácticas aceptadas conforme a los usos sociales, carentes de relevancia penal.

Por tanto, se confirma así que en el cohecho concurren todos los elementos característicos de la corrupción según la concepción descriptiva. Se produce un abuso o prevalimiento de una posición de poder público con el objetivo de obtener un beneficio privado, provocando un daño al interés público. Además, como se ha señalado anteriormente, existe un acuerdo delictivo entre dos partes, que habitualmente ocurre de manera secreta o subrepticia. Si bien la concurrencia de estas características es clara en los supuestos de cohecho contrario a los deberes del cargo, podrían plantearse dudas acerca de la

⁷⁹⁴ Es decir, una recompensa por la realización de un acto contrario a los deberes inherentes al cargo, por la no realización o por el retraso injustificado de actos que debiera practicar o por la realización de actos propios del cargo.

⁷⁹⁵ VIGANÒ, F., “Los delitos de cohecho en el ordenamiento jurídico italiano de *Lege Lata* y *Ferenda*”, en CASTRO MORENO, A./OTERO GONZÁLEZ, P. (Dir.)/ GARROCHO SALCEDO, A.M. (Coord.), *Corrupción y delitos: Aspectos de Derecho Penal Español y desde la perspectiva comparada*, Dykinson, Madrid, 2017, p. 260.

existencia de un abuso de poder público y daño a la función pública en los casos de cohecho por actos propios del cargo, y sobre todo, en consideración al cargo. Sin embargo, como ha señalado la jurisprudencia, aunque no llegue a influirse en la toma de decisiones, estas conductas ya constituyen de por sí una lesión de “la confianza y la integridad de la Administración”⁷⁹⁶ y un “menoscabo efectivo del deber de probidad del funcionario”⁷⁹⁷, por lo que es posible concluir que se cumplen ambos requisitos.

Como se ha visto, el cohecho funciona como una especie de contrato en el que una parte “paga” a otra para que le dé un tratamiento mejor que el que le correspondería según las reglas⁷⁹⁸. Ambas partes están de acuerdo en la transacción porque ambas se benefician de ella. Por ello, quedarán fuera del ámbito del cohecho, aquellos supuestos en los que la solicitud de un trato favorable en la administración no se realiza a cambio de una dádiva, favor o retribución de cualquier clase, sino bajo amenaza de un mal⁷⁹⁹. Por consiguiente, estos casos se excluyen también del ámbito de la corrupción, pues en ellos falta uno de los elementos clave de la conceptualización descriptiva: la obtención de un beneficio privado.

En lo que respecta a los casos de inducción por parte de un funcionario público a un particular a dar o prometer beneficios a cambio de realizar un servicio público, sí estaríamos dentro del ámbito del cohecho y de la corrupción. Pensemos, por ejemplo, en el funcionario de un ayuntamiento que no otorga licencia para abrir un negocio si el particular no le paga un dinero extra; o en el policía que detecta a ciudadano extranjero en situación administrativa irregular y le pide dinero a cambio de no denunciar su situación para que sea expulsado o sancionado. Si el particular accede a esa proposición seguiríamos estando dentro del marco del cohecho activo y de la corrupción. Para estos casos, el Código Penal español (artículo 426) establece que el particular estará exento de pena si se trata de un hecho ocasional y si denuncia el hecho a las autoridades en el plazo de dos meses desde la fecha de los hechos.

b) Tráfico de influencias

Aunque tradicionalmente la corrupción solía asociarse únicamente con el cohecho, el tráfico de influencias es también susceptible de ser incluido en la lista de delitos que conforman la concepción normativa de la corrupción, en la medida

⁷⁹⁶ OTERO GONZÁLEZ, P., “La respuesta del Derecho Penal noruego a la corrupción: un modelo a seguir”, en CASTRO MORENO, A./OTERO GONZÁLEZ, P. (Dir.)/ GARROCHO SALCEDO, A.M. (Coord.), *Corrupción y delitos: Aspectos de Derecho Penal Español y desde la perspectiva comparada*, Dykinson, Madrid, 2017, p. 211.

⁷⁹⁷ VIGANÒ, F., “Los delitos”, cit., p. 260.

⁷⁹⁸ MALEM SEÑA, J.F., “Derechos”, cit., p. 49.

⁷⁹⁹ ROTHSTEIN, B./ VARRAICH, A., *Making*, cit., pp. 54-55; MALEM SEÑA, J.F., “Derechos”, cit., p. 49.

en que es una figura delictiva estrechamente vinculada con este⁸⁰⁰. Precisamente, la cercanía entre ambas figuras delictivas ha sido esgrimida para negar la necesidad de tipificar el tráfico de influencias como un delito autónomo. Varios Estados formularon reservas a las recomendaciones de la normativa internacional de sancionarlo penalmente alegando que las formas imperfectas de ejecución y las formas de participación criminal en relación con el delito de cohecho eran suficientes para lidiar con los supuestos de corrupción a través de influencias ilícitas⁸⁰¹.

De los instrumentos internacionales aquí analizados, solo la UNCAC y el Convenio Penal sobre Corrupción del Consejo de Europa incluyen el tráfico de influencias en su catálogo de conductas corruptas⁸⁰². A partir del contenido de estos textos, que apenas muestran diferencias entre sí a la hora de precisar las conductas típicas, puede definirse el tráfico de influencias como la promesa, ofrecimiento o concesión a un funcionario público o a cualquier otra persona; o la solicitud o aceptación por parte de un funcionario público o cualquier otra persona, de forma directa o indirecta, de una ventaja indebida⁸⁰³, para que este abuse de su influencia, real o supuesta⁸⁰⁴, sobre las decisiones de la Administración⁸⁰⁵, con el fin de obtener un beneficio indebido que redunde en provecho del instigador principal o de otra persona.

Al igual que el cohecho, en la normativa europea e internacional el tráfico de influencias presenta dos modalidades: una activa (promesa, ofrecimiento o concesión) y otra pasiva (solicitud o aceptación)⁸⁰⁶. Sin embargo, mientras que

⁸⁰⁰ Vid, por todos, PHILP, M., "Corruption", cit., p. 62; y GONZÁLEZ RUS, J.J., "Concepto penal", cit., p. 1045.

⁸⁰¹ Vid. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., "Corrupción pública y globalización. Una mirada a la regulación del tráfico de influencias en los instrumentos internacionales anti-corrupción", *Dereito: Revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 26, núm. 1, 2017, pp. 6-7.

⁸⁰² Artículo 18 UNCAC y artículo 12 Convención Penal sobre Corrupción. Nótese que la UNCAC no impone su tipificación como delito, sino que es potestativo para los Estados Miembros.

⁸⁰³ Nótese que el artículo 12 de la Convención Penal sobre Corrupción del Consejo de Europa especifica que esa ventaja indebida será "en concepto de remuneración".

⁸⁰⁴ De este modo se sanciona también el tráfico de influencias falsas o supuestas, siendo suficiente con que quien otorga la ventaja indebida crea que quien la recibe tiene capacidad de influir una decisión (VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., "Corrupción", cit., p. 16). En sentido contrario, MUÑOZ LORENTE dice que, en Derecho penal español, la influencia ha de ser "idónea para conseguir la resolución y el beneficio económico" (MUÑOZ LORENTE, J., "Delito", cit., p. 254).

⁸⁰⁵ En este sentido existe una pequeña diferencia entre la CCE y la UNCAC. La UNCAC se refiere a "la influencia para obtener de la administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido" (artículo 18); mientras que la CCE habla de "influencia sobre las decisiones" de funcionarios público nacionales, extranjeros e internacionales (artículo 12). Por tanto, no existe consenso a nivel internacional sobre si la influencia debe estar vinculada a un proceso de toma de decisiones, como hace la CCE, o si, por el contrario, esta referencia debe eliminarse, como hace la UNCAC, para permitir "la tipicidad de las entregas para influir en la consecución de decisiones de difícil o imposible identificación o para pagar gestiones relacionadas con cualquier asunto que pueda interesarle al comprador en el futuro". Vid. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., "Corrupción", cit., pp. 21 ss.

⁸⁰⁶ BOERSMA, M., *Corruption*, cit., p. 35; VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., "Corrupción", cit., p. 12.

en el cohecho existe una relación bilateral entre quien otorga la dádiva y quien la recibe, en el tráfico de influencias se establece una relación triangular⁸⁰⁷: A (funcionario público o particular) otorga o solicita una dádiva a B (funcionario o particular) para que este ejerza su influencia sobre C (funcionario con capacidad de decisión), con el objetivo de obtener un beneficio ilícito para A o para otra persona. Dado que, según la definición internacional, tanto en el cohecho como en el tráfico de influencias, la existencia de una ventaja indebida es uno de los requisitos esenciales, el elemento clave en la diferenciación es la presencia de un intermediario (B) que se compromete a ejercer una influencia sobre el funcionario competente para tomar la decisión (C), quien no recibe ventaja alguna⁸⁰⁸.

Si B, el intermediario, puede ser tanto un funcionario como un particular, la influencia puede desarrollarse tanto en un ámbito personal como en conexión con el desempeño de las funciones públicas⁸⁰⁹. Es por ello que se ha criticado que la definición internacional de tráfico de influencias propicia “una situación de colisión normativa con la disciplina del cohecho pasivo propio, al definir, al propio tiempo, como tráfico y cohecho el mercadeo con influencias del cargo para beneficiar económicamente a terceros”⁸¹⁰.

La configuración del tráfico de influencias en España varía ligeramente respecto a lo establecido en la normativa internacional. El Código Penal divide el tráfico de influencias en tres tipos diferenciados atendiendo al sujeto activo de la conducta. En primer lugar, se tipifican aquellos casos en los que un funcionario⁸¹¹ influye en otro funcionario prevaliéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de una relación personal o jerárquica con este u otro funcionario (artículo 428 CP). En segundo lugar, se castiga con una pena menor que el caso anterior al particular que influye en un funcionario prevaliéndose de su relación personal con este o con otro funcionario (artículo 429 CP). En ambos casos se influye en un funcionario para conseguir una resolución que genere, directa o indirectamente, un beneficio económico para quien trata de influir o para un tercero. Estos dos tipos penales configuran lo que la doctrina ha denominado “tráfico de influencias en sentido estricto”⁸¹².

Pueden apreciarse aquí las primeras diferencias con la regulación a nivel internacional: no se requiere ningún tipo de transmisión de una dádiva, y no es

⁸⁰⁷ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Iniciativas internacionales”, cit., p. 9; VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., “Corrupción”, cit., p. 11.

⁸⁰⁸ VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., “Corrupción”, cit., p. 15.

⁸⁰⁹ Ibid., p. 18.

⁸¹⁰ Una posible solución propuesta para esta colisión es que los Estados no tipifiquen en sus leyes internas como un delito autónomo el tráfico de influencias cometido por funcionarios en el ejercicio de sus cargos. Al respecto, Vid. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., “Corrupción”, cit., pp 13-18.

⁸¹¹ Se hará referencia únicamente a “funcionario” en lugar de “funcionario público o autoridad”, términos exactos del Código, para facilitar la lectura.

⁸¹² Vid., por todos, MUÑOZ LORENTE, J., “Delito”, cit., p. 249.

estrictamente necesaria la presencia un intermediario. En otras palabras, el elemento diferencial con el cohecho no es la relación triangular sino la ausencia de una dádiva. Además, a diferencia de la legislación internacional, que indica expresamente que la ventaja obtenida gracias a la influencia ejercida sobre la Administración debe ser “indebida”, el Código Penal habla únicamente de un “beneficio económico”, por lo que se discute si la influencia para obtener beneficios a partir de resoluciones ajustadas a Derecho son conductas constitutivas de un delito de tráfico de influencias o no⁸¹³. Por otra parte, mientras que en la legislación internacional la influencia puede ser aparente o supuesta, en España debe ser en todo caso idónea para afectar la toma de decisiones en el seno de la Administración⁸¹⁴. Así, la configuración del tráfico de influencias en España parece criminalizar determinadas formas de clientelismo o nepotismo, más que la venta de influencias a la que el texto internacional hace referencia.

La regulación jurídico-penal del tráfico de influencias en España se completa con una tercera figura, que castiga al particular o funcionario público que solicita a un tercero (funcionario o particular) o acepta de este dádivas⁸¹⁵, para realizar alguna de las conductas anteriormente descritas (art. 430 CP). Es decir, se criminaliza en este precepto la conducta del intermediario, sea un funcionario o un particular, que se ofrece a influir en un/otro funcionario. Esta figura ha sido denominada “venta de influencias”⁸¹⁶.

Una de las críticas fundamentales que han recibido los delitos de tráfico de influencias en España es que la conducta del funcionario que se deja influir es impune, al menos en relación con el delito de tráfico de influencias. Únicamente podría castigarse si la influencia recibida ha dado lugar a una resolución arbitraria y es, por tanto, constitutiva de algún otro delito como la prevaricación⁸¹⁷.

Al igual que sucedía con el cohecho en atención al cargo, la necesidad de tipificar los delitos de tráfico de influencias en España se ha justificado como un modo de dar respuesta a aquellos casos en los que no es posible probar todos los elementos típicos de otros delitos como la prevaricación y el cohecho⁸¹⁸. Así, cabría su aplicación cuando no se puede probar la solicitud o entrega de una

⁸¹³ Ibid., pp. 254-255.

⁸¹⁴ Doctrina y jurisprudencia entienden que la influencia es una presión psicológica que va más allá de la comunicación de un deseo o preferencia, sin llegar a ser constitutiva de coacciones o amenazas, y que ha de ser idónea para interferir en el proceso motivador. Por todos, CUGAT MAURI, M., “El tráfico de influencias: un tipo prescindible”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 16, 2014, pp. 13-14.

⁸¹⁵ Las palabras exactas del código son “dádivas, presentes o cualquier otra remuneración”, lo que no aclara si excluye beneficios no económicos.

⁸¹⁶ MUÑOZ LORENTE, J., “Delito”, cit., p. 249.

⁸¹⁷ ACALE SÁNCHEZ, M., “Limitaciones”, cit., p. 27.

⁸¹⁸ MUÑOZ LORENTE, J., “Delito”, cit., pp. 251-252.

dádiva o favor en el cohecho, pero sí la relación personal o jerárquica con el funcionario⁸¹⁹. El tipo también podría servir para alcanzar las influencias orientadas a la obtención de resoluciones omisivas o no radicalmente injustas, que no pudiesen encuadrarse en el delito de prevaricación al no ser posible probar la arbitrariedad⁸²⁰. No obstante, una gran mayoría de procedimientos iniciados por tráfico de influencias acaban en sobreseimiento por falta de pruebas⁸²¹.

En definitiva, igual que ocurre con el cohecho, es posible afirmar que el tráfico de influencias, tanto en su configuración en la normativa internacional como en la española, es una forma de corrupción. Ahora bien, esta afirmación debe ser matizada. En la doctrina española se ha señalado que determinadas modalidades de este delito no son verdaderamente corrupción porque pueden ser cometidas únicamente por dos particulares, sin que sea necesaria la presencia de un servidor público⁸²². Este sería el caso del particular que exige una dádiva a otro alardeando de las influencias que posee sobre un funcionario; o de quien ofrece una dádiva a un particular porque es conecedor de las relaciones especiales que tiene con un determinado funcionario⁸²³. Otro de los motivos por los que podría considerarse que no estamos ante un delito de corrupción es que, al tratarse de un delito de mera actividad en el que se produce un adelantamiento de la barrera punitiva⁸²⁴, el delito se consuma aunque el funcionario rechace la influencia y no llegue a producirse ningún abuso de la función pública. No obstante, la jurisprudencia sostiene que en estos casos se produce una “tipificación expresa de actos preparatorios, elevados a la categoría de delito, de los tipos de tráfico de influencias en sentido estricto”⁸²⁵, por lo que podrían seguir estando dentro del ámbito de la corrupción.

c) Malversación

Si en relación con el cohecho, y en cierta medida con el tráfico de influencias, existía consenso sobre su consideración como actos corruptos, la

⁸¹⁹ Ibid., p. 252.

⁸²⁰ CUGAT MAURI, M., “El tráfico”, cit., p. 9; MUÑOZ LORENTE, J., “Delito”, cit., p. 252.

⁸²¹ CUGAT MAURI, muy crítica, se refiere al tráfico de influencias como una “figura difícilmente aprehensible, resbaladiza a la prueba, y de casi nula presencia jurisprudencial”. La dificultad probatoria principal estriba en que, según la jurisprudencia, la mera resolución favorable a quien se relaciona con el funcionario no es un indicio concluyente del tráfico de influencias, pues se entiende que el funcionario puede haber dictado una resolución que favorezca a un familiar, por ejemplo, sin que haya mediado ninguna influencia. Ante esta situación, la arbitrariedad de la resolución se torna ‘condición necesaria de la prueba de la influencia’, a pesar de no ser un elemento esencial del tipo. Lo que, en la práctica, según CUGAT MAURI, hace que el delito de tráfico de influencias funcione como una especie de inducción a la prevaricación. Vid. CUGAT MAURI, M., “El tráfico”, cit., pp. 10 y ss.

⁸²² MUÑOZ LORENTE, J., “Delito”, cit., p. 251.

⁸²³ Ibid.

⁸²⁴ Ibid., p. 254.

⁸²⁵ MUÑOZ LORENTE, J., “Delito”, cit., p. 251, haciendo referencia a las sentencias: STS 1335/2001, de 19 de junio, y STS 335/2006, de 24 de marzo.

situación es muy diferente en el caso de la malversación. El único convenio internacional en la materia que introduce una obligación de criminalizar estas conductas es la UNCAC. En su artículo 17 establece que los Estados parte deben tipificar como delito “la malversación o el peculado, la apropiación indebida u otras formas de desviación por funcionario público, en beneficio propio o de terceros u otras entidades, de bienes, fondos o títulos públicos o privados o cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado al funcionario en virtud del cargo”.

El Código Penal español regula la malversación en los artículos 432 y siguientes. En lugar de describir la conducta de malversación, el Código remite a los delitos de administración desleal (artículo 252 CP) y apropiación indebida (artículo 253 CP). De este modo, habrá malversación cuando las conductas descritas en estos preceptos sean cometidas por autoridad o funcionario público y afecten al patrimonio público. Así, la primera modalidad malversadora es la administración desleal del patrimonio público (artículo 432.1 CP en relación con 252 CP), que tiene lugar cuando un funcionario o autoridad infringe las facultades que le han sido otorgadas para administrar el patrimonio público causando un perjuicio a este. La segunda modalidad es la apropiación indebida del patrimonio público (artículo 432.2 CP en relación con 253 CP), que consiste en apropiarse para sí o para un tercero de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos o negaren haberlos recibido⁸²⁶.

Esta segunda modalidad se amolda con mayor precisión a la descripción de malversación de la UNCAC. A diferencia de la administración desleal, en este caso, la apropiación indebida del patrimonio público conlleva, además de un abuso de la función pública, la obtención de un beneficio de carácter privado, uno de los elementos clave de la concepción descriptiva de la corrupción. Así, solo esta modalidad, la del artículo 432.2 CP, podría ser considerada corrupción en sentido estricto. Para ello, sin embargo, sería preciso también salvar otro escollo: la carencia de un acuerdo delictivo entre, al menos, dos partes. Desde esta perspectiva, la malversación no sería un delito de corrupción por carecer de un “elemento corruptor”⁸²⁷. La conducta del funcionario que se enriquece del patrimonio público no podría ser estrictamente un delito de corrupción, a pesar de que en ella sí se produce un abuso de una posición de poder público con la obtención de obtener un beneficio privado. Por ello, con el objetivo de evitar restringir excesivamente el concepto de corrupción, sería conveniente prescindir de esta característica⁸²⁸, o utilizar una interpretación amplia de la misma según

⁸²⁶ Vid. SANZ MULAS, N., “Despilfarro de fondos públicos y nuevo delito de malversación de caudales”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 19, 2017, pp. 1-35.

⁸²⁷ DE LA MATA BARRANCO, N.J., “La lucha”, cit., pp. 7-8.

⁸²⁸ PHILP, M., “Corruption”, cit., p. 46.

la cual la morfología binaria se satisface con la existencia de dos intereses contrapuestos que pueden concurrir en la misma persona, sin necesidad de que dos sujetos distintos participen en la conducta⁸²⁹. De este modo, no se excluirían las llamadas formas de “autocorrupción”⁸³⁰, como la malversación cuando conlleva enriquecimiento, que han sido consideradas el “máximo exponente de la corrupción de los funcionarios públicos”⁸³¹.

d) *Otros posibles delitos de corrupción*

El catálogo de figuras delictivas corruptas se completa en la normativa internacional con el abuso de funciones, regulado en el artículo 19 de la UNCAC, que hace referencia a la posibilidad de tipificar como delito “la realización u omisión de un acto [de forma intencionada], en violación de la ley, por parte de un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener un beneficio indebido para sí mismo o para otra persona o entidad”. Se configura así una especie de categoría residual en la que incluir conductas que no encajan en el cohecho, el tráfico de influencias o la malversación⁸³².

En la legislación española no existe un tipo penal descrito exactamente en los mismos términos que el artículo 19 de la UNCAC. Sin embargo, a lo largo del Código Penal pueden encontrarse múltiples figuras delictivas que suponen un abuso de la posición de poder público con el objetivo de obtener un beneficio privado para sí o para un tercero. En este sentido, habría que incluir las negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos (arts. 439 y 440 CP) y el uso de secretos o de información privilegiada (art. 442 CP). La primera conducta sanciona a la autoridad o funcionario público que, debiendo intervenir por razón de su cargo en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones. La segunda se refiere a la autoridad o funcionario público que haga uso de un secreto del que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo, o de una información privilegiada, con ánimo de obtener un beneficio económico para sí o para un tercero. La inclusión de estas figuras en el ámbito de la corrupción presenta el mismo inconveniente que la malversación, es decir, el hecho de que no requieren de la concurrencia de, al menos, dos partes. En este sentido, se entenderá satisfecho este requisito con la existencia de dos intereses

⁸²⁹ ACALE SÁNCHEZ, M., “Limitaciones”, cit., p. 8.

⁸³⁰ BOERSMA, M., *Corruption*, cit., p. 35.

⁸³¹ SANZ MULAS, N., “Despilfarro”, cit., p. 3. Incluye también la malversación en el concepto de corrupción, GONZÁLEZ RUS, J.J., “Concepto penal”, cit., p. 1045. A nivel internacional, la malversación sí suele considerarse un delito de corrupción. Al respecto, vid., por todos, MORGAN, A.L., *Corruption*, cit., p. 29 y ss.

⁸³² BOERSMA, M., *Corruption*, cit., pp. 35-37.

contrapuestos que pueden concurrir en la misma persona, sin necesidad de que dos sujetos distintos participen en la conducta.

Recapitulando lo visto hasta el momento, quedan incluidos dentro de la concepción normativa de la corrupción el cohecho, el tráfico de influencias, la malversación como apropiación indebida del patrimonio público y determinados abusos en el ejercicio de la función pública cometidos para obtener un indebido beneficio privado. Solo en estas figuras están presentes, en sentido estricto, las características que conforman el concepto descriptivo de corrupción: abuso de una posición de poder público para obtener un beneficio privado.

No obstante, existen otras figuras que, a pesar de no presentar todas las características del concepto descriptivo de corrupción, son habitualmente consideradas corrupción en la medida en la que conllevan un abuso de una situación de poder por parte de una autoridad o funcionario público. Entre ellas destaca por su importancia la prevaricación.

La prevaricación se regula en el artículo 404 CP de modo general, y también en otros preceptos dispersos por el Código en relación con otros delitos: prevaricación administrativa urbanística (artículo 320 CP), prevaricación en materia de patrimonio histórico (artículo 322 CP), prevaricación medioambiental (artículo 329 CP) y prevaricación judicial (artículos 446 a 449 CP)⁸³³. En sentido general, la prevaricación consiste en dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo a sabiendas de su injusticia. Por ello, al no hacerse mención expresa a la obtención de dádivas, beneficios económicos o de cualquier otra clase, la prevaricación quedaría excluida de los delitos de corrupción⁸³⁴. Lo mismo ocurre con otros delitos contra la Administración pública recogidos en el Título XIX del Código Penal, en los que existe un abuso de poder por parte de una autoridad o funcionario público que no necesariamente requiere un ánimo de lucro: la administración desleal de patrimonio público (artículo 432.1 CP en relación con el artículo 252 CP), el abandono de destino y la omisión del deber de perseguir delitos (artículos 407 y ss.), la desobediencia y denegación de auxilio (artículos 410 y ss.), así como la infidelidad en la custodia de documentos y la violación de secretos (artículos 413 y ss.).

En sentido contrario, ACALE SÁNCHEZ sostiene que, aunque existe consenso en considerar que solo los delitos en los que se incorpora expresamente el ánimo de lucro son constitutivos de corrupción, en el resto de delitos del Título XIX también está presente el ánimo de enriquecerse, pues este “forma parte del dolo difuso que los sostiene”⁸³⁵. En efecto, la práctica muestra que, aunque no sea un

⁸³³ GARCÍA SÁNCHEZ (“¿Es posible”, cit., p. 242) es partidaria de unificar todas las prevaricaciones dispersas por el Código en un mismo título.

⁸³⁴ DE LA MATA BARRANCO, N.J., “La lucha”, cit., p.7; GARCÍA ESPAÑA, E., *El premio*, cit., p. 18; GONZÁLEZ RUS, J.J., “Concepto penal”, cit., p. 1043.

⁸³⁵ ACALE SÁNCHEZ, M., “Limitaciones”, cit., p. 23.

requisito necesario, la obtención de un beneficio personal sí suele estar presente tras la comisión de estos abusos. Quien prevarica suele hacerlo “porque va a obtener directa o indirectamente, en ese momento o en otro posterior, un beneficio económicamente evaluable o políticamente rentable, con independencia que el mismo recaiga en su persona y/o en un tercero, ya sea éste una persona física o jurídica (su partido político, por ejemplo)”. La resolución arbitraria deviene corrupta porque rara vez es gratuita⁸³⁶. De hecho, lo habitual es que la prevaricación concorra con el cohecho (concurso de delitos), o con el tráfico de influencias (concurso de normas, que se resuelve a favor de la prevaricación)⁸³⁷. Es más, “la prevaricación es en muchos casos la prueba de la corrupción porque el dinero o recompensa se paga en negro y se oculta, sin salir a la luz pública o de hacerlo, mucho más tarde, después de complejísimas operaciones de blanqueo de capitales que disocian el momento en el que se daña a la Administración pública y aquél en el que se descubren esos hechos”⁸³⁸. Es por ello que, cuando la prevaricación o alguno de los demás delitos contra la Administración pública citados anteriormente concurren con el cohecho o el tráfico de influencias, estos también constituyen una forma de corrupción. Por este motivo, serán objeto de análisis en las secciones posteriores, a la hora de determinar sus conexiones con la trata de seres humanos.

Dicho esto, es importante señalar que sí han de ser excluidos del concepto jurídico-penal de corrupción determinados delitos socioeconómicos y fiscales, que si bien suelen acompañar a la corrupción, no suponen un abuso de poder propiamente dicho. Entre ellos se encuentra el blanqueo de capitales, la estafa, el fraude fiscal o el fraude a la Seguridad Social⁸³⁹.

4. CONCLUSIONES. ESPECIAL REFERENCIA A LA CORRUPCIÓN RELACIONADA CON LA TRATA

Este capítulo ha tratado de ofrecer una aproximación al concepto de corrupción que se tomará como referencia para analizar en los capítulos posteriores su incidencia en la trata de seres humanos.

Siguiendo este esquema, puede definirse la corrupción relacionada con la trata de seres humanos como cualquier abuso o prevalimiento de una posición de poder público para cometer o facilitar la trata obteniendo con ello un beneficio privado. Por tanto, incluye las conductas de cualquier autoridad, agente de esta o funcionario público que, de modo intencional, por acción u omisión, aproveche las ventajas de su cargo o vulnere un deber inherente a este para facilitar la

⁸³⁶ ACALE SÁNCHEZ, M., “Limitaciones”, cit., p. 32.

⁸³⁷ Ibid., p. 30.

⁸³⁸ Ibid., p. 32.

⁸³⁹ Vid. GARCÍA SÁNCHEZ, B., “¿Es posible”, cit., p. 243; DE LA MATA BARRANCO, N.J., “La lucha”, cit., p. 12; GONZÁLEZ RUS, J.J., “Concepto penal”, cit., p. 1036.

comisión de un delito de trata de seres humanos, obstaculizar la investigación del delito o impedir la adecuada protección de las víctimas. En cuanto al beneficio privado, se entiende en sentido amplio, de modo que incluya dinero y ganancias económicamente evaluables, pero también servicios sexuales, mejoras laborales... o cualquier otra ventaja de tipo político o social. En lo referente a la exigencia de que los actos corruptos presenten una morfología binaria, se entenderá aquí que este requisito se satisface con la existencia de dos intereses contrapuestos (el particular de obtener una ganancia y el público de prevenir y castigar el delito y de proteger a las víctimas), incluso cuando concurren en la misma persona. En relación con la necesidad de que se produzca un daño al interés público, se entiende aquí que, por la propia naturaleza del delito de trata de seres humanos, que atenta contra la libertad y dignidad humana, la vulneración de los deberes públicos relacionados con este delito satisface sobradamente este requisito. Finalmente, aunque el carácter secreto o subrepticio estará habitualmente presente, no se considerará requisito esencial.

A partir de estas características, es posible determinar la concepción normativa, compuesta por las diferentes figuras delictivas que son consideradas corrupción en cada ordenamiento jurídico concreto. En este caso, tomando como referencia el ordenamiento jurídico español, se entiende que lo que la criminología y la sociología denominan “corrupción relacionada con la trata” se corresponde con los siguientes delitos:

a) La trata de seres humanos agravada cometida por autoridad, agente de esta o funcionario público que se prevale de su condición

El supuesto paradigmático de corrupción relacionada con la trata tiene lugar cuando el funcionario público aprovecha las ventajas de su cargo para llevar a cabo la conducta típica prevista en el artículo 177 bis CP con mayor facilidad y menos riesgo. De acuerdo con el inciso quinto de este artículo, se impondrá en este caso la pena superior en grado a la prevista para el tipo básico e inhabilitación absoluta de seis a doce años. Aunque en el capítulo V se tendrá ocasión de estudiar esta figura en detalle, pueden señalarse, simplemente a modo de ejemplo, algunas conductas que podrían tener cabida en ella. Podría incluirse aquí, por ejemplo, el supuesto del profesor de un centro público que aprovecha la posición de cercanía a menores que su cargo le otorga para captarlos con la finalidad de explotarlos en la mendicidad forzada. También podría tener cabida la conducta del policía que utiliza su arma para intimidar a personas tratadas para la explotación sexual durante su recepción en el país de destino, o el que entrega de nuevo a los tratantes aquellas víctimas que llegan a comisaría para denunciar su situación.

Este tipo de conductas subsumibles en el subtipo agravado del artículo 177 bis 5 serán siempre actos de corrupción, dado que concurren en ellas todos los elementos característicos enunciados en la concepción descriptiva. En primer

lugar, la propia letra del tipo exige que se produzca un prevalimiento de la condición pública, esto es, que se pongan las ventajas que otorga el cargo al servicio de un interés privado, que en este caso, es la comisión de un delito. Se produce entonces un incumplimiento del deber inherente a todo cargo de no desviarse de las finalidades objeto de las instituciones públicas, lo que implica un abuso de una posición de poder público. Por otra parte, en lo que respecta a la obtención de un beneficio privado, es necesario recordar que, como se ha visto en el capítulo anterior⁸⁴⁰, para un sector de la doctrina y la jurisprudencia española, las modalidades de explotación de la trata exigen siempre un ánimo de lucro, de modo que este requisito estaría también satisfecho. Incluso si no se identificase la explotación con una actividad lucrativa, la concepción amplia de los beneficios privados abarcaría otros tipos de explotación realizados para obtener algún otro tipo de beneficio o placer de carácter personal.

b) Cohecho

Es la manifestación más frecuente de la corrupción relacionada con la trata. Como veremos, son habituales las prácticas consistentes en la solicitud, aceptación o recibimiento por parte de un funcionario público de un beneficio indebido a cambio de realizar o abstenerse de llevar a cabo un acto en cumplimiento de sus funciones oficiales, con el objetivo de favorecer la trata de seres humanos.

Se tratará fundamentalmente de actos contrarios a los deberes inherentes al cargo y de la no realización o retraso injustificado de actos que debiera practicar. Por ejemplo, la aceptación de dinero, regalos o servicios sexuales a cambio de no realizar inspecciones en locales en los que se produce la explotación. Se incluyen también los actos propios del cargo o incluso en consideración al cargo o función, pensados fundamentalmente para casos como el del ejemplo anterior en los que, aunque existen indicios de ella, no se puede probar la concreta facilitación de la trata.

c) Tráfico de influencias

También se tendrán en cuenta los casos en los que un funcionario o un particular influyen en otro/un funcionario, prevaleciendo de sus relaciones laborales o personales con este u otro funcionario, con el objetivo de obtener un beneficio económico para sí o para un tercero, en la medida en que ese beneficio económico provenga o esté relacionado con la trata de seres humanos. Asimismo, se incluye también la conducta del intermediario, sea un funcionario o un particular, que se ofrece a influir en un/otro funcionario. Esto se aplicaría, por ejemplo, al sujeto autor de un delito de trata, que prevaleciendo de su parentesco con un policía, influye en este para que este ignore las denuncias de una víctima,

⁸⁴⁰ Vid. sección 5.1 del capítulo II.

permitiendo así que continúe la situación de explotación de la que se lucra el primero.

d) Malversación

Aunque su incidencia es mucho menor y sus efectos en la facilitación del delito son de carácter indirecto, también forma parte de la corrupción relacionada con la trata la apropiación indebida de patrimonio público destinado a la prevención y persecución del delito, y a la protección de las víctimas. Piénsese por ejemplo en el funcionario que se apropie de fondos públicos destinados al alquiler de pisos para alojar a víctimas.

e) Negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos y uso de secretos o de información privilegiada

Se incluyen aquí los casos en los que una autoridad o funcionario público haga uso de un secreto del que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo, o de una información privilegiada, como puede ser la inminente realización de una inspección en el lugar donde se explota a las víctimas de trata, con ánimo de obtener un beneficio económico para sí o para un tercero. Este beneficio puede provenir de la explotación de las víctimas, que en la mayoría de los casos, se produce con ánimo de lucro.

f) Otros delitos contra la Administración pública

Por otra parte, siempre que se realicen para obtener un beneficio privado, se tendrán en cuenta también casos de *prevaricación* en los que la resolución arbitraria favorezca, directa o indirectamente, la comisión de un delito de trata de seres humanos. Se incluirían aquí, por ejemplo, casos de prevaricación judicial en los que se absuelva a sujetos acusados por su comisión o participación en el delito de trata de seres humanos, a sabiendas de la injusticia de la sentencia. El mismo criterio se sigue con la administración desleal del patrimonio público destinado a prevenir el delito y proteger a las víctimas de trata; el abandono de destino y la omisión del deber de perseguir delitos; la desobediencia y denegación de auxilio y la infidelidad en la custodia de documentos y la violación de secretos.

Con esta reflexión se pone fin a la delimitación en el plano teórico de la corrupción relacionada con la trata de seres humanos. Se ha tratado de analizar ambos conceptos por separado, teniendo en cuenta su evolución histórica, para poder determinar con precisión cuándo confluyen y poder distinguirlos de figuras afines. En los próximos capítulos se profundizará en el conocimiento acerca de estas relaciones en la práctica.

CAPÍTULO IV. DESCRIPCIÓN DEL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN RELACIONADA CON LA TRATA

1. INTRODUCCIÓN

Si existe una premisa fundamental de la que partir a la hora de describir el fenómeno de la corrupción relacionada con la trata, esa es la notable carencia de datos empíricos. En términos generales, existe un vacío en la investigación criminológica sobre la trata de seres humanos desde el punto de vista el autor del delito⁸⁴¹. Son abundantes los estudios sobre los denominados *pull* y *push factors* de la trata, es decir, los motivos que hacen que ciertos países tengan posibilidades de ser lugares de origen o destino de la trata⁸⁴². Sin embargo, esta visión suele centrarse más en las razones que llevan a las potenciales víctimas a querer migrar de un país a otro que en otros factores que expliquen la aparición de la trata. Por ello, son relativamente pocas las investigaciones que estudian quiénes son los tratantes y qué factores les llevan a cometer el delito en un lugar determinado y no en otro. Consecuentemente, es también muy limitado el conocimiento sobre los diversos sujetos que pueden estar involucrados en la corrupción relacionada con la trata y sobre los tipos de corrupción que reducen los costes para los tratantes⁸⁴³.

Los estudios en profundidad y sistemáticos sobre la prevención y la persecución penal de la corrupción relacionada con la trata son escasos⁸⁴⁴. No existe apenas información sobre qué está pasando, cómo y quién está cometiendo estas conductas⁸⁴⁵. Quedan todavía muchas cuestiones sin resolver, como en qué medida los vínculos entre trata y corrupción varían dependiendo de si el país es un país de origen, de tránsito o de destino; o la incidencia de la corrupción en la

⁸⁴¹ WEBB, S./ BURROWS, J., *Organised Immigration Crime: a Post-Conviction Study*, Research Report 15, UK Home Office Report, 2009, p. 2.

⁸⁴² Algunos de estos estudios son: BALES, K., "What Predicts Human Trafficking?", *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*, vol. 31, núm. 2, 2007, pp. 272 y ss; CHO, S.Y., "Modelling for Determinantes of Human Trafficking", *Economics of Security Working Paper 70*, Berlin, 2012; JAC-KUCHARSKI, A., "The Determinantes of Human Trafficking: A US Case Study", *International Migration*, vol. 50, núm. 6, 2012, pp. 150-165.

⁸⁴³ Sobre la importancia de realizar estudios criminológicos sobre tratantes y sujetos corruptos vinculados con la trata vid. JONSSON, S., "The Complex Relationship between Police Corruption and Sex Trafficking in Origin Countries", *Journal of Human Trafficking*, vol. 5, núm. 2, 2019, p. 112.

⁸⁴⁴ Llamen la atención sobre la carencia de datos: SBERNA, S., *Corruption and Trafficking in Women. The Case of Italy*, deliverable del Proyecto Europeo "Anticorruption Policies Revisited. Global Trends and European Responses to the Challenge of Corruption (ANTICORRP)", 2012-2017, 7 de septiembre de 2016, p. 6; ANTI-SLAVERY INTERNATIONAL, et al., *The Role of Corruption*, cit., p. 11; RICHARDS, K., "The Trafficking of Migrants Workers: What ar the Links Between Labour Trafficking and Corruption?", *International Migration*, vol. 42, núm. 5, 2004, p. 148; UDDIN, M.B., "Human Trafficking in South Asia: Issues of Corruption and Human Security", *International Journal of Social Work and Human Services Practice*, vol. 2, núm. 1, 2014, p. 22; ESADZE, L., "Corruption, Gender and Trafficking in Women: Possible Correlations and Legal Solutions", presentado en el congreso: "14th International Anti-Corruption Conference", Bangkok, 10 de noviembre de 2010, p. 2 y p. 5; SCHIMMEL, B./ PECH, B., *Corruption and Gender. Approaches and Recommendations for Technical Assistance. Focal Theme: Corruption and Trafficking in Women*, Federal Ministry for Economic Cooperation and Development of Germany, Eschborn, 2004, p. 28.

⁸⁴⁵ IBA, *Human Trafficking and Public Corruption*, cit., p. 5.

trata dependiendo de si esta es cometida por un grupo organizado o no. Por otra parte, tampoco se ha analizado si la corrupción es una condición necesaria para que se produzca la trata en todo caso o si esta puede tener lugar sin que sea necesario comprar la protección de funcionarios públicos⁸⁴⁶.

Esta carencia puede explicarse, en parte, por las dificultades para obtener información sobre este tema. Los investigadores suelen ser reticentes a introducir en las entrevistas preguntas sobre la posible colusión entre funcionarios corruptos y la trata, conscientes de las pocas posibilidades de acceder a testimonios directos⁸⁴⁷. Los funcionarios públicos que han cometido algún acto corrupto relacionado con la trata no suelen estar dispuestos a hablar sobre ello, fundamentalmente por miedo a ser suspendidos o a futuras represalias⁸⁴⁸. En un estudio con funcionarios dedicados a la identificación, investigación y enjuiciamiento de la trata, realizado por la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) en 2009, todos los encuestados contestaron que no cuando se les preguntó si alguien se había aproximado en algún momento a ellos o a sus compañeros para ofrecerles un soborno en relación con un caso de trata. Es ilustrativo también que, de 54 expertos encuestados, solo 8 completaron todo el cuestionario, el resto lo hicieron solo parcialmente⁸⁴⁹. Del mismo modo, en una serie de entrevistas realizadas por el European Institute for Crime Prevention and Control (HEUNI), aunque existía consenso generalizado sobre el hecho de que la corrupción estaba presente en el cruce de fronteras, los expertos encuestados manifestaron no conocer a nadie involucrado en un caso de estas características. Los encuestados únicamente hicieron referencia a casos de corrupción ocurridos años antes de la publicación del estudio o en otros departamentos⁸⁵⁰. Además, las víctimas suelen ser también reticentes a hablar de estos temas por su propia seguridad⁸⁵¹. Sus testimonios al respecto, sin dejar de ser altamente valiosos, deben ser analizados con cautela, pues no puede obviarse que la complicidad de los funcionarios públicos es un recurso utilizado

⁸⁴⁶ SBERNA, S., *Corruption and Trafficking in Women*, cit., p. 6.

⁸⁴⁷ HOLMES, L., "Human Trafficking & Corruption: Triple Victimisation?", en FRIESENDORF, C. (Ed.), *Strategies Against Human Trafficking: The Role of the Security Sector*, DCAF, Viena-Ginebra, 2009, p. 84.

⁸⁴⁸ HOLMES, L., "Human Trafficking & Corruption", cit., p. 83; UDDIN, M.B., "Human Trafficking", cit., p. 22.

⁸⁴⁹ ANTI-SLAVERY INTERNATIONAL, et al., *The Role of Corruption*, cit., pp. 9-10. El mismo problema de la falta de respuestas válidas se encontró en las encuestas que hizo SACCO STUDNICKA en 2006 en Brasil. De 1000 empleados públicos a los que se les envió un cuestionario sobre corrupción relacionada con la trata, solo contestaron 109. De esas 109, 36 respuestas fueron rechazadas por la existencia de contradicciones, dejando un número total de 73 respuestas válidas (59 fiscales, 10 policías federales, 2 funcionarios de instituciones gubernamentales, 1 experto de una ONG y 1 juez, todos ellos con conocimientos específicos sobre trata). Vid. SACCO STUDNICKA, A.C., "Corruption and Human Trafficking in Brazil: Findings from a Multi-Modal Approach", *European Journal of Criminology*, vol. 7, núm. 1, 2010, p. 33.

⁸⁵⁰ SPENCER, J./ BROAD, R./ AROMAA, K./ JUNNINEN, M./ MARKINA, A./ SAAR, J./ VILJANEN, T., *Organised crime, corruption and the movement of people across borders in the new enlarged EU: A case study of Estonia, Finland and the UK*, HEUNI Publication Series núm. 69, Helsinki, 2011, p. 23.

⁸⁵¹ UDDIN, M.B., "Human Trafficking", cit., p. 22.

frecuentemente por los tratantes para dañar la confianza de las víctimas en las autoridades, evitar que denuncien su situación y perpetuar así la situación de control sobre ellas, sea dicha connivencia de los funcionarios públicos real o supuesta.

Por otra parte, las estadísticas oficiales tampoco suelen aportar datos que confirmen o desmientan la afirmación según la cual la corrupción juega un papel fundamental en la trata de seres humanos⁸⁵². La mayoría de los Estados no recogen ni analizan datos sobre investigaciones y enjuiciamientos a funcionarios públicos por casos relacionados con la trata⁸⁵³. Esta omisión puede interpretarse como un signo de la falta de voluntad de los gobiernos de que estos datos salgan a la luz. Muestra de ello es que, en el seminario sobre los vínculos entre la corrupción y la trata en los países del Sudeste de Europa realizado en Portonov en 2002, algunos representantes de organizaciones no gubernamentales declararon haber sufrido presiones por parte de los gobiernos de sus países para que no proporcionasen información sobre casos de corrupción⁸⁵⁴.

Otra explicación a la falta de datos oficiales es el hecho de que la corrupción siempre ha sido un elemento olvidado en las políticas contra la trata de seres humanos. Como se ha visto en el capítulo I, a lo largo de la historia, la corrupción y la trata han sido atajadas por separado, sin prestar atención a los posibles vínculos entre ambas figuras. Las estrategias contra la trata y la corrupción solo encuentran un punto en común cuando ambas se abordan desde el marco de la lucha contra el crimen organizado. Esta perspectiva, existente en las políticas públicas, fundamentalmente a nivel internacional, ha dejado su poso en los estudios criminológicos. Así, algunos de los pocos trabajos específicos sobre el uso de la corrupción en la trata se han centrado en intentar explicar cómo el crimen organizado utiliza la corrupción de funcionarios encargados del control de fronteras para asegurar que no interferirán en la comisión de la trata⁸⁵⁵. Se asume, desde este punto de vista, que todo caso de trata cometido por el crimen organizado requiere necesariamente corrupción. Sin embargo, son pocos los estudios que hayan analizado la incidencia de la corrupción en la trata, dejando atrás este paradigma.

Las siguientes páginas pretenden arrojar luz sobre la incidencia de la corrupción en la trata de seres humanos, prestando especial atención a los sujetos y mecanismos detrás de los nexos entre ambos fenómenos. En primer lugar, se intentará responder a la pregunta de si la corrupción y la trata están relacionadas

⁸⁵² ESADZE, L., "Corruption, Gender and Trafficking", cit., pp. 2 y 5; HOLMES, L., "Human Trafficking & Corruption", cit., p. 84.

⁸⁵³ UNODC, *The Role of Corruption*, cit., p. 4 y 10; CONSEJO DE EUROPA, *Trafficking in Human Beings and Corruption*, cit., p. 9.

⁸⁵⁴ CONSEJO DE EUROPA, *Trafficking in Human Beings and Corruption*, cit., p. 9.

⁸⁵⁵ Por poner un ejemplo, RUSEV, A., *Human Trafficking, Border Security and Related Corruption in the EU*, DCAF Migration and the Security Sector Paper Series, Bruselas, 2013.

en un nivel macro. Esta tarea se realizará a partir de la revisión de estudios previos, principalmente de carácter cuantitativo, que tratan de determinar si aquellos países más corruptos son también los que tienen mayores problemas para combatir la trata y viceversa. Una vez hecho esto, se estudiarán las hipótesis aportadas hasta el momento por la literatura cuantitativa y cualitativa especializada en la materia para explicar las correlaciones entre ambos fenómenos. En particular, se analizará la posibilidad de que la corrupción sea un factor causal, un elemento imprescindible o un mero facilitador de la comisión e impunidad del delito, tanto en los países de origen como en los de destino. Posteriormente, con el objetivo de ofrecer una descripción más precisa acerca de los sujetos y mecanismos propios de la corrupción relacionada con la trata, se realiza un exhaustivo estudio de casos Europa. Esta revisión de casos permite analizar el tipo de funcionarios públicos que pueden estar involucrados en casos de corrupción relacionada con la trata, las causas y consecuencias de estos fenómenos y, en último término, el nivel de incidencia de estas conductas corruptas en cada una de las fases del delito de trata. Con todo ello se pretende mejorar el conocimiento sobre el papel de la corrupción en el proceso de trata, lo cual resulta clave para ofrecer una mejor formación a los agentes encargados de detectar estas conductas y para poder alcanzar el éxito en las reformas en la materia.

2. CORRELACIONES ESTADÍSTICAS ENTRE CORRUPCIÓN Y TRATA DE SERES HUMANOS

En 2001, pocos meses después de la aprobación del Protocolo de Palermo, se publicó el que posiblemente sea el primer estudio sobre los vínculos entre la corrupción y la trata de seres humanos. Durante la X Conferencia Internacional Anti-Corrupción, celebrada en Praga, LYDAY presentó un trabajo que muestra la existencia de correlaciones entre los niveles de percepción de la corrupción y el grado en que los Estados implementan medidas contra la trata⁸⁵⁶. Para medir la primera variable se utilizó el Índice de Percepción de la Corrupción (CPI), publicado anualmente por Transparencia Internacional (TI) desde 1995⁸⁵⁷. Se trata de un índice compuesto a partir de diversas encuestas que clasifica las percepciones sobre corrupción en el sector público en cada país, empleando una escala de 0 (muy transparente) a 100 (muy corrupto)⁸⁵⁸. Para medir los esfuerzos de los gobiernos para combatir la trata se utilizó el *Trafficking in Persons Report* (TIP), publicado anualmente desde 2001 por el Departamento de Estado de los Estados Unidos⁸⁵⁹. Este informe clasifica a los países en tres categorías según sus niveles de implementación de las medidas contra la trata, tomando como

⁸⁵⁶ LYDAY, C., "The Shadow Market in Human Beings: An Anti-Corruption Perspective", presentado en el congreso: "10th Internacional Anti-Corruption Conference", Praga, 7 a 11 de octubre de 2001.

⁸⁵⁷ <https://www.transparency.org/research/cpi>.

⁸⁵⁸ Sobre la metodología usada en el informe de 2017, consultar: https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2018/02/metodologia_ipc-2017.pdf.

⁸⁵⁹ <https://www.state.gov/j/tip/rls/tiprpt/>

referencia lo previstas en la legislación americana (*Trafficking Victims Protection Act*, TVPA), y sitúa en el primer rango (Tier 1) a aquellos países que cumplen adecuadamente los estándares mínimos, en el segundo rango (Tier 2) a los que todavía no cumplen esos mínimos pero están llevando a cabo esfuerzos significativos para alcanzarlos y en el tercer rango (Tier 3) a aquellos que ni cumplen los estándares mínimos ni están llevando a cabo esfuerzos para alcanzarlos⁸⁶⁰. Para poder comparar ambas variables, LYDAY dividió el CPI de 2001 en tres niveles que se correspondiesen con los tres rangos del TIP de ese mismo año. Los resultados arrojaron correlaciones notables: todos los países excepto uno situados en el rango 1 del TIP coinciden con los países incluidos en la categoría menos corrupta del CPI. Respecto a los demás niveles, el nivel de coincidencia desciende, aunque sigue siendo significativo⁸⁶¹. A partir de este análisis LYDAY confirma la hipótesis según la cual “la corrupción y la trata están fuertemente conectadas”⁸⁶²: los países más corruptos coinciden con aquellos con más trata de seres humanos y viceversa.

Este tipo de estudio basado en las correlaciones entre en TIP y el CPI se realizó con posterioridad en varias ocasiones, confirmando que las relaciones entre trata y corrupción, de las que LYDAY hablaba en 2001, no eran un caso aislado y que los vínculos siguen existiendo en la actualidad. En 2010, el propio TIP comparó sus resultados con el CPI de ese año, mostrando que aquellos países situados en los rangos 1 y 2, es decir, aquellos que cumplen los estándares mínimos contra la trata, ocupan posiciones significativamente más bajas en los niveles de percepción de corrupción de Transparencia Internacional⁸⁶³. Se llegó también a esta conclusión en estudios posteriores que compararon los datos de 2012⁸⁶⁴, 2014⁸⁶⁵ y 2015⁸⁶⁶.

La existencia de dichas relaciones se ha comprobado también comparando otras fuentes de información. Con el objetivo de lograr resultados más precisos, CHO, DREHER y NEUMAYER desarrollaron un nuevo índice para medir los esfuerzos contra la trata de personas que, a diferencia del TIP, proporciona información desglosada sobre las tres políticas públicas en materia de trata: prevención del delito, persecución de los autores y protección de las víctimas⁸⁶⁷. Para medir los

⁸⁶⁰ TIP 2018, pp. 40-41.

⁸⁶¹ Existe una correlación menor, pero todavía fuerte entre los Estados del rango 2 del TIP y el nivel medio del IPC, con 13 Estados que ocupan ambas categorías. La correlación disminuye en el rango 3 del TIP, donde solo 4 Estados ocupan la misma categoría que los países del nivel 3 del IPC, es decir, aquellos con mayores niveles de percepción de la corrupción. Vid. LYDAY, C., “The Shadow Market”, cit., p. 6.

⁸⁶² LYDAY, C., “The Shadow Market”, cit., p. 6.

⁸⁶³ TIP 2010, p. 30.

⁸⁶⁴ VERITÉ, *Corruption & Labor Trafficking in Global Supply Chains*, 2013, p. 3.

⁸⁶⁵ OCDE, *Developing a Framework*, cit., p. 10.

⁸⁶⁶ IBA, *Human Trafficking and Public Corruption*, cit., p. 15.

⁸⁶⁷ CHO, S./ DREHER, A./ NEUMAYER, E., “Determinants of Anti-Trafficking Policies: Evidence from a New Index”, *The Scandinavian Journal of Economics*, vol. 116, núm. 2, 2014, pp. 429-454.

niveles de corrupción, en lugar del CPI de TI, utilizaron el índice de percepción de la corrupción desarrollado por KAUFMANN, et al. en 2009⁸⁶⁸. A partir de los nuevos índices se intentó investigar si factores como la corrupción o el respeto a los derechos de las mujeres en un determinado país tienen algún tipo de influencia en las políticas contra la trata de personas. Los resultados indicaron que los niveles de cumplimiento de las políticas públicas contra la trata de personas en un país mejoran con la ausencia percibida de corrupción.

En la misma línea, VAN DIJK y KLERX-VAN MIERLO intentaron buscar en la corrupción una posible explicación para los bajos niveles de implementación de la legislación contra la trata, especialmente en lo relativo a la investigación y persecución del delito⁸⁶⁹. En este caso, los niveles de implementación de la legislación contra la trata se midieron a partir del TIP y del índice desarrollado por CHO, DREHER y NEUMAYER, mientras que para la corrupción se utilizó el CPI, el *International Crime Victimization Survey* (ICVS), el *World Bank Control of Corruption Index*, y el *PRS Index of Corruption*. De acuerdo con los resultados de estudios anteriores, se encontraron "correlaciones inversas estadísticamente significativas" entre los indicadores de corrupción y el índice de cumplimiento con los estándares internacionales para las políticas contra la trata⁸⁷⁰. Así, estas relaciones estadísticas confirmarían la hipótesis de que los fallos en la implementación de medidas contra la trata están relacionadas con la corrupción⁸⁷¹. Desde su perspectiva, este vínculo surge debido a la existencia de funcionarios públicos de escalas básicas encargados del control de fronteras y servicios de inmigración y de la vigilancia y detección de la prostitución que toleran la trata y la explotación a cambio de sobornos, pero también por la participación en este delito de grupos dedicados al crimen organizado⁸⁷².

La correlación entre variables no solo se ha encontrado a partir de datos macro o globales en todos los países del mundo, sino también centrándose

⁸⁶⁸ KAUFMANN, D./ AART, K./ MASTRUZZI, M., *Governance Matters VIII: Aggregate and Individual Governance Indicators 1996-2008*, Policy Research Working Paper Series 4978, The World Bank, Washington, 2009.

⁸⁶⁹ VAN DIJK, J./ KLERX-VAN MIERLO, F., *Indicators of Corruption: Further Explorations of the Link between Corruption and Implementation Failure in Anti-Trafficking Policies*, International Victimology Institute Working Paper, Tilburg, 2011. Las conclusiones alcanzadas en este estudio fueron actualizadas y confirmadas posteriormente en VAN DIJK, J./ KLERX-VAN MIERLO, F., "Revisiting the Link between Corruption Prevalence and Implementation Failure in Anti-Trafficking Policies", *International Perspectives in Victimology*, vol. 7, núm. 2, 2013, pp. 1-8.

⁸⁷⁰ Ibid., p. 25.

⁸⁷¹ No obstante, no se pudo confirmar la hipótesis de que la corrupción tendría mayores efectos en las medidas relativas a la investigación y enjuiciamiento de la trata. Los autores consideran que esto puede estar parcialmente causado por inexactitudes existentes en la medición de los niveles de persecución del delito de trata de seres humanos, ya que lo que se tiene en cuenta es si un Estado ha implementado en su legislación nacional las obligaciones asumidas en la normativa internacional, en lugar de valorar los esfuerzos y logros reales en la práctica (Ibid., p. 9).

⁸⁷² Ibid., p. 3 y p. 6. En línea con lo anterior, se ha confirmado también la existencia de una fuerte relación estadística entre la corrupción y la criminalidad organizada. Vid. GOUNEV, P./ BEZLOV, T., *Examining the Links between Organised Crime and Corruption*, CSD, 2010.

únicamente en un país o grupo de países. En 2010, SACCO STUDNICKA comparó la posición ocupada por Brasil en el CPI de TI desde 1999 a 2005 con la información sobre trata de seres humanos disponible en las estadísticas oficiales de la Policía Federal Brasileira entre 1990 y 2006, que aporta el número total de investigaciones en ese período⁸⁷³. La comparación entre estas dos fuentes permite concluir que existe una fuerte correlación entre la posición ocupada en el CPI cada año y el número anual de investigaciones sobre trata. A menor posición en la escala de 0 (muy transparente) a 100 (muy corrupto) del CPI, menos casos de trata se producen. De nuevo, se prueba la existencia de un vínculo entre los dos elementos: el número de investigaciones por trata en Brasil está relacionado con los niveles de percepción de corrupción en este país. Para reforzar esta conclusión, se comparó la información sobre trata disponible en las estadísticas oficiales de la Policía Federal con los datos recogidos en un Informe sobre la corrupción municipal del Gobierno Federal Brasileiro entre 2003 y 2005. Los resultados arrojan de nuevo correlaciones estadísticamente significativas que permiten afirmar que, cuanto mayor es el número de casos de corrupción (aumento del 1%), más incidentes de trata habrá en Brasil (aumento del 1,08%).

Del mismo modo, se han detectado también correlaciones entre la corrupción policial y la trata con fines de explotación sexual en los países de origen. Según JONSSON, cuanto más altos sean los niveles de corrupción en la policía, más alto será el número de víctimas de trata que salen de ese país de origen. Además, este estudio afirma que la corrupción policial presenta mayor correlación con los flujos de trata que salen del país que otros factores como la educación o la salud⁸⁷⁴.

En este tipo de estudios cuantitativos basados en correlaciones es importante tener en cuenta la posibilidad de que estas coincidencias estadísticas estén causadas por un tercer factor que explique el aumento o disminución de ambas variables⁸⁷⁵. Por ejemplo, el nivel de riqueza de un país podría determinar la correlación, de modo que, aquellos países más pobres sean también los más corruptos y los que más casos de trata experimentan. Para intentar salvar esta dificultad, algunos estudios han realizado análisis de regresión múltiple, lo que permite tener en cuenta otras variables simultáneamente, medir su incidencia y graduar la relación entre ellas⁸⁷⁶. Por ejemplo, VAN DIJK y VAN MIERLO utilizaron el Producto Interior Bruto (PIB) como variable de control, sin que esto haya alterado los resultados según los cuales la corrupción impacta negativamente en

⁸⁷³ SACCO STUDNICKA, A.C., "Corruption and Human Trafficking in Brazil", cit., pp. 29-43.

⁸⁷⁴ JONSSON, S., "The Complex Relationship", cit., pp. 109-129.

⁸⁷⁵ Señalan esta limitación: VAN DIJK, J./ KLERX-VAN MIERLO, F., "Revisiting the Link", cit., p. 9; SACCO STUDNICKA, A.C., "Corruption and Human Trafficking in Brazil", cit., p. 38.

⁸⁷⁶ SACCO STUDNICKA, A.C., "Corruption and Human Trafficking in Brazil", cit., p. 38; VAN DIJK, J./ KLERX-VAN MIERLO, F., "Revisiting the Link", cit., p. 9; BALES, K., "What Predicts Human Trafficking?", *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*, vol. 31, núm. 2, 2007, pp. 272 y ss.

el cumplimiento de las medidas contra la trata⁸⁷⁷. Por su parte, SACCO STUDNICKA analizó otros tres factores junto con el número de casos de corrupción municipal en Brasil: la renta familiar, el coeficiente Gini (utilizado para medir la desigualdad) y el índice de analfabetismo. Al igual que en el caso anterior, la introducción de otras variables no modificó los resultados iniciales⁸⁷⁸.

Así pues, los estudios cuantitativos anteriores prueban la existencia de correlaciones significativas entre diversas variables para medir la trata y la corrupción. Todos ellos alcanzan, en términos generales, una misma conclusión: los países con más corrupción son también los países con más trata. Es inevitable que el siguiente paso en la investigación de los vínculos entre ambos fenómenos sea intentar explicar las circunstancias en las que esta interrelación se produce.

3. LA CORRUPCIÓN COMO FACTOR CAUSAL O FACILITADOR DE LA TRATA

La revisión de estudios realizada en la sección anterior permite afirmar que la trata y la corrupción son fenómenos conectados, no solo porque aquellos países percibidos como más corruptos coinciden con aquellos que menos esfuerzos realizan para prevenir, investigar y castigar la trata; sino también porque cuando aumentan los casos de corrupción en un país, aumentan también los casos de trata. Ante estos resultados, han sido múltiples las teorías que han intentado buscar una explicación a las correlaciones.

La primera posible explicación consiste en sostener que la corrupción es un importante factor causal de la trata. La corrupción se situaría así entre los factores que explican que determinados países sean países de origen de la trata (*push factors*), y que otros sean países de destino (*pull factors*). Centrémonos ahora en los primeros.

A partir de un análisis de regresión múltiple en el que se analizaron más de 76 variables, BALES llegó a la conclusión de que la corrupción pública es el más importante factor predictor de la trata de seres humanos desde un país⁸⁷⁹. Otros

⁸⁷⁷ VAN DIJK, J./ KLERX-VAN MIERLO, F., "Revisiting the Link", cit., p. 9.

⁸⁷⁸ SACCO STUDNICKA, A.C., "Corruption and Human Trafficking in Brazil", cit., p. 39. Por el contrario, un estudio realizado por DAS, DIRIENZO y LANIER concluye que el nivel de libertad económica de cada país sí afecta a esta interrelación. Según sus conclusiones, la corrupción va a tener un efecto mucho mayor en el cumplimiento de las medidas contra la trata en países con poca libertad económica. Vid. DAS, J./ DIRIENZO, C.E./ LANIER, D., "Anti-Human Trafficking Policy Compliance: The Role of Corruption", *International Journal of Management and Marketing Research*, vol. 9, núm. 2, 2016, pp. 101-111.

⁸⁷⁹ BALES, K., "What Predicts Human Trafficking?", cit., pp. 269-279. El resto de factores analizados junto con la corrupción fueron la actividad económica, el consumo de energía, la existencia de medidas sanitarias básicas, la producción de alimentos, el turismo, la distribución de la población en varios sectores industriales, el perfil de la población, el número de coches y líneas telefónicas per capita, el producto interior bruto per capita, el crecimiento de la población en áreas rurales y urbanas, el nivel de censura, la acumulación de deuda pública, los índices de libertades políticas y civiles, y los niveles de conflictividad e inestabilidad social. La información para medirlos proviene del manual estadístico de las Naciones Unidas, mientras que, para medir la trata, BALES

push factors serían la mortalidad infantil, el porcentaje de población con edad menor de 14 años, la producción de alimentos, la presión demográfica y la conflictividad social⁸⁸⁰. Las conclusiones de BALES suponen una ruptura con la mayor parte de investigaciones anteriores, que habían centrado su atención casi exclusivamente en la pobreza como factor causal de la trata⁸⁸¹. En este sentido, en 2008 ZHANG y PINEDA trataron de determinar y comparar el impacto relativo de la pobreza y la corrupción pública en la trata de seres humanos⁸⁸². A través de la búsqueda de correlaciones entre el CPI de 2005, el TIP de ese mismo año y diversas variables para medir la pobreza⁸⁸³, este estudio concluye que la corrupción es el predictor más fuerte a nivel macro para explicar la presencia de actividades de trata en ciertos países, en contra de la suposición popular de que la trata de personas es principalmente un producto de la pobreza y la falta de oportunidades económicas. Para estos autores, por tanto, la corrupción es una causa fundamental de la trata de seres humanos, que además impide cualquier voluntad política o esfuerzo para combatirla⁸⁸⁴.

La tesis según la cual la corrupción es un importante *push factor* de la trata ha sido refrendada por numerosos estudios posteriores. En su análisis multimodal publicado en 2010, SACCO STUDNICKA concluye que la trata para la explotación sexual en Brasil no solo está relacionada con los niveles de corrupción oficial, sino que también depende de ellos⁸⁸⁵. En la misma línea, WHITE comparó la lista de países de origen de la trata reflejada en el Informe Global de la Oficina de las Naciones Unidas para la Droga y el Delito con nueve variables independientes que, según sus hipótesis, podrían ser *push factors*⁸⁸⁶. De estas

realizó sus propias estimaciones. Siendo consciente de que es imposible determinar el número exacto de casos de trata, realizó una escala de 5 puntos, representando 1 aquellos países en los que no se conocen casos de trata y 5 aquellos en los que la trata se produce a gran escala. Sobre la metodología usada por BALES, vid., *Ibid.*, pp. 272-273.

⁸⁸⁰ *Ibid.*, p. 275.

⁸⁸¹ Para una revisión detallada de los estudios centrados en las dificultades económicas como *push factor*, vid. WHITE, R.L., *Invisible Women: Examining the Political, Economic, Cultural, and Social Factors that lead to Human Trafficking and Sex Slavery of Young Girls and Women*, University of New Orleans Thesis and Dissertations, Paper 1708, 2013, pp. 12 y ss.

⁸⁸² ZHANG, S./ PINEDA, S., "Corruption as a Causal Factor in Human Trafficking", en SIEGEL, D./ NELEN, H. (Eds.), *Organized Crime: Culture, Markets and Policies*, Springer, Nueva York, 2008, pp. 41-55.

⁸⁸³ Las variables que utiliza para medir la pobreza son: renta per capita, mortalidad infantil, niveles de educación primaria y esperanza de vida (*Ibid.*, p. 47).

⁸⁸⁴ *Ibid.*, pp. 46-53. En sentido contrario, DANAILOVA-TRAINOR y BELSER no consiguieron relaciones estadísticas significativas que probasen que la corrupción es un factor causal de la trata transnacional para la explotación sexual en los países de origen. Aun así, ellos mismos aclaran que los resultados pueden estar equivocados porque la recopilación de datos sobre trata era extremadamente deficiente en el momento de realización del estudio (antes de 2005). Vid. DANAILOVA-TRAINOR, G./ BELSER, P., *Globalization and the Illicit Market for Human Trafficking: An Empirical Analysis of Supply and Demand*, ILO Working Paper núm. 78, Ginebra, 2006, p. 17.

⁸⁸⁵ SACCO STUDNICKA, A.C., "Corruption and Human Trafficking in Brazil", cit., p. 40.

⁸⁸⁶ Estas variables son: el ratio de mujeres en la educación primaria y secundaria, el porcentaje de mujeres no empleadas en el sector de la agricultura, el PIB per capita, nivel de democracia, porcentaje de mujeres ejerciendo cargos representativos en parlamentos, tiempo desde el último

nueve variables, solo tres resultaron ser factores determinantes de la aparición de casos de trata desde un país: la corrupción, el porcentaje de mujeres en el parlamento nacional y la incidencia de las medidas contra la trata según el índice de CHO, DREHER Y NEUMAYER⁸⁸⁷. De este modo, en la misma línea que los estudios anteriores, WHITE considera que del hecho de que los países percibidos como más corruptos se correspondan con los países de origen de la trata puede deducirse de manera lógica y directa que la corrupción es claramente un importante *push factor*.

La importancia de la corrupción como factor causal de la trata en los países de origen ha sido señalada también en investigaciones cualitativas, si bien en este tipo de estudios no suele ser considerada el predictor más importante. En 2005 WEBB y BURROWS entrevistaron en Reino Unido a 45 internos condenados por delitos de tráfico y trata de seres humanos, a los que se pidió que identificasen los principales aspectos que determinan la aparición de la trata en los países de origen. Los factores señalados fueron los siguientes en orden de importancia: pobreza, intolerancia religiosa y social, opresión por motivos étnicos o religiosos, disturbios políticos o guerras civiles, degradación y persecución, corrupción, reclutamientos forzados y persecución policial⁸⁸⁸.

Con independencia del puesto que ocupe en las listas de *push factors* de la trata, parece evidente que, cuanto menos, la corrupción es la causante de una serie de circunstancias socioeconómicas, políticas y medioambientales que empujan a los individuos a migrar en condiciones de vulnerabilidad que favorecen la trata⁸⁸⁹. En este sentido, a partir de los resultados obtenidos en un estudio realizado en Nigeria, AGBU afirma que son precisamente los efectos de la corrupción en la sociedad lo que determina la existencia de un vínculo con la trata. Considera que la corrupción afecta a la habilidad de los gobiernos para proporcionar servicios sociales básicos como agua, saneamiento, salud, educación, etc., lo que genera una fuerte migración económica. Según este autor, es en el marco de esas masas migratorias creadas por la corrupción institucional donde se produce la trata de seres humanos⁸⁹⁰. Igualmente, se ha señalado que la

conflicto civil, niveles de corrupción, incidencia de las medidas contra la trata y estatus legal de la prostitución. Vid. WHITE, R.L., *Invisible Women*, cit., p.5.

⁸⁸⁷ También aportaron resultados significativos, aunque en menor medida, otras dos variables: el estatus legal de la prostitución y el porcentaje de mujeres empleadas en sectores no agrícolas (Ibid., p. 6).

⁸⁸⁸ WEBB, S./ BURROWS, J., *Organised Immigration Crime*, cit., p. 11.

⁸⁸⁹ En este sentido, UDDIN, M.B., "Human Trafficking", cit., p. 20; GUTH, A., "Human Trafficking in the Philippines: the need for an effective anti-corruption program", *Trends in Organized Crime*, vol. 13, 2010, pp. 147-166; KENDALL, V.M., "Greasing the Palm: An Argument for an Increased Focus on Public Corruption in the Fight Against International Human Trafficking", *Cornell International Law Journal*, vol. 44, 2011, p. 38; PÉREZ GONZÁLEZ, C., "Corrupción y trata de seres humanos", cit., pp. 312-315.

⁸⁹⁰ AGBU, O., "Corruption and Human Trafficking: The Nigerian Case", *West Africa Review*, vol. 4, núm.1, 2003, pp. 4-5. En el mismo sentido, vid. KENDALL ("Greasing the Palm", cit., p. 38), quien

corrupción afecta a la presencia de mujeres en los órganos gubernamentales, otro factor que presumiblemente tiene un impacto significativo en la trata⁸⁹¹.

Como vimos, desde la tesis que sostiene que la corrupción es un importante factor causal de la trata es importante analizar también en qué medida su presencia influye en la aparición de la trata en los países de destino. Según BALES, la corrupción se encuentra en segundo lugar en la lista de *pull factors*, solo precedida por el porcentaje de población masculina mayor de 60 años en un determinado país⁸⁹². Otros factores determinantes serían la mortalidad infantil, la producción de alimentos y el consumo de energía per capita. Esto lleva a BALES a concluir que, desde la perspectiva del tratante, el país de destino perfecto sería un país relativamente rico con el nivel de corrupción suficiente como garantizar un cruce de fronteras con poco riesgo⁸⁹³. Por ello, BALES concluye que la reducción de la corrupción pública debería ser una estrategia clave para frenar la trata de seres humanos, tanto en los países de origen como en los de destino⁸⁹⁴.

En el mismo sentido, aun partiendo de la premisa de que los tratantes son actores racionales que tratan de maximizar beneficios y minimizar riesgos⁸⁹⁵, existen posturas divergentes sobre la relevancia de la corrupción en la elección de un país de destino. Por una parte, se considera que la posibilidad de sobornar a funcionarios públicos tendría un importante impacto en la decisión del tratante porque reduciría las posibilidades de que el delito sea detectado⁸⁹⁶. Afirman los defensores de esta postura que el coste de los sobornos sería irrelevante desde el punto de vista económico, pues estos gastos suelen imputarse a la deuda que las víctimas deben sufragar⁸⁹⁷. No obstante, varios trabajos restan importancia a la corrupción en la decisión del tratante, afirmando que son las políticas migratorias lo que tiene un papel determinante en dicha elección, mientras que la corrupción constituiría un mero componente marginal⁸⁹⁸. Como explica SURTEES, si la decisión de los tratantes de operar en unos países u otros se

afirma que la corrupción contribuye a la existencia de un sistema más pobre, con más hambre y menos educación que es el caldo de cultivo perfecto para la trata.

⁸⁹¹ DIRIENZO, C., "Compliance with Anti-Trafficking Policies: the Mediating Effect of Corruption", *Crime, Law and Social Change*, vol. 70, 2018, pp. 525-541.

⁸⁹² BALES, K., "What Predicts Human Trafficking?", cit., pp. 276-277.

⁸⁹³ BALES, K., *Understanding Global Slavery*, University of California Press, Berkeley-Los Angeles-Londres, 2005, p. 130.

⁸⁹⁴ BALES, K., "What Predicts Human Trafficking?", cit., p. 278.

⁸⁹⁵ Vid. SURTEES, R., "Traffickers and Trafficking in Southern and Eastern Europe. Considering the Other Side of Human Trafficking", *European Journal of Criminology*, vol. 5, núm. 1, 2008, p. 48; JONSSON, S., "The Complex Relationship", cit., p. 111.

⁸⁹⁶ JAC-KUCHARSKI, A., "The Determinants of Human Trafficking: A US Case Study", *International Migration*, vol. 50, núm. 6, 2012, p. 159; JONSSON, S., "The Complex Relationship", cit., p. 111.

⁸⁹⁷ JAC-KUCHARSKI, A., "The Determinants of Human Trafficking", cit., p. 156; JONSSON, S., "The Complex Relationship", cit., p. 111; IBA, *Human Trafficking and Public Corruption*, cit., p. 31.

⁸⁹⁸ En este sentido, SBERNA, S., *Corruption and Trafficking in Women*, cit., p. 6; SURTEES, R., "Traffickers and Trafficking", cit., p. 48.

basa en un cálculo coste-beneficio, el pago de sobornos será el último recurso, solo utilizado en caso de que los riesgos sean mínimos y los beneficios a obtener sean mucho mayores⁸⁹⁹. Esta hipótesis se refuerza con los testimonios de los tratantes, quienes no mencionan la corrupción como *pull factor*⁹⁰⁰.

Con todo, la relevancia que la literatura académica especializada ha dado a la teoría según la cual la corrupción es un factor causal de la trata es tal, que ha llegado a afirmarse que estamos ante una condición imprescindible para su existencia. ESADZE afirma que la trata no podría existir sin la complicidad de las autoridades encargadas de los controles fronterizos, la investigación y persecución penal del delito y la protección de las víctimas⁹⁰¹. Esta es la posición adoptada en los primeros informes institucionales en la materia, los cuales han reiterado que la trata, especialmente cuando presenta vínculos con el crimen organizado, “no puede tener lugar sin la corrupción”⁹⁰², que “juega un papel fundamental”⁹⁰³ y es un requisito necesario para la comisión de este delito, además de uno de los principales costes para los tratantes⁹⁰⁴. Estas afirmaciones deben contextualizarse en el marco de la evolución histórica de la normativa y políticas públicas en las materias objeto de estudio. Como se ha señalado en el capítulo I, la preocupación institucional por los vínculos entre la corrupción y la trata surge cuando las estrategias para combatir estas conductas delictivas ponen su foco de atención en el crimen organizado. Así, en un contexto en el que la trata era concebida como un delito necesariamente conectado a la delincuencia organizada, no es de extrañar que ese vínculo imprescindible se extendiese también a la corrupción. Por ello, no resulta tampoco sorprendente que, en cierta medida, los vínculos se hayan exagerado con el objetivo de destinar más atención y recursos a la prevención y enjuiciamiento de estas conductas.

En efecto, son múltiples las matizaciones que pueden hacerse a la tesis de que la corrupción, más que un factor causal de la trata, es un elemento imprescindible en esta. La primera y la más obvia es que la trata de seres humanos sí puede cometerse sin corrupción. Los factores determinantes a la hora de captar víctimas y mantenerlas en una situación de explotación son principalmente las habilidades sociales⁹⁰⁵. Muestra de ello es que en un elevado porcentaje de casos, los tratantes tienen una relación personal con la víctima, ya

⁸⁹⁹ SURTEES, R., “Traffickers and Trafficking”, cit, p. 48.

⁹⁰⁰ WEBB, S./ BURROWS, J., *Organised Immigration Crime*, cit., p. 12.

⁹⁰¹ ESADZE, L., “Corruption, Gender and Trafficking”, cit., p. 7. En el mismo sentido, DEMAS, R., “All Hands on Deck: Collaborative Global Strategies in the Battle against Corruption and Human Trafficking in Africa”, *University of St. Thomas Law Journal*, vol. 6, núm. 1, 2008, pp. 204-220.

⁹⁰² UNGIFT, *Corruption and Human Trafficking*, cit., p. 10.

⁹⁰³ UNODC, *The Role of Corruption*, cit., p. 4.

⁹⁰⁴ CONSEJO DE EUROPA, *Trafficking in Human Beings and Corruption*, cit., p. 8; OCDE, *Developing a Framework*, cit., p. 10.

⁹⁰⁵ SBERNA, S., *Corruption and Trafficking in Women*, cit., p. 19.

sea de tipo familiar, vecindad, amistad, etc⁹⁰⁶. De ahí que, en contra de las visiones más estereotipadas del delito, un tratante relativamente poco sofisticado puede captar y explotar a una víctima sin necesidad de grandes inversiones ni de una red de colaboradores, ni de corromper a funcionarios públicos⁹⁰⁷. Además, es también incorrecto achacar a la corrupción todo el peso de la falta de implementación de las medidas contra la trata o el bajo número de condenas, obviando otros aspectos relevantes, como la falta de recursos y de formación específica de los funcionarios⁹⁰⁸.

En cualquier caso, esta puntualización no significa que la corrupción relacionada con la trata no exista, sino que, en lugar de ser un requisito imprescindible para su existencia, es más bien un importante facilitador de la comisión del delito. Esta es la conclusión a la que han llegado la mayoría de investigaciones cualitativas realizadas⁹⁰⁹, así como algunos de los más recientes informes institucionales⁹¹⁰, que sitúan el foco de atención en la corrupción como elemento facilitador de la comisión de la trata de seres humanos. De acuerdo con esta teoría, la corrupción puede facilitar la comisión del delito en las distintas etapas, desde la captación hasta la explotación. Además, la corrupción puede impedir la investigación del delito, el enjuiciamiento y la sanción de los tratantes, así como la posterior protección de las víctimas.

En definitiva, no existe a día de hoy una única e inequívoca explicación para las correlaciones existentes entre la corrupción y la trata de seres humanos. No obstante, a partir de la revisión de estudios previos, es posible afirmar que la corrupción contribuye a la aparición de la trata en los países de origen, como elemento creador de circunstancias socioeconómicas que constituyen el caldo de cultivo perfecto para la trata. Además, es necesario también considerar que la posibilidad de sobornar a funcionarios públicos puede tener cierta influencia a la hora de elegir país de destino. En relación con lo anterior, la tesis más

⁹⁰⁶ En esta línea, vid. VERMEULEN, G./ VAN DAMME, Y./ DE BONDT, W., "Perceived Involvement of "Organised Crime" in Human Trafficking and Smuggling", *International Review of Penal Law*, 2010, vol. 81, núm. 1-2, pp. 247-273; y también VIUHKO, M., "Hardened professional criminals, or just friends and relatives". The diversity of offenders in human trafficking", *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*, vol. 42, núm. 2-3, 2018, pp. 177-193.

⁹⁰⁷ SBERNA, S., *Corruption and Trafficking in Women*, cit., pp. 15-19.

⁹⁰⁸ Abordar esta cuestión: STOYNOVA, N./ RUSEV, A./ YORDANOVA, M., *Corruption and Trafficking in Women*, Deliverable del Proyecto Europeo "Anticorruption Policies Revisited. Global Trends and European Responses to the Challenge of Corruption (ANTICORRP)", 2012-2017, 28 de abril de 2016, pp. 23-24; MCCARTHY, L.A., "Beyond Corruption. An Assessment of Russian Law Enforcement's Fight against Human Trafficking", *Demokratizatsiya*, vol. 18, núm. 1, 2010, pp. 5-27. Sobre las dificultades en la implementación de las medidas contra la trata en España, vid. TORRES ROSELL, N./ VILLACAMPA ESTIARTE, C., "Protección jurídica y asistencia para víctimas de trata de seres humanos", *Revista General de Derecho Penal*, núm. 27, 2017, pp. 1-48.

⁹⁰⁹ RICHARDS, K., "The Trafficking of Migrants Workers", cit., pp. 147-168; SBERNA, S., *Corruption and Trafficking in Women*, cit.; SURTEES, R., "Traffickers and Trafficking", cit., pp. 39-68; GUTH, A., "Human Trafficking", cit., pp. 147-166.

⁹¹⁰ TREMBLAY, M./ KARBASSI, C., *Corruption and Human Trafficking*, cit.; IBA, *Human Trafficking and Public Corruption*, cit.

convinciente para explicar las correlaciones entre ambos fenómenos es aquella que considera que la corrupción constituye un importante facilitador de la comisión del delito de trata de seres humanos. Las próximas páginas se centrarán en demostrar y profundizar en esta teoría a partir del estudio de casos en Europa.

4. LOS VÍNCULOS ENTRE LA CORRUPCIÓN Y LA TRATA DE SERES HUMANOS EN EUROPA

La revisión de estudios previos realizada en las secciones anteriores ha puesto de manifiesto la necesidad de profundizar en el análisis de la incidencia de la corrupción como elemento facilitador de la trata de seres humanos. En particular, es necesario conocer qué sujetos pueden estar involucrados en este tipo de conductas y cuál es su papel en las diferentes etapas de comisión del delito, persecución penal de este y protección de las víctimas.

Como han puesto de manifiesto estudios previos, para poder proporcionar una imagen más completa del papel de la corrupción en la trata, los estudios cuantitativos a gran escala basados en métodos estadísticos deben ser complementados con investigaciones cualitativas sobre aspectos y/o zonas concretas⁹¹¹. Por ello, teniendo en cuenta la complejidad de los vínculos, el análisis de casos constituye un método adecuado para entender la relación entre la corrupción y la trata⁹¹²

Con el fin de ofrecer una visión general de los diferentes patrones de corrupción relacionados con la trata en Europa, se ha analizado una amplia gama de publicaciones académicas e informes institucionales. Se ha escogido Europa y no España como ámbito geográfico de la investigación para poder obtener una muestra suficientemente representativa, dada la dificultad para conseguir datos sobre este tema. Como se ha señalado en la introducción a este capítulo, es importante tener en cuenta que la recopilación de datos sobre la corrupción relacionada con la trata es muy limitada en todo el mundo. La mayoría de informes no mencionan ningún vínculo entre la corrupción pública y la trata de personas⁹¹³ y son muy pocos los gobiernos que estudian el problema⁹¹⁴. Por esta razón, la información sobre condenas es muy escasa, lo que constituye una de las mayores limitaciones de este estudio.

La primera fuente institucional a consultar al investigar de trata de seres humanos son los Informes Globales de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). En este caso, se han analizado todos los Informes Globales existentes hasta la fecha, publicados entre 2009 y 2018, los cuales denotan una creciente preocupación por el papel que juega la corrupción en la

⁹¹¹ STOYNOVA, N./ RUSEV, A./ YORDANOVA, M., *Corruption and Trafficking*, cit., p. 15.

⁹¹² En este sentido, vid. SBERNA, S., *Corruption and Trafficking in Women*, cit., p. 16; SURTEES, R., "Traffickers and Trafficking", cit., pp. 43-44.

⁹¹³ KENDALL, V., "Greasing the Palm", cit., p. 40.

⁹¹⁴ GOUNEV, P./ BEZLOV, T., *Examining the Links*, cit., p. 57.

facilitación de la trata. Así, mientras que en el primer informe, de 2009, no se hace ninguna mención a la corrupción, en 2012 ya se enuncia expresamente la obligación contraída por los Estados Parte del Plan de Acción Mundial de las Naciones Unidas para combatir la trata de personas de “investigar, procesar y sancionar a los funcionarios públicos corruptos involucrados en la trata de personas o que la facilitan y promover una política de tolerancia cero respecto de esos funcionarios corruptos”⁹¹⁵. Esta tendencia se consolida en los informes de 2014, 2016 y 2018, en los que existen referencias específicas a la corrupción como mecanismo usado por los grupos dedicados a la trata de personas⁹¹⁶.

Con todo, estos informes apenas aportan datos sobre experiencias concretas, necesarios para el estudio de casos aquí propuesto. Por ello, con el objetivo de acceder a sentencias judiciales, se ha realizado un barrido de la base de datos de casos de trata de personas de la UNODC, el único registro público global de este tipo existente hasta la fecha. Asimismo, también ha aportado información útil el documento publicado en 2011 por este mismo órgano, acerca del papel de la corrupción en la trata de personas⁹¹⁷.

Desde el punto de vista institucional, otra de las fuentes analizadas es el informe publicado por el llamado proyecto “*PACO Networking*”, lanzado en 2001 por el Consejo de Europa, como una actividad en el marco del Programa PACO contra la Corrupción y la Delincuencia Organizada en el Sudeste de Europa⁹¹⁸. Entre las diversas actividades organizadas dentro de este proyecto se llevó a cabo un seminario regional del 19 al 22 de junio de 2002 en *Portorož*, Eslovenia, en el que se abordó el problema específico de la corrupción en relación con la trata de personas en cada uno de los países participantes⁹¹⁹. La información sobre el sudeste de Europa se ha completado con las entrevistas a personas tratadas realizadas por SURTEES en más de 10 países⁹²⁰.

Por otra parte, una de las principales fuentes utilizadas para obtener datos más recientes es el *Trafficking in Persons Report* (TIP). Como se ha señalado

⁹¹⁵ UNODC, *Global Report on Trafficking in Persons*, Nueva York, 2012, p. 93.

⁹¹⁶ El informe de 2014 habla de la corrupción usada por grupos criminales (*confraternities*) dedicados a la trata de personas desde Nigeria a Europa (UNODC, *Global Report on Trafficking in Persons*, Nueva York, 2014, pp. 56-57). Por su parte, el informe de 2016, se hace eco de un caso ocurrido en Argentina, en el que se condenó funcionarios del departamento de migraciones por obtener de modo fraudulento permisos de residencia para víctimas (UNODC, *Global Report on Trafficking in Persons*, Nueva York, 2016, p. 61). Asimismo, en el informe de 2016 se aborda como un factor que puede aumentar el riesgo de que ciertos migrantes terminen siendo víctimas de trata (2016, p. 59). El informe más reciente, el de 2018, menciona la corrupción como mecanismo utilizado en la trata para la extracción de órganos corporales (UNODC, *Global Report on Trafficking in Persons*, Nueva York, 2018, pp. 29-30).

⁹¹⁷ UNODC, *The Role of Corruption*, cit.

⁹¹⁸ CONSEJO DE EUROPA, *Trafficking in Human Beings and Corruption*, cit.

⁹¹⁹ Albania, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Hungría, Moldavia, Rumania, Eslovenia, la ex República Yugoslava de Macedonia, la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro desde 2003).

⁹²⁰ SURTEES, R., “*Traffickers and Trafficking*”, cit., pp. 39-68.

anteriormente, esta publicación anual del Departamento de Estado de los Estados Unidos valora y categoriza a los Estados según su nivel de implementación de la *Trafficking Victims Protection Act* (TVPA), que es el origen de la normativa internacional en la materia. Precisamente, uno de los factores determinantes a la hora de valorar a los países es la complicidad oficial en casos de trata, por lo que el TIP proporciona datos sobre casos de corrupción relacionada con la trata en todos los países analizados. Dicha información proviene principalmente de fuentes oficiales (si es que esta existe), pero también puede ser proporcionada por medios de comunicación, organizaciones no gubernamentales y otras instituciones⁹²¹. En este caso se han recopilado datos relativos a 41 países del continente europeo entre 2009 y 2018. De estos 41 países analizados, se ha recopilado información sobre investigaciones y condenas por corrupción relacionada con la trata en 31 Estados (75,6%).

Otras fuentes relevantes para la obtención de información sobre casos han sido los informes de la Relatoría Especial sobre la trata de personas⁹²², de Transparencia Internacional⁹²³, de *Anti-Slavery International*⁹²⁴, de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE)⁹²⁵, de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM)⁹²⁶, de *DCAF Brussels*⁹²⁷, de la *International Bar Association* (IBA)⁹²⁸ y del *European Institute for Crime Prevention and Control* (Heuni)⁹²⁹. Se han revisado también los informes publicados por otras instituciones internacionales y europeas como la OIT, GRECO y GRETA, sin que se haya encontrado ninguna referencia a casos de corrupción relacionada con la trata. En lo que respecta a la literatura académica sobre corrupción, migración irregular, trata y crimen organizado, destacan la información aportada por los trabajos de GOUNEV y BEZLOV⁹³⁰ y HOLMES⁹³¹, entre otros. Es notable también, por su actualidad, la información obtenida en el marco del proyecto europeo ANTICORRP (Global Trends and European Responses to the Challenge of Corruption), relativa a Italia, Bulgaria, Kosovo y Croacia⁹³².

Una de las limitaciones fundamentales de este estudio es que la muestra de datos no es completa ni absolutamente imparcial. Por un lado, dado que solo

⁹²¹ Ofrece un análisis crítico sobre la metodología utilizada en el TIP: MERRY, S.E., *The Seductions of Quantification*, cit., pp. 124 y ss.

⁹²² Los documentos de la Relatoría están disponibles en: https://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?m=137

⁹²³ TREMBLAY, M./ KARBASSI, C., *Corruption and Human Trafficking*, cit.

⁹²⁴ ANTI-SLAVERY INTERNATIONAL, et al., *The Role of Corruption*, cit.

⁹²⁵ OCDE, *Developing a Framework*, cit.

⁹²⁶ JOBE, A., *The Causes and Consequences of Re-trafficking: Evidence from the IOM Human Trafficking Database*, International Organization for Migration, Ginebra, 2010.

⁹²⁷ RUSEV, A., *Human Trafficking*, cit.

⁹²⁸ IBA, *Human Trafficking and Public Corruption*, cit.

⁹²⁹ SPENCER, J., et al., *Organised Crime*, cit.

⁹³⁰ GOUNEV, P./ BEZLOV, T., *Examining the Links*, cit.

⁹³¹ HOLMES, L., "Human Trafficking & Corruption", cit.

⁹³² Información disponible sobre este proyecto en: <https://anticorrrp.eu/>

se incluyen casos que hayan sido investigados y sancionados, se carece de información sobre todos aquellos supuestos que los cuerpos y fuerzas de seguridad no han podido detectar. Por otra parte, la imposibilidad de acceder a fuentes primarias, tales como documentos policiales o sentencias judiciales en todos los países de estudio hace que este trabajo pueda reproducir las inexactitudes y sesgos ideológicos que los informes y la literatura consultada puedan contener. Así, si un informe parte de la premisa de que todo caso de prostitución es un caso de trata para la explotación sexual y lo recoge en estos términos, se introduce en los datos aquí analizados una inexactitud prácticamente imposible de detectar y eliminar. Del mismo modo, aunque una gran parte de los casos a los que se ha podido acceder sucedieron en países de Europa del Este, no puede inferirse que la corrupción relacionada con la trata solo se produzca en esta región, sino que es allí donde las instituciones han invertido más recursos para investigar esta cuestión.

Tomando en consideración estas limitaciones, tras el análisis de todas las fuentes, se procedió a la recopilación de la información disponible sobre los casos denunciados en Europa. Para ello se tuvieron en cuenta los conceptos de trata y de corrupción aportados en los capítulos II y III. No obstante, a los efectos de realizar este análisis criminológico, y ante la diversidad de criterios existentes en las fuentes secundarias analizadas, se han incluido también algunos supuestos de corrupción relacionada con el tráfico de migrantes y con la explotación. Esta opción se basa en que, debido a la difícil distinción conceptual entre estos delitos y la elevada complejidad probatoria de la trata, muchos casos suelen investigarse y sancionarse como tráfico o explotación⁹³³.

Posteriormente, tras la recopilación de los datos, se llevó a cabo una clasificación de la información obtenida según el autor de la conducta corrupta relacionada con la trata. Esta clasificación nos permite identificar en qué sectores de la función pública existen mayores riesgos criminógenos de este tipo. Además, con la información obtenida puede evaluarse la incidencia de la corrupción en las distintas fases de la comisión del delito de trata, la persecución penal de este y la protección de las víctimas, lo que permite valorar si puede confirmarse la tesis según la cual la corrupción constituye un elemento facilitador de la trata de seres humanos.

4.1. Corrupción policial

En esta categoría se incluyen los casos de corrupción relacionada con la trata llevados a cabo por policías, entendiendo este término en sentido amplio, como cualquier miembro de los cuerpos y fuerzas de seguridad de un Estado,

⁹³³ Sobre la conveniencia de incluir estas figuras en los estudios criminológicos sobre trata, vid. KANGASPUTA, K., "Collecting Data on Human Trafficking", cit., p. 52.

encargado del cumplimiento de la Ley y de la investigación y persecución de los delitos.

La mayoría de casos de corrupción relacionada con la trata afectan a policías, especialmente cuando su finalidad es la explotación sexual. El análisis de casos aquí realizado muestra que la corrupción policial está presente en 24 (77,4%) de los 31 países europeos en los que se ha reportado algún caso de corrupción relacionada con la trata entre 2009 y 2018⁹³⁴. En el mismo sentido, el estudio realizado a nivel mundial por la *International Bar Association* en 2016 confirma que, en la mayoría de investigaciones y condenas penales analizadas (un 34%), los autores eran policías⁹³⁵. Esta hipótesis puede probarse también en relación con datos dentro de un mismo país. Por ejemplo, más de un 70% de los casos de corrupción relacionada con la trata en Italia consisten en transacciones de la policía con tratantes y/o explotadores⁹³⁶. En España, como veremos en el capítulo V, la corrupción policial representa casi la totalidad de los casos que llegan a los juzgados.

En efecto, la policía es considerada uno de los sectores más proclives a este tipo de prácticas, debido fundamentalmente a su mayor exposición y trato directo tanto con los tratantes como con las víctimas. En una serie de entrevistas a funcionarios públicos realizadas por la UNODC, el 50% de los encuestados consideró a la policía como el sector más vulnerable a la corrupción, por detrás de los funcionarios encargados del control de fronteras, inmigración y aduanas, funciones que en muchos países son realizadas también por policías⁹³⁷. Por este motivo, en los Países Bajos, donde se ha establecido que los funcionarios encargados de velar por el cumplimiento de la normativa relativa a la prostitución están especialmente expuestos a la corrupción, los nuevos agentes deben aprobar un examen tras la realización de un curso centrado en la detección y tratamiento a víctimas de trata, y deben también suscribir un estricto código de conducta antes de trabajar en este sector⁹³⁸.

⁹³⁴ Se han reportado casos de corrupción en 31 de 41 países europeos analizados a partir de la información recogida en el TIP entre 2009 y 2018.

⁹³⁵ Según este estudio de 72 casos de corrupción relacionada con la trata a nivel mundial, en un 34% de los casos los autores eran policías, en un 17% agentes encargados del control de fronteras, en un 9% servicios de inmigración, en un 8% funcionarios de los servicios de justicia, 6% fuerzas armadas, 5% administrativos del Estado, 4% cuerpos diplomáticos, 4% servicios de inteligencia, y 13% otros (IBA, *Human Trafficking and Public Corruption*, cit., p. 16).

⁹³⁶ SBERNA, S., *Corruption and Trafficking in Women*, cit., pp. 16-21. El estudio de SBERNA aporta información sobre el tipo de policía. Un 9% de los casos afecta a la policía local, mientras que la policía nacional (*Carabinieri* y *Polizia di Stato*) estaba involucrada en un 57% de los casos. Los policías trabajando en oficinas de migración y otorgando permisos de residencia representan un 20% de los casos y la policía de prisiones solo un 2%.

⁹³⁷ ANTI-SLAVERY INTERNATIONAL, et al., *The Role of Corruption*, cit., pp. 9-10. También se considera el sector más vulnerable a la corrupción en OCDE, *Developing a Framework*, cit., p. 11.

⁹³⁸ TIP 2014, p. 290.

El papel de la policía en la comisión y facilitación del delito de trata de seres humanos puede ser muy diverso. Por ello, para poder sistematizar toda información encontrada sobre casos denunciados en Europa se ha realizado una clasificación en dos categorías. En primer lugar, se incluirán aquellos casos en los que los policías son autores o participan directamente en el delito de trata de seres humanos. En segundo lugar, se analizará la intervención de policías en otros delitos que facilitan la comisión o impunidad de la trata.

a) Intervención directa en el delito de trata de seres humanos

En relación con el papel de la policía en la comisión del delito de trata de seres humanos, es habitual que las fuentes aporten información sobre investigaciones o condenas sin especificar qué acción típica en concreto se ha realizado ni el grado de participación. Existen varios ejemplos de este tipo de situaciones. En 2010, un agente de policía de Macedonia fue condenado a 8 años y medio de prisión por facilitar la trata para la explotación sexual de dos menores⁹³⁹. Ese mismo año, varios oficiales de policía de Bosnia Herzegovina fueron detenidos por su supuesta participación en un caso de trata y prostitución forzada de una joven romaní. Dos días después de su detención fueron puestos en libertad por falta de pruebas⁹⁴⁰. Llama la atención, por el gran número de funcionarios públicos involucrados, el caso de 12 policías condenados en Albania en 2007 por su participación en un delito de trata⁹⁴¹. Existen también casos más antiguos, como el de 6 agentes de policía condenados a 6 años de prisión por su participación en delitos de trata de seres humanos, extorsión y proxenetismo en Lituania en 2002⁹⁴²; o el del oficial de policía de Banja Luka (Bosnia Herzegovina) condenado en 2001 a 15 meses de cárcel por su participación directa en la trata de personas⁹⁴³. Como excepción a esta regla general, pueden señalarse dos supuestos en los que sí se indica expresamente que los agentes eran autores del delito de trata: el caso de un agente de policía de Noruega que en enero de 2010 fue condenado a 10 años de prisión por trata de seres humanos⁹⁴⁴; y un policía irlandés detenido por la comisión de un delito de trata en noviembre de 2009⁹⁴⁵.

Asimismo, aunque es poco frecuente, en determinados casos sí se especifica la acción de la trata cometida por los agentes. Existen pruebas de la participación de policías en la captación de víctimas. Son varios los casos denunciados en Bulgaria, entre ellos, el de 5 agentes de policía investigados en

⁹³⁹ TIP 2011, p. 238. Además de esta, han sido varias las condenas en este país desde 2002, vid. HOLMES, L., "Human Trafficking & Corruption", cit. p. 91.

⁹⁴⁰ TIP 2010, p. 87.

⁹⁴¹ HOLMES, L., "Human Trafficking & Corruption", cit. p. 91.

⁹⁴² HOLMES, L., "Human Trafficking & Corruption", cit. p. 90.

⁹⁴³ HOLMES, L., "Human Trafficking & Corruption", cit. p. 91.

⁹⁴⁴ TIP 2010, p. 258.

⁹⁴⁵ TIP 2010, p. 183.

2012 por captar víctimas, forzarlas a prostituirse y alertar a otros tratantes sobre la realización de registros policiales⁹⁴⁶. En febrero de 2014, uno de estos policías acusados de obligar a una mujer a prostituirse fue absuelto y readmitido en su puesto⁹⁴⁷. Varios policías han sido también investigados o condenados por trata en Moldavia⁹⁴⁸. En 2012, por ejemplo, se iniciaron investigaciones contra 12 funcionarios públicos por su participación en delitos de trata, de los cuales uno de ellos fue condenado a 13 años de prisión por usar su posición para captar a, al menos, 15 mujeres para la trata con fines de explotación sexual⁹⁴⁹. En este mismo año, las autoridades italianas detuvieron a un ex Carabiniere por captar a mujeres extranjeras para explotarlas sexualmente⁹⁵⁰. En un caso denunciado también en Italia, los tratantes pagaban regularmente a policías para que reclutasen a inmigrantes irregulares que habían sido detenidos por delitos menores⁹⁵¹. Además, en 2016, la fiscalía de Bulgaria emitió una orden de arresto contra varios agentes de policía acusados de forzar a un joven estudiante universitario a vender drogas y captar a compañeras de clase para ser explotadas en la prostitución y el tráfico de drogas, lo que podría constituir un caso de trata para la explotación de actividades delictivas⁹⁵².

Existen también evidencias de la participación policial en el transporte de las víctimas. Por ejemplo, tres agentes de policía en Montenegro, los cuales trabajaban además como guardias de seguridad en clubs nocturnos, fueron juzgados por transportar a víctimas de la trata con fines de explotación sexual⁹⁵³. Otra acción típica cometida por policías ha sido la transferencia de control sobre personas mediante la recepción de pagos o beneficios. En este sentido, destaca un caso de 2006 referente a dos policías de Wrocław (Polonia) involucrados en la supuesta venta de cientos de mujeres a una empresa que proporcionaba servicios de compañía por un precio que oscilaba entre los 1.000 y 1.500 euros por persona⁹⁵⁴.

La comisión del delito de trata de seres humanos por parte de agentes de policía puede realizarse de modo individual o como parte de un grupo organizado dedicado a tales actividades. En este sentido, son varias las investigaciones y condenas a policías por su pertenencia a redes dedicadas a la trata de seres

⁹⁴⁶ TIP 2013, pp. 108-109; TIP 2016, p. 109; TIP 2017, p. 102. Existen pruebas sobre la participación directa de funcionarios públicos búlgaros de alto rango en la comisión del delito, por ejemplo, en la captación de mujeres (3 casos aparecen en el estudio de BEZLOV, T./YORDANOVA, M./STOYNOVA, N., *Corruption and Trafficking in Women. The case of Bulgaria*, Deliverable del Proyecto Europeo "Anticorruption Policies Revisited. Global Trends and European Responses to the Challenge of Corruption (ANTICORRP)", 2012-2017, 7 de septiembre de 2016, p. 17.

⁹⁴⁷ TIP 2014, p. 112.

⁹⁴⁸ TIP 2011, p. 261; TIP 2013, p. 266; TIP 2017, p. 283-284; TIP 2018, p. 306.

⁹⁴⁹ TIP 2014, p. 276.

⁹⁵⁰ TIP 2013, p. 210.

⁹⁵¹ SBERNA, S., *Corruption and Trafficking in Women*, cit., p. 8.

⁹⁵² TIP 2016, p. 109.

⁹⁵³ TIP 2012, p. 255; TIP 2013, p. 269.

⁹⁵⁴ HOLMES, L., "Human Trafficking & Corruption", cit. pp. 89-90.

humanos en Europa. Grecia, por ejemplo, es uno de los países en los que se han reportado varias experiencias de este tipo. En un trabajo publicado en 2010 se aportaba información sobre el caso de 4 policías detenidos por formar parte de una red dedicada a la trata, acusados de haber traído a cientos de mujeres procedentes de Europa del Este y los Balcanes para su explotación sexual en Grecia⁹⁵⁵. Más recientemente, en dos casos en 2013⁹⁵⁶ y uno en 2015⁹⁵⁷, la policía griega dismanteló a varios grupos dedicados al crimen organizado, acusados de trata de mujeres para la explotación sexual, en los que se integraban agentes de policía. En mayo de 2014, un policía del país helénico fue investigado por supuestamente liderar una red dedicada a la explotación sexual de mujeres extranjeras⁹⁵⁸. Sin embargo, en ninguno de estos casos fue posible probar la participación de los agentes en el delito de trata de seres humanos. En el primero de ellos, por ejemplo, los agentes fueron condenados por pertenencia a organización criminal, explotación sexual, revelación de secretos y abuso de poder⁹⁵⁹.

Casos similares han sido reportados en Bulgaria, Polonia, Macedonia y Rumanía. En 2004, un jefe de policía de Katowice (Polonia) fue acusado de reclutar a chicas adolescentes de un centro de acogida para una red de trata local, a cambio de servicios sexuales gratis⁹⁶⁰. En septiembre de 2014 un policía de Macedonia fue condenado por organizar un grupo criminal dedicado al tráfico y la trata de personas a un año y medio de prisión⁹⁶¹. Ese mismo año comenzó la investigación de otros 7 agentes de policía en este país por su supuesta participación en organizaciones dedicadas a la trata de personas⁹⁶². En 2016 un policía de Rumanía fue condenado a 2 años de prisión por varios casos de trata de menores y a 9 meses por el establecimiento de una organización criminal con estos fines⁹⁶³. Asimismo, nueve agentes de policía de una unidad local contra el crimen organizado, en Vratsa (Bulgaria), fueron destituidos por colaborar con un grupo dedicado a la trata, si bien ninguno de ellos fue enjuiciado por complicidad en este delito⁹⁶⁴.

Ciertamente, como se ha señalado en numerosas ocasiones en este trabajo, dada la elevada complejidad probatoria de la trata, es habitual que los casos

⁹⁵⁵ GOUNEV, P./ BEZLOV, T., *Examining the Links*, cit., p. 135; ANTONOPOULOS, G.A./ TAGAROV, N., "Greece: The Politics of Crime", en GOUNEV, P./ RUGGIERO, V. (Eds.), *Corruption and Organized Crime in Europe. Illegal Partnership*, Routledge, London, 2012, p. 136.

⁹⁵⁶ TIP 2014, pp. 188-189; TIP 2015, p. 170; TIP 2014, pp. 188-189.

⁹⁵⁷ TIP 2016, p. 183.

⁹⁵⁸ TIP 2015, p. 170.

⁹⁵⁹ TIP 2017, p. 185; TIP 2018, p. 202.

⁹⁶⁰ HOLMES, L., "Human Trafficking & Corruption", cit. p. 90; IBA, *Human Trafficking and Public Corruption*, cit., p. 24.

⁹⁶¹ TIP 2014, p. 254; TIP 2015, p. 229.

⁹⁶² TIP 2015, p. 229; TIP 2016, p. 250; TIP 2017, p. 259.

⁹⁶³ TIP 2017, p. 335.

⁹⁶⁴ TIP 2010, p. 94.

terminen investigándose y condenándose como otras figuras estrechamente relacionadas con esta, como el correspondiente delito de explotación o como tráfico de migrantes. Así, han existido investigaciones y condenas a policías por diversos delitos relacionados con la prostitución forzada en Bosnia⁹⁶⁵, Bulgaria⁹⁶⁶, España⁹⁶⁷, Grecia⁹⁶⁸, Hungría⁹⁶⁹, Italia⁹⁷⁰, Kosovo⁹⁷¹, Letonia⁹⁷², Luxemburgo⁹⁷³ y Moldavia⁹⁷⁴. Un ejemplo paradigmático de este tipo de conductas es el caso de dos policías Letones, destinados precisamente en unidades especiales dedicadas al combate de la trata, que fueron condenados por proxenetismo⁹⁷⁵.

Otra posibilidad común es la confusión con el delito de tráfico de migrantes. Aunque en teoría la diferencia fundamental entre ambos delitos esté clara, en la práctica, es frecuente que casos que comienzan como tráfico terminen convirtiéndose en casos de trata, lo que hace muy difícil distinguirlos⁹⁷⁶. Por ejemplo, en marzo de 2009, las autoridades de Kosovo suspendieron de sueldo a cinco policías sospechosos de haber facilitado un delito de trata de personas, si bien finalmente fueron condenados por tráfico de migrantes⁹⁷⁷. Otro ejemplo de condenas a policías por tráfico de migrantes ocurrió en Macedonia en 2009⁹⁷⁸. En

⁹⁶⁵ Varios policías locales fueron investigados en Bosnia por forzar menores a ejercer la prostitución (TIP 2009, p. 83; TIP 2010, p. 87; TIP 2011, p. 94; TIP 2012, p. 92).

⁹⁶⁶ Por ejemplo, el caso de un policía Búlgaro condenado en enero de 2014 por proxenetismo (TIP 2014, p. 201; TIP 2015, p. 182).

⁹⁶⁷ El TIP 2012, p. 320, hace referencia a varias investigaciones a miembros de la Policía Nacional por delitos de prostitución forzada. El caso de España se estudiará más detalladamente en el capítulo V.

⁹⁶⁸ Varios policías fueron suspendidos de empleo en Grecia por su vinculación con la explotación de mujeres extranjeras, si bien no se ha podido probar que se tratase de casos de trata (TIP 2015, p. 170).

⁹⁶⁹ El TIP informa sobre el caso de un policía condenado a 4 años y 8 meses de prisión por proxenetismo (TIP 2014, p. 201; TIP 2015, p. 182).

⁹⁷⁰ Dos agentes de policía de Palermo fueron condenados por forzar a mujeres a ejercer la prostitución (TIP 2013, p. 210).

⁹⁷¹ Un oficial de policía detenido por abuso de posición oficial y explotación sexual fue absuelto posteriormente por falta de pruebas (TIP 2016, p. 232).

⁹⁷² Un policía especializado en la lucha contra la trata fue sancionado con 4 años de prisión por delitos relativos a la prostitución y aceptación de sobornos (TIP 2017, p. 246). Fue sancionado con 4 años de privación de libertad y 5 años de inhabilitación para empleo público (TIP 2016, p. 240; TIP 2017, p. 246). En 2014 se denunció otro caso de dos policías de Riga acusados de facilitar el proxenetismo (TIP 2015, p. 218; TIP 2016, p. 240; TIP 2017, p. 246; TIP 2018, p. 269).

⁹⁷³ El TIP 2013, p. 241, informa de la existencia de varios policías detenidos por proxenetismo en Luxemburgo (TIP 2013, p. 241).

⁹⁷⁴ Un policía de Moldavia fue condenado a 3 años de prisión por inducción a la prostitución (TIP 2015, p. 248).

⁹⁷⁵ TIP 2013, p. 231; TIP 2014, p. 242; TIP 2015, p. 218.

⁹⁷⁶ A esta conclusión llegaron LEMAN y JANSSENS tras realizar un análisis de redes dedicadas al tráfico y a la trata desde Albania y Bulgaria a Bélgica. LEMAN, J./ JANSSENS, S., "An Analysis", cit., p. 241.

⁹⁷⁷ TIP 2010, p. 202.

⁹⁷⁸ TIP 2010, p. 218.

estos casos, la frontera entre la trata y el tráfico dependerá de si el agente conocía o no la finalidad de explotación con la que se producía el cruce de fronteras.

b) Intervención en otros delitos que facilitan la comisión o impunidad de la trata

Además de la comisión directa del delito de trata de seres humanos, los agentes de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado pueden colaborar con la trata de manera indirecta, llevando a cabo conductas que impiden la detección del delito y permiten perpetuar la situación de explotación, como pueden ser las obstrucciones de justicia, omisiones del deber de perseguir delitos, prevaricación, cohecho, etc.

Este tipo de situaciones han sido reportadas en los siguientes países: Bosnia⁹⁷⁹, Bulgaria⁹⁸⁰, Croacia⁹⁸¹, Grecia⁹⁸², Kosovo⁹⁸³, Eslovenia⁹⁸⁴, España⁹⁸⁵,

⁹⁷⁹ Desde 2009 ha habido denuncias constantes a agentes de policía, particularmente a nivel local, por ignorar deliberadamente o proteger activamente la actividad de los tratantes, a cambio de sobornos (TIP 2009, p. 83; TIP 2010, p. 87; TIP 2011, p. 94; TIP 2012, p. 92; TIP 2013, p. 101; TIP 2014, p. 104). También ha denunciado la complicidad de la policía local en casos de trata la Relatora especial de la ONU en un informe de 2005. Vid. HUDA, S., *Report of the Special Rapporteur on Trafficking in Persons, especially women and children on her mission to Bosnia and Herzegovina, 21 to 28 february 2005*, E/CN.4/2006/62/Add.2, 30 de noviembre de 2005, párr. 19, p. 9 y párr. 82, p. 20.

⁹⁸⁰ Han sido varios los casos denunciados en Bulgaria desde 2011 (TIP 2011, p. 140; TIP 2012, p. 136; TIP 2017, p. 102; TIP 2018, p. 113). En 2012, por ejemplo, un policía fue investigado por alertar a los tratantes sobre inminentes redadas policiales (TIP 2013, pp. 108-109; TIP 2016, p. 109; TIP 2017, pp. 102).

⁹⁸¹ PODUMLJAK, M., *Influence of Corruption on Trafficking in Humans*, ACTA Anti-Corruption Anti-Trafficking Action, Zagreb, 2005, pp. 5-7.

⁹⁸² Se han denunciado varios casos de policías que protegían establecimientos relacionados con la trata de personas a cambio de pequeños sobornos (TIP 2013, p. 181; TIP 2014, pp. 188-189). También se han reportado casos de venta de información policial interna a los tratantes (TIP 2014, pp. 188-189; TIP 2015, p. 170; TIP 2017, p. 185; TIP 2018, p. 202).

⁹⁸³ Dos agentes fueron suspendidos de sus funciones por intentar interferir en investigaciones sobre casos de trata (TIP 2013, p. 225).

⁹⁸⁴ TIP 2011, p. 325; TIP 2012, p. 313.

⁹⁸⁵ En España se inició una investigación por la presunta complicidad en delitos de trata de mujeres brasileñas para la explotación sexual cometidos entre 2000 y 2009 por miembros de la Guardia Civil, Policía Nacional y la Policía Local de Lugo (TIP 2013, pp. 339-340; TIP 2014, p. 354). En 2014 se condenó al líder de la organización criminal en la que supuestamente se integraban los funcionarios a 20 años de prisión, pero los policías y guardia civiles fueron absueltos (TIP 2015, p. 314). Además, según el TIP, hubo una condena de tres años en España a un miembro de la policía nacional que había trabajado en el servicio de extranjería por complicidad en un caso de trata (TIP 2013, pp. 339-340). Más casos en (TIP 2010, p. 300; TIP 2011, p. 331, TIP 2015, p. 314.)

Macedonia⁹⁸⁶, Malta⁹⁸⁷, Moldavia⁹⁸⁸, Montenegro⁹⁸⁹, Rumanía⁹⁹⁰, Serbia⁹⁹¹, Suiza⁹⁹² y Ucrania⁹⁹³.

A partir del estudio de los casos denunciados en estos países es posible identificar distintas conductas realizadas por los policías que pueden facilitar la comisión o impunidad del delito. El modo más común de este tipo de colaboración consiste en filtrar información sobre investigaciones a los tratantes y en alertar sobre la realización de inspecciones o registros⁹⁹⁴. En Macedonia y Croacia, por ejemplo, las autoridades sospechan que los dueños de locales donde tiene lugar la explotación reciben avisos de la policía antes de la realización de redadas, para que puedan esconder a las víctimas y que estas no sean detectadas por las autoridades⁹⁹⁵. En la misma línea, varias organizaciones no gubernamentales han denunciado que la policía de Malta alerta sobre la realización de redadas a negocios donde se cometen delitos relacionados con la trata y la explotación laboral⁹⁹⁶. Asimismo, en noviembre de 2013, la fiscalía de distrito de Zúrich comenzó a investigar a cinco policías locales de esta ciudad por alertar a negocios vinculados con la prostitución sobre la realización de futuras inspecciones⁹⁹⁷. Este tipo de situaciones han sido denunciadas por la Relatora Especial de la ONU en Bosnia⁹⁹⁸. Existen también condenas al respecto. Así, en junio de 2014 seis

⁹⁸⁶ Un policía fue enjuiciado por aceptar un soborno a cambio de convencer a sus compañeros para cerrar la investigación de un caso de trata (TIP 2014, p. 276; TIP 2015, p. 248; TIP 2016, p. 271; TIP 2017, pp. 283-284).

⁹⁸⁷ Se han reportado varias condenas a agentes de policía de Malta en 2005, 2011 y 2012 por complicidad en casos de trata (TIP 2009, p.229; TIP 2012, p. 241; TIP 2013, p. 256; TIP 2014, p. 267; TIP 2016, p. 261; TIP 2017, p. 272; TIP 2015, p. 237).

⁹⁸⁸ Un policía de Moldavia fue enjuiciado por aceptar un soborno a cambio de convencer a sus compañeros para cerrar la investigación de un caso de trata (TIP 2014, p. 276; TIP 2015, p. 248; TIP 2016, p. 271; TIP 2017, pp. 283-284).

⁹⁸⁹ Tres agentes de policías que trabajaban también como guardias de seguridad en clubs nocturnos fueron condenados por abuso de autoridad y la determinación a la prostitución (TIP 2011, p. 264).

⁹⁹⁰ Ha habido varias denuncias a policías locales por obstruir investigaciones en delitos de trata (TIP 2016, p. 315).

⁹⁹¹ TIP 2010, p. 290.

⁹⁹² TIP 2014, p. 366; TIP 2015, p. 324.

⁹⁹³ La corrupción a nivel local y regional ha interferido en la investigación y enjuiciamiento de varios casos de trata en Ucrania. En concreto, el gobierno ha denunciado varios casos de corrupción de policías locales destinados en unidades especializadas en la lucha contra la trata (TIP 2011, p. 367; TIP 2012, p. 354).

⁹⁹⁴ GOUNEV, P./ BEZLOV, T., *Examining the Links*, cit., p. 135; BEZLOV, T./ YORDANOVA, M./ STOYNOVA, N., *Corruption and Trafficking in Women*, cit., pp. 21-29; ANTI-SLAVERY INTERNATIONAL, et al., *The Role of Corruption*, cit., p. 10; IBA, *Human Trafficking and Public Corruption*, cit., p. 32; CONSEJO DE EUROPA, *Trafficking in Human Beings and Corruption*, cit., p. 10; RUSEV, A., *Human Trafficking*, cit., p. 15.

⁹⁹⁵ TIP 2017, p. 259; PODUMLJAK, M., *Corruption and Trafficking in Women. The Case of Croatia*, entregable del Proyecto Europeo "Anticorruption Policies Revisited. Global Trends and European Responses to the Challenge of Corruption (ANTICORRP)", 2012-2017, 7 de septiembre de 2016, pp. 21-23.

⁹⁹⁶ TIP 2015, p. 237.

⁹⁹⁷ TIP 2014, p. 366; TIP 2015, p. 324.

⁹⁹⁸ TIP 2014, p. 104.

policías de Cataluña fueron sancionados con penas de entre 5 y 11 años de prisión por impedir la realización de inspecciones en un prostíbulo de Castelldefels entre 2002 y 2008⁹⁹⁹.

La información privilegiada a la que los policías tienen acceso es extremadamente útil para los tratantes a la hora de planear y modificar su *modus operandi*, para evitar así la detección de las personas tratadas y mantener la situación de explotación¹⁰⁰⁰. En aquellos casos en los que la trata se comete por grupos dedicados a la delincuencia organizada, los agentes pueden formar a los tratantes en técnicas de inteligencia que les permitan, por ejemplo, operar vías de comunicación interna completamente encriptadas¹⁰⁰¹. Por otra parte, gracias a la complicidad policial, los tratantes pueden llegar a conocer a la perfección las preguntas que los agentes hacen a las víctimas para identificarlas, lo que les permite entrenarlas sobre qué han de decir en sus testimonios para que el delito no puede ser identificado¹⁰⁰². En Europa son varias las condenas a policías por estos motivos. En 2013 dos policías griegos fueron detenidos por proporcionar información policial interna a los tratantes¹⁰⁰³. Posteriormente, uno de ellos fue castigado por pertenencia a organización criminal, explotación sexual, incumplimiento de obligaciones y abuso de poder, mientras que el otro agente fue condenado únicamente por estos dos últimos delitos y por violaciones de la legislación aduanera¹⁰⁰⁴. Otro ejemplo ocurrió en 2010 en Eslovenia, donde un agente de policía fue condenado a pena de prisión, posteriormente suspendida, por proporcionar información interna al autor de un delito de trata para facilitar la comisión de este delito¹⁰⁰⁵.

Otro modo de colaboración consiste en ignorar indicios del delito cuando los agentes entran en contacto con el proceso de comisión, principalmente cuando visitan los lugares donde tiene lugar la explotación. Es relativamente habitual que las víctimas denuncien que miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado frecuentaban con regularidad los prostíbulos donde eran explotadas y que identifiquen a los agentes como sus clientes habituales y como amigos de los dueños del negocio. En el Programa PACO contra la Corrupción y la Delincuencia Organizada en el Sudeste de Europa se alertó de la existencia de situaciones de este tipo¹⁰⁰⁶. En efecto, uno de los supuestos más paradigmáticos

⁹⁹⁹ TIP 2015, p. 237.

¹⁰⁰⁰ TIP 2012, p. 230; IBA, *Human Trafficking and Public Corruption*, cit., p. 34.

¹⁰⁰¹ Este tipo de casos han sido reportados en Albania y Bulgaria. IBA, *Human Trafficking and Public Corruption*, cit., p. 34; LEMAN, J./ JANSSENS, S., "An Analysis of Some Highly-Structured Networks of Human Smuggling and Trafficking from Albania and Bulgaria to Belgium", *Migration and Ethnic Themes*, vol. 22, núm. 3, 2006, p. 233.

¹⁰⁰² TIP 2012, p. 230.

¹⁰⁰³ TIP 2012, p. 230; IBA, *Human Trafficking and Public Corruption*, cit., p. 34.

¹⁰⁰⁴ TIP 2017, p. 185; TIP 2018, p. 202.

¹⁰⁰⁵ TIP 2011, p. 325; TIP 2012, p. 313.

¹⁰⁰⁶ CONSEJO DE EUROPA, *Trafficking in Human Beings and Corruption*, cit., p. 10; ANTI-SLAVERY INTERNATIONAL, et al., *The Role of Corruption*, cit., p. 14.

de este tipo de conductas es el denominado “Jet Set” ocurrido en Serbia. En este caso, se condenó a un Fiscal de distrito y dos policías en Novi Pazar (Serbia) por delitos de abuso de función pública en relación con la trata de personas para la explotación sexual¹⁰⁰⁷. En la sentencia condenatoria se especifica que, aunque los funcionarios públicos no cometieron el delito de trata directamente, todos ellos incumplieron injustificadamente sus deberes oficiales de informar sobre lo que ocurría en el club nocturno, lugar que visitaban regularmente y donde se beneficiaban de los servicios sexuales allí ofrecidos. Cada uno de ellos fue condenado a un año de prisión.

Además de Europa del Este, se han denunciado casos también en otras zonas. Por ejemplo, en marzo de 2009 se abrió una investigación a varios miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado en España por solicitar sobornos al dueño de un local a cambio de ignorar la prostitución forzada que allí ocurría¹⁰⁰⁸. La preocupación por la posible existencia de policías que protegiesen a supuestos tratantes ha sido referenciada en Hungría¹⁰⁰⁹ y en Italia¹⁰¹⁰. En particular, en Italia, en mayo de 2010, dos agentes fueron arrestados por su complicidad en un caso de trata ocurrido en un club nocturno de Pisa¹⁰¹¹.

La corrupción policial puede contribuir también a perpetuar la situación de explotación si, cuando las víctimas consiguen escapar y denunciar su situación, los agentes las devuelven a los tratantes o las deportan antes de que puedan testificar¹⁰¹². En un estudio realizado para la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), se analizaron 79 casos de “re-trata” (*re-trafficking*), es decir, casos en los que se comete un nuevo delito de trata sobre personas que han sido anteriormente tratadas, ocurridos en el período 1999 a 2009 en Europa del este. En uno de los casos, la víctima afirmó que un agente selló su pasaporte en la comisaría de policía para indicar que había sido deportada, para posteriormente llevarla de nuevo con los tratantes¹⁰¹³.

Aunque este es el único caso de esta gravedad del que se ha encontrado información en Europa, otras fuentes alertan también sobre el riesgo de que la complicidad policial dificulte la protección de las víctimas. Por ejemplo, los responsables de un centro para mujeres víctimas de trata en España rechazaron

¹⁰⁰⁷ Resumen en inglés de la sentencia original disponible en la base de datos de la UNODC: https://sherloc.unodc.org/cld/case-law-doc/corruptioncrimetype/srb/2009/kz_i_2880-08.html?lng=en&tmpl=htms

Este caso aparece también en TIP 2010, p. 290.

¹⁰⁰⁸ Es importante tener en cuenta que, en este momento, la trata todavía no era un delito en España. Vid. TIP 2010, p. 300; TIP 2011, p. 331.

¹⁰⁰⁹ TIP 2017, p. 201; TIP 2018, p. 218.

¹⁰¹⁰ TIP 2017, p. 201.

¹⁰¹¹ TIP 2012, p. 197.

¹⁰¹² CONSEJO DE EUROPA, *Trafficking in Human Beings and Corruption*, cit., p. 10; UNODC, *The Role of Corruption*, cit., p. 12.

¹⁰¹³ JOBE, A., *The Causes and Consequences of Re-trafficking*, cit., p. 35.

indicar su ubicación a la policía por miedo a que esta información pudiese ser vendida a los tratantes¹⁰¹⁴. Por otra parte, en diversas entrevistas, las víctimas de trata y sus familiares manifestaron que la policía las habría disuadido de denunciar sus casos¹⁰¹⁵. Además de haber sido ignoradas cuando revelaron los nombres de sus proxenetas, algunas personas tratadas relataron haber sufrido abusos físicos y humillaciones en comisaría¹⁰¹⁶. En Grecia¹⁰¹⁷ y Chipre¹⁰¹⁸ se han denunciado violaciones cometidas por policías a víctimas de trata para la explotación sexual mientras estaban siendo custodiadas. Además, se ha denunciado que la policía del lugar donde tenía lugar la explotación retenía los pasaportes de las víctimas en la comisaría, impidiendo que estas pudiesen escapar¹⁰¹⁹.

En todos estos casos sería necesario probar que estas conductas se realizan para ayudar a los tratantes y no son simplemente fruto de una falta de profesionalidad. También es importante destacar que estas conexiones con la policía son un importante instrumento para aumentar la sensación de miedo en las víctimas. En un caso ocurrido en Croacia, los tratantes dieron a una víctima de trata para la explotación sexual un paquete para que fuese entregado en un lugar y una hora determinada. Nada más salir del prostíbulo, la mujer fue detenida, pues el paquete que llevaba contenía cocaína. Tras pasar por comisaría, los policías la devolvieron al prostíbulo, donde los tratantes la amenazaron con que las autoridades volverían a detenerla por el delito de tráfico de drogas si desobedecía sus órdenes¹⁰²⁰.

Para terminar este apartado relativo a la corrupción policial, es importante hacer referencia a la obtención de un beneficio personal por parte de los agentes, elemento que está presente prácticamente en todo tipo de colaboración en la trata de seres humanos, independientemente del grado de participación. En este sentido, investigaciones previas apuntan a que las necesidades económicas de los funcionarios, sobre todo si se derivan de deudas de juego o del abuso de las drogas, pueden ser determinantes a la hora de que acepten un soborno a cambio de colaborar con la trata¹⁰²¹.

Este beneficio ha de entenderse en sentido amplio, en consonancia con la interpretación de este término realizada en el capítulo III, relativo al concepto de

¹⁰¹⁴ LYDAY, C., "The Shadow Market", cit., p. 7.

¹⁰¹⁵ Se ha encontrado información de un caso en Hungría en 2011, vid. TIP 2012, p. 182; y en Bulgaria, BEZLOV, T./ YORDANOVA, M./ STOYNOVA, N., *Corruption and Trafficking in Women.*, cit., p. 18.

¹⁰¹⁶ SURTEES, R., "Traffickers and Trafficking", cit., p. 50; TIP 2012, p. 182.

¹⁰¹⁷ TIP 2010, p. 159; TIP 2011, p. 174.

¹⁰¹⁸ TIP 2010, p. 128.

¹⁰¹⁹ VANDENBERG, M., "Complicity, Corruption, and Human Rights: Trafficking in Human Beings", *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 34, núm. 3, 2002, p. 326.

¹⁰²⁰ BEZLOV, T./ YORDANOVA, M./ STOYNOVA, N., *Corruption and Trafficking in Women.*, cit., p. 29.

¹⁰²¹ HOLMES, L., "Human Trafficking & Corruption", cit. p. 102; RUSEV, A., *Human Trafficking*, cit., p. 12; MCCARTHY, L.A., "Beyond Corruption", cit., p. 9.

corrupción. Así, se incluyen las ganancias obtenidas de la trata o la explotación, pero también la recepción de dádivas, que pueden consistir en pagos en dinero o en especie. De acuerdo con las entrevistas realizadas por BEZLOV et al. en Bulgaria, los regalos pueden variar desde teléfonos móviles, ropa de marca, coches o incluso apartamentos, cuando la transacción se realiza con grandes grupos dedicados al crimen organizado¹⁰²². Si la necesidad de acudir a la corrupción es elevada, se establece una “tasa” cuya cuantía depende de factores como la duración de la protección o el número de víctimas¹⁰²³. De todos modos, es habitual que el coste de los sobornos se añada a la “deuda” indeterminada que las víctimas han de sufragar¹⁰²⁴. En el caso de la explotación sexual, la protección de los bares y clubes se suele producir también a cambio de servicios sexuales y bebidas gratis¹⁰²⁵. La recepción de dádivas a cambio de protección a la trata y a la explotación sexual se menciona expresamente en países como Bosnia, Moldavia, Bulgaria, Grecia, España y Macedonia¹⁰²⁶.

Es frecuente que la entrega de dádivas termine sustituyéndose por el recurso al chantaje. Un condenado por trata en Croacia explicó cómo en un primer momento se pagaba a la policía para asegurar el éxito de las operaciones, pero que posteriormente decidieron grabar a los agentes mientras cooperaban con los tratantes para poder chantajearlos. De este modo, los policías estarían dispuestos a colaborar con las redes de trata a cambio de una muy pequeña contribución financiera o incluso gratis¹⁰²⁷. También es frecuente que los tratantes filmen a los agentes apostando o manteniendo relaciones sexuales con prostitutas, para posteriormente amenazarlos con sacar las grabaciones a la luz si no colaboran¹⁰²⁸.

Como apuntan los testimonios de las víctimas, en ocasiones la colaboración se produce porque existe una relación personal con los tratantes o con dueños de los lugares donde tiene lugar la explotación. Cuando la ayuda tiene su origen en la realización de favores mutuos, la corrupción deviene tan sutil que

¹⁰²² BEZLOV, T./ YORDANOVA, M./ STOYNOVA, N., *Corruption and Trafficking in Women.*, cit., p. 17.

¹⁰²³ Ibid.

¹⁰²⁴ UNODC, *The Role of Corruption*, cit., p. 10.

¹⁰²⁵ Vid. IBA, *Human Trafficking and Public Corruption*, cit., p. 33; CONSEJO DE EUROPA, *Trafficking in Human Beings and Corruption*, cit., p. 10; ANTI-SLAVERY INTERNATIONAL, et al., *The Role of Corruption*, cit., p. 10; MCCARTHY, L.A., “Beyond Corruption”, cit., p. 33; RUSEV, A., *Human Trafficking*, cit., p. 15.

¹⁰²⁶ Casos de pago de sobornos a cambio de información sobre futuras inspecciones en Bosnia (TIP 2014, p. 104), a cambio de cerrar el caso en Moldavia (TIP 2014, p. 276; TIP 2015, p. 248; TIP 2016, p. 271; TIP 2017, pp. 283-284). Casos de sobornos vinculados con ofrecer protección a proxenetas en Bulgaria (TIP 2015, p. 102; TIP 2016, p. 109; TIP 2017; p. 102; TIP 2018, p. 113), también en Grecia (TIP 2013, p.181; TIP 2015, p. 170), en España (TIP 2010, p. 300; TIP 2011, p. 331). Casos de complicidad en trata por la aceptación de sobornos en Macedonia (TIP 2014, p. 254; TIP 2015, p. 229; TIP 2016, p. 250; TIP 2017, p. 259).

¹⁰²⁷ PODUMLJAK, M., *Influence of Corruption*, cit., p. 7.

¹⁰²⁸ Aporta información sobre un caso ocurrido en Alemania y otros en Reino Unido, Países Bajos y Bélgica: GOUNEV, P./ BEZLOV, T., *Examining the Links*, cit., p. 135. Vid. también: STOYNOVA, N./ RUSEV, A./ YORDANOVA, M., *Corruption and Trafficking*, cit., pp. 29 y ss; HOLMES, L., “Human Trafficking & Corruption”, cit. p. 105.

es difícilmente detectable¹⁰²⁹. Es también posible que la presencia de policías en los locales donde se produce la explotación se deba a una segunda actividad profesional del agente, como guardia de seguridad, camarero o incluso gerente del local¹⁰³⁰. La aceptación de un segundo trabajo no tiene por qué ser necesariamente corrupta, pero plantea un conflicto de intereses que fácilmente puede desembocar en una obstrucción a la justicia. Esta circunstancia no solo puede hacer que ellos mismos se abstengan de investigar un posible delito de trata, sino que también puede provocar que otros agentes decidan mirar a otro lado antes que denunciar a sus compañeros.

4.2. Corrupción de autoridades fronterizas

Con el término “autoridades fronterizas” se hace referencia aquí a todos los funcionarios encargados de controles migratorios y de fronteras, concesión de visados y permisos de residencia y trabajo. Parte de estas tareas son realizadas por policías, por lo que, en cierta medida, esta categoría podría haberse incluido en el apartado anterior. No obstante, presenta una serie de particularidades que justifican su estudio por separado. La más obvia es que este tipo de corrupción únicamente puede ocurrir en ciertos casos de trata transnacional, mientras que la anterior puede tener lugar en la trata interna.

La incidencia de la corrupción de autoridades fronterizas es mucho menor que la policial. A nivel mundial, los casos reportados representan solo un 26% del total de los 72 casos analizados por la IBA¹⁰³¹. En Europa, en la revisión de casos denunciados en el TIP entre 2009 y 2018, solo se menciona expresamente a los agentes encargados del control de fronteras y migraciones en 5 (16,1%) de los 31 países europeos en los que se ha reportado algún caso de corrupción relacionada con la trata. Concretamente, se mencionan dos casos de investigaciones a policía fronteriza por corrupción relacionada con la trata de seres humanos en Bulgaria entre 2009 y 2013¹⁰³²; 60 condenas a policías de frontera en Macedonia por solicitar sobornos en 2009, aunque no se especifica que sea en relación con la trata¹⁰³³; 4 policías de fronteras investigados por su participación en la trata en Kosovo en 2010¹⁰³⁴; y un caso ocurrido en marzo de 2011 en Chipre en el que se condenó al jefe de la unidad de extranjería e inmigración, encargada de la inspección de locales donde se ejerce la prostitución, por su participación delictos

¹⁰²⁹ WEBB, S./ BURROWS, J., *Organised Immigration Crime*, cit., p. 19.

¹⁰³⁰ CONSEJO DE EUROPA, *Trafficking in Human Beings and Corruption*, cit., p. 10; IBA, *Human Trafficking and Public Corruption*, cit., p. 34.

¹⁰³¹ IBA, *Human Trafficking and Public Corruption*, cit., p. 16.

¹⁰³² TIP 2009, p. 89; TIP 2013, pp. 108-109.

¹⁰³³ TIP 2010, p. 218.

¹⁰³⁴ TIP 2011, p. 219.

de trata¹⁰³⁵. Se alerta también de la posible participación de agentes en la falsificación de documentos de identidad de víctimas de trata menores de edad en Portugal¹⁰³⁶.

Estos resultados coinciden con los obtenidos por un estudio publicado por el *Center for the Study of Democracy* (CSD) en 2012 en el que se preguntó a guardias de fronteras y agentes de servicios internos si durante el período 2007 a 2010 habían detectado casos de compañeros involucrados en diversos delitos cometidos en los controles fronterizos¹⁰³⁷. En relación con la trata de seres humanos, solo los funcionarios de 2 Estados, Bélgica y Lituania, de los 23 países europeos analizados, reportaron la existencia ocasional de casos de participación de guardias de fronteras en la trata de seres humanos¹⁰³⁸. Asimismo, es importante tener en cuenta la participación de estos agentes en actividades delictivas relacionadas con la trata. Por ejemplo, la complicidad de los funcionarios encargados del control de fronteras en el tráfico de migrantes es considerada habitual u ocasional en solo 3 Estados¹⁰³⁹, y en la facilitación del trabajo o estancia irregular de migrantes en 5 países¹⁰⁴⁰. En lo que respecta a las conexiones con el crimen organizado, los entrevistados consideraron que son habituales en España y ocasionales en los Países Bajos y Eslovaquia¹⁰⁴¹. El número de casos reportados es también bajo dentro de un mismo Estado. Por ejemplo, según los resultados obtenidos en Italia por SBERNA, solo se identificó un caso de corrupción de autoridades encargadas del control de fronteras¹⁰⁴².

En cualquier caso, no es posible determinar si estas cifras se deben a una falta real de casos o a las dificultades para detectar y probar el vínculo entre los tratantes y los agentes¹⁰⁴³. De hecho, funcionarios de 8 de los 23 países encuestados manifestaron que eran conscientes de la existencia de compañeros involucrados en delitos de trata, pero que no se habían podido identificar¹⁰⁴⁴.

¹⁰³⁵ En febrero de 2012 fue absuelto de responsabilidad penal, tras haberse retractado de su testimonio una de las víctimas. Se abrió entonces un procedimiento disciplinario interno contra él por el que finalmente fue despedido (TIP 2011, p. 140; TIP 2012, p. 136; TIP 2013, p. 147).

¹⁰³⁶ TIP 2010, p. 275.

¹⁰³⁷ En concreto, se les preguntó por la participación de agentes fronterizos en el tráfico de migrantes, la facilitación del trabajo o estancia irregular de migrantes, la trata de seres humanos, el tráfico de drogas, el contrabando de cigarrillos, coches robados, armas, bienes de consumo (gasoil, alcohol...), etc. También se analizaron las conexiones de estos funcionarios con grupos dedicados al crimen organizado. GOUNEV, P./ DZHEKOVA, R./ BEZLOV, T., *Anti-Corruption Measures in EU Border Control*, CSD, 2012, p. 138.

¹⁰³⁸ GOUNEV, P./ DZHEKOVA, R./ BEZLOV, T., *Anti-Corruption Measures in EU Border Control*, cit., p. 138.

¹⁰³⁹ Grecia, Lituania y Polonia.

¹⁰⁴⁰ Francia, Hungría, Países Bajos, Polonia y Reino Unido.

¹⁰⁴¹ GOUNEV, P./ DZHEKOVA, R./ BEZLOV, T., *Anti-Corruption*, cit., p. 138.

¹⁰⁴² STOYNOVA, N./ RUSEV, A./ YORDANOVA, M., *Corruption and Trafficking*, cit., p. 22; SBERNA, S., *Corruption and Trafficking in Women*, cit., pp. 18.

¹⁰⁴³ RUSEV, A., *Human Trafficking*, cit., p. 22; STOYNOVA, N./ RUSEV, A./ YORDANOVA, M., *Corruption and Trafficking*, cit., p. 22.

¹⁰⁴⁴ Estos 8 países son: Finlandia, Grecia, Luxemburgo, Países Bajos, Rumanía, Eslovaquia, Eslovenia y España. Vid. GOUNEV, P./ DZHEKOVA, R./ BEZLOV, T., *Anti-Corruption*, cit., p. 138.

Esta idea conecta con los resultados relativos a la percepción de este sector como altamente vulnerable a la corrupción. De acuerdo con las entrevistas realizadas por UNODC en 2009, un 65% de los funcionarios encuestados manifestaron que este era el sector más vulnerable, por encima de la policía, que representaba un 50%. Los entrevistados explicaron que los riesgos son aquí mayores porque hay un amplio margen de discrecionalidad y mucha comunicación directa y a solas con los migrantes, sin que esté necesariamente supervisada¹⁰⁴⁵.

A la hora de interpretar esta disparidad entre las bajas cifras de casos reales y la alta percepción de riesgo de corrupción relacionada con la trata en los controles fronterizos por parte de los funcionarios encuestados, es importante tener presente la evolución histórica de las políticas migratorias en Europa, en particular la creación y desarrollo del Espacio Schengen¹⁰⁴⁶. En la década de 1990 y principios de los 2000, los países de Europa occidental tenían normas estrictas para la concesión de visados a ciudadanos de países del este, principales lugares de origen de las víctimas de trata dentro del continente, por lo que la necesidad de contar con la colaboración de funcionarios corruptos para la obtención de documentación falsa y el cruce irregular de fronteras era mayor¹⁰⁴⁷. En abril de 2001, por ejemplo, seis guardias fronterizos polacos fueron acusados por un caso de trata de 600 migrantes indocumentados a Alemania¹⁰⁴⁸. Un estudio publicado en 2008 explica cómo las grandes redes dedicadas al crimen organizado solían ser las encargadas de fijar precios y financiar los costes del transporte, evitando verse involucradas directamente en el transporte de las víctimas. Estas grandes redes contrataban a pequeños grupos que operaban a nivel local, en zonas fronterizas estratégicas, para llevar a cabo cuestiones operativas: producción de documentos falsos, pagos a funcionarios de fronteras, etc¹⁰⁴⁹. Esta circunstancia puede haber influido la percepción del sector como altamente vulnerable a la corrupción.

Sin embargo, como consecuencia de la progresiva simplificación del sistema para obtener visados y la eliminación de los controles en las fronteras internas en el marco del Espacio Schengen, la necesidad de corromper a policías de fronteras y servicios de pasaportes se tornó obsoleta¹⁰⁵⁰. El transporte de las víctimas desde los principales países de origen dentro de Europa puede hacerse a partir de este momento con documentos legales o sin pasar ningún tipo de

¹⁰⁴⁵ ANTI-SLAVERY INTERNATIONAL, et al., *The Role of Corruption*, cit., p. 10.

¹⁰⁴⁶ Sobre el espacio Schengen, vid., por ejemplo: OLESTI RAYO, A., "El Espacio Schengen y la Reinstauración de los controles en las fronteras interiores de los Estados Miembros de la Unión Europea", *REAF*, núm. 15, abril 2012, pp. 44-84.

¹⁰⁴⁷ BEZLOV, T./ YORDANOVA, M./ STOYNOVA, N., *Corruption and Trafficking*, cit., pp. 7-8. Más casos en HOLMES, L., "Human Trafficking & Corruption", cit. p. 97.

¹⁰⁴⁸ HOLMES, L., "Human Trafficking & Corruption", cit. p. 89.

¹⁰⁴⁹ SURTEES, R., "Traffickers and Trafficking", cit., p. 48.

¹⁰⁵⁰ RUSEV, A., *Human Trafficking*, cit., p. 9; BEZLOV, T./ YORDANOVA, M./ STOYNOVA, N., *Corruption and Trafficking in Women.*, cit., pp. 8-9.

control¹⁰⁵¹. Como muestra de esta tendencia, un estudio realizado por el Heuni en Estonia, Finlandia y Reino Unido sostiene que no existe corrupción sistémica en el movimiento irregular de migrantes en las fronteras de estos países, que se realiza fundamentalmente de modo desorganizado, y no por grupos dedicados al crimen organizado¹⁰⁵². Además, Europol ha confirmado que las víctimas nacionales de algún Estado Miembro, quienes representan un 70% del total de personas tratadas en Europa¹⁰⁵³, viajan con documentación auténtica, mientras que las provenientes de terceros Estados suelen utilizar documentación falsa¹⁰⁵⁴. En la misma línea, un estudio realizado en 2013 estimó que un 30% de las víctimas de trata en Europa no tenían que pasar ningún tipo de control fronterizo porque el movimiento se había producido dentro del Espacio Schengen¹⁰⁵⁵. Así, esta reducción en la necesidad de recurrir a la corrupción para llevar a cabo el transporte de un porcentaje significativo de personas tratadas en Europa podría explicar las cifras tan bajas en casos detectados.

No obstante, no hay que perder de vista que la eliminación de fronteras internas en Europa ha desplazado las presiones migratorias hacia las fronteras externas de la UE, donde el pago de sobornos sigue constituyendo un método de disminuir riesgos y asegurar que el transporte de las víctimas procedentes de terceros países pueda llevarse a cabo¹⁰⁵⁶. Además, el endurecimiento de políticas migratorias hace que aumenten los riesgos de que se acuda a la corrupción para poder eludir los controles e introducir en el país de destino a las víctimas de trata¹⁰⁵⁷. En particular, el mayor riesgo de corrupción de autoridades fronterizas se encuentra en las fronteras del este, sudeste y sur de Europa¹⁰⁵⁸. España, Italia, Malta, Grecia, Bulgaria y Chipre son puntos de entrada clave para migrantes procedentes de países no europeos¹⁰⁵⁹. El uso de documentación falsificada y la obtención de visados bajo falsas premisas sigue siendo un importante modus operandi en la trata de personas procedentes de África, Asia y países de Europa

¹⁰⁵¹ RUSEV, A., *Human Trafficking*, cit., pp. 3-4; STOYNOVA, N./ RUSEV, A./ YORDANOVA, M., *Corruption and Trafficking*, cit., p. 20; SBERNA, S., *Corruption and Trafficking in Women*, cit., p. 18. SBERNA añade que, en países como Italia, donde está generalizada la tolerancia tácita a la inmigración ilegal, la fase de transporte no requiere la complicidad de funcionarios corruptos.

¹⁰⁵² SPENCER, J., et al., *Organised Crime*, cit., p. 57.

¹⁰⁵³ Este porcentaje coincide con los datos más recientes proporcionados por el Informe Global de la ONU. En él se señala que el porcentaje de víctimas procedentes de la misma región asciende al 63% en Europa Occidental y Meridional (25% dentro de la misma subregión y 38% entre subregiones). Esta cifra aumenta en Europa Central y Oriental, donde representan un 95% (56% víctimas dentro de la subregión y 39% entre subregiones). UNODC, *Global Report*, 2018, cit., p. 9.

¹⁰⁵⁴ EUROPOL, *Situation Report*, cit., p. 3.

¹⁰⁵⁵ RUSEV, A., *Human Trafficking*, cit., p. 3.

¹⁰⁵⁶ RUSEV, A., *Human Trafficking*, cit., pp. 4-5; HOLMES, L., "Human Trafficking & Corruption", cit. p. 89; STOYNOVA, N./ RUSEV, A./ YORDANOVA, M., *Corruption and Trafficking*, cit., p. 23; ANTI-SLAVERY INTERNATIONAL, et al., *The Role of Corruption*, cit., p. 10.

¹⁰⁵⁷ RUSEV, A., *Human Trafficking*, cit., p. 6.

¹⁰⁵⁸ RUSEV, A., *Human Trafficking*, cit., p. 3.

¹⁰⁵⁹ Según la información sobre llegadas a Europa proporcionada por la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), que es actualizada diariamente. Disponible en: <https://migration.iom.int/europe?type=arrivals>

del Este que no pertenecen a la Unión Europea¹⁰⁶⁰. Así, por ejemplo, existen pruebas de que las confraternidades nigerianas dedicadas a la trata han sobornado a agentes de aeropuertos europeos para poder facilitar la entrada de las víctimas en la zona de libre circulación¹⁰⁶¹. Además, aunque apenas se han encontrado referencias a casos concretos, es de esperar que la denominada crisis migratoria de 2015 haya afectado a este tipo de conductas. Es probable que las restricciones puntuales a la libre circulación en Schengen hayan aumentado de nuevo la necesidad de corrupción. Además, se ha advertido que la corrupción juega un papel fundamental en la captación de demandantes de asilo en centros de recepción de migrantes o en campos de refugiados para su posterior explotación¹⁰⁶².

En aquellos contextos en los que el recurso a la corrupción sigue siendo necesario, el modo de entablar contacto con los agentes varía dependiendo de si la frontera se sitúa en zonas urbanas o rurales. En zonas fronterizas situadas cerca de pequeños pueblos, es probable que el contacto se realice de modo directo a través de familiares o amigos y en lugares como cafés, bares o gimnasios. Por el contrario, en aeropuertos y puertos internacionales cercanos a grandes ciudades se recurre al monitoreo e identificación de sujetos vulnerables a la corrupción, usualmente atravesando dificultades económicas o con adicciones al juego, alcohol, drogas...¹⁰⁶³. Desde este punto de vista parece más fácil que la corrupción se produzca en las fronteras terrestres. Sin embargo, como expone SCHLOENHARDT, hay que tener en cuenta que en los aeropuertos internacionales siempre han de pasarse ciertos controles, mientras que el transporte por mar o tierra puede hacerse de modo clandestino, de noche y sin controles¹⁰⁶⁴.

En este tipo de corrupción es particularmente difícil determinar en qué casos el funcionario está cometiendo un delito de trata de seres humanos o de tráfico ilícito de migrantes, puesto que el proceso movilizador está presente en ambos delitos. Como se analizó en el capítulo II, la distinción dependerá de si el funcionario utiliza alguno de los medios comisivos de la trata y, sobre todo, de si tiene la intención de explotar a las personas migrantes o tiene conocimiento de que otra persona las explotará. Como es obvio, la prueba de este elemento subjetivo en la práctica es altamente compleja. En muchos de los casos a los que se pudo acceder, las fuentes no aclaran esta distinción ni ofrecen información suficiente para hacerlo. Por ello, se ha decidido incluir en este análisis también esos casos dudosos, pues, aunque no todos constituyan una colaboración con un

¹⁰⁶⁰ EUROPOL, *European Migrant Smuggling Centre, 4th Annual Report-2019*, 15 de mayo de 2020, p. 16. RUSEV, A., *Human Trafficking*, cit., p. 5; EUROPOL, *Situation Report*, cit., p. 3.

¹⁰⁶¹ UNODC, *The Role of Corruption*, cit., p. 11.

¹⁰⁶² Se han denunciado estas situaciones en el sur de Italia (SBERNA, S., *Corruption and Trafficking in Women*, cit., p. 18) y en Bélgica (TIP 2016, p. 94).

¹⁰⁶³ RUSEV, A., *Human Trafficking*, cit., pp. 12-13.

¹⁰⁶⁴ SCHLOENHARDT, A., "Organized Crime and the Business of Migrant Trafficking: An Economic Analysis", *Crime, Law & Social Change*, vol. 32, 1999, pp. 223-4.

delito de trata en puridad, sí sirven para conocer mejor los mecanismos utilizados para facilitar la fase de transporte de la trata.

Pues bien, igual que ocurría con la policía, las autoridades migratorias y fronterizas pueden estar involucradas en la trata de modos muy diversos. En primer lugar, la trata puede facilitarse simplemente al no denunciar documentos de viaje falsificados, sospechosos de serlo, o válidos pero pertenecientes a otra persona¹⁰⁶⁵. Las víctimas de trata relatan frecuentemente cómo su entrada en el país de destino es facilitada por policías de fronteras que, tras haber sido sobornados por los tratantes, omiten los controles pertinentes¹⁰⁶⁶. Asimismo, en un estudio realizado en 2005 el Reino Unido con 45 personas condenadas por trata y tráfico de migrantes, los propios tratantes confirmaron la existencia de pagos de entre 400 y 500 euros a funcionarios del servicio de inmigración a cambio de permitir la entrada irregular de víctimas¹⁰⁶⁷. La corrupción, particularmente el soborno a funcionarios de inmigraciones y fronteras, fue mencionada con frecuencia por los entrevistados como un medio para facilitar el transporte de las víctimas, tanto en los países de origen como en los de tránsito y destino, en este caso, el Reino Unido. Uno de los testimonios de un sujeto albanés condenado por trata de seres humanos indica la existencia de pagos de entre 400 y 500 euros a funcionarios del servicio de inmigración de Bélgica a cambio de permitir la entrada irregular de 20 o 30 personas¹⁰⁶⁸. También *Human Rights Watch* encontró pruebas de la existencia de funcionarios del servicio de inmigración y visados de Bosnia que, a cambio de servicios sexuales, habrían ignorado documentos de identidad falsos producidos por los tratantes para facilitar el transporte de las víctimas a través del país¹⁰⁶⁹.

Es posible también que la colaboración consista en no inspeccionar vehículos en los que se transporta a las víctimas. Durante al menos 6 meses, prácticamente todos los funcionarios del servicio de aduanas de Luhana, en la frontera entre Estonia y Rusia, recibieron una cantidad monetaria entre 5 y 50 euros por permitir el paso de camiones en la frontera sin haber pasado ningún tipo de control previo¹⁰⁷⁰.

Otro de los modos en que las autoridades migratorias pueden favorecer la trata es la elaboración de pasaportes y otros documentos de viaje falsos, así como

¹⁰⁶⁵ RUSEV, A., *Human Trafficking*, cit., p. 9; SPENCER, J., et al., *Organised Crime*, cit., p. 18; RICHARDS, K., "The Trafficking of Migrants Workers", cit. p. 157; CONSEJO DE EUROPA, *Trafficking in Human Beings and Corruption*, cit., p. 10.

¹⁰⁶⁶ UNODC, *The Role of Corruption*, cit., pp. 10 y ss.; SPENCER, J., et al., *Organised Crime*, cit., p. 18.

¹⁰⁶⁷ WEBB, S./ BURROWS, J., *Organised Immigration Crime*, cit., p. 19.

¹⁰⁶⁸ En cualquier caso, WEBB y BURROWS, aclaran que su tarea se limita a reproducir el contenido de las entrevistas y que estos datos no pudieron ser verificados con posterioridad. Vid. WEBB, S./ BURROWS, J., *Organised Immigration Crime*, cit., p. 23.

¹⁰⁶⁹ LYDAY, C., "The Shadow Market", cit., p. 7.

¹⁰⁷⁰ SPENCER, J., et al., *Organised Crime*, cit., p. 23.

la concesión de visados bajo falsas premisas, a cambio de dinero¹⁰⁷¹. Se han denunciado casos de guardias de frontera y encargados de servicios de pasaportes acusados de falsificar documentos para víctimas y tratantes extraditados o sujetos a prohibiciones de viajar en Bulgaria¹⁰⁷². La falsificación de la edad en los documentos de identidad, por ejemplo, es utilizada para facilitar la trata de menores¹⁰⁷³. Una ONG portuguesa denunció la existencia de menores ejerciendo la prostitución con documentación falsa indicando que eran mayores de edad¹⁰⁷⁴.

Otra posibilidad es la venta de información operacional como horarios de cambios de turno en determinados puntos de control, de modo que los tratantes puedan elegir cómo y cuándo cruzar la frontera evitando la vigilancia¹⁰⁷⁵. En 2007 un agente de fronteras de Estonia fue condenado por proporcionar información sobre nombres de agentes, turnos de trabajo y segmentos exactos de la frontera donde no habría vigilancia¹⁰⁷⁶. Varias víctimas han mencionado que, durante la fase de transporte, los tratantes les habrían indicado en qué fila concreta del control de pasaportes en el aeropuerto debían colocarse, en donde habría un agente que no haría preguntas sobre los documentos¹⁰⁷⁷. Otra opción de colaboración es la manipulación de bases de datos de control migratorio como API (*Advanced Passenger Information*) o PNR (*Passenger Name Record*) para producir falsas coartadas, eliminando cualquier prueba de que los tratantes han estado fuera del país durante un cierto período de tiempo¹⁰⁷⁸. Finalmente, como ocurría con la policía, también es posible obstruir investigaciones, modificando o eliminando pruebas u ocultando información a los investigadores¹⁰⁷⁹.

4.3. Corrupción en servicios diplomáticos

Se incluyen en esta categoría los supuestos de corrupción relacionada con la trata cometidos por funcionarios de embajadas y oficinas consulares, encargados de representar y proteger los intereses económicos, administrativos y legales de los ciudadanos de un país en el extranjero. Entre sus funciones se encuentra el otorgamiento y la renovación de pasaportes y visados y la tramitación de documentos de identidad de su país, por lo que en cierta medida, se relacionan también con la categoría anterior. No obstante, como veremos, presentan ciertas particularidades derivadas de su estatus como representantes de un Estado en el extranjero que justifican su tratamiento por separado.

¹⁰⁷¹ CONSEJO DE EUROPA, *Trafficking in Human Beings and Corruption*, cit., p. 10.

¹⁰⁷² BEZLOV, T./ YORDANOVA, M./ STOYNOVA, N., *Corruption and Trafficking*, cit., pp. 7-8.

¹⁰⁷³ IBA, *Human Trafficking and Public Corruption*, cit., p. 28.

¹⁰⁷⁴ TIP 2010, p. 275.

¹⁰⁷⁵ RUSEV, A., *Human Trafficking*, cit., p. 10.

¹⁰⁷⁶ SPENCER, J., et al., *Organised Crime*, cit., p. 24.

¹⁰⁷⁷ UNODC, *The Role of Corruption*, cit., pp. 10-11.

¹⁰⁷⁸ RUSEV, A., *Human Trafficking*, cit., p. 10.

¹⁰⁷⁹ RUSEV, A., *Human Trafficking*, cit., p. 10.

En el caso de la corrupción relacionada con la trata en servicios diplomáticos existe una gran disparidad en los porcentajes de casos reportados. A nivel mundial, según la IBA, representan solo un 4% de un total de 72 casos estudiados¹⁰⁸⁰. Sin embargo, en el estudio aquí realizado a partir de los informes del TIP, los servicios diplomáticos y consulares son mencionados en 9 (29%) de los 31 países en los que se ha reportado algún caso de corrupción. La mayoría de estos países se encuentran en Europa occidental: Austria, Francia, Irlanda, Italia y Suiza.

Los casos denunciados muestran que la corrupción en servicios diplomáticos puede adoptar fundamentalmente dos formas. Por una parte, funcionarios de embajadas y consulados en los países de origen y destino han sido relacionados con prácticas ilícitas que pueden favorecer la trata, tales como la emisión de visados falsos en colaboración con los tratantes¹⁰⁸¹. Este tipo de situaciones han sido denunciadas en las embajadas de Bélgica y Francia en Sofía (Bulgaria), donde las mafias habrían sobornado a los funcionarios para que proporcionasen visados falsos a mujeres búlgaras que posteriormente serían explotadas sexualmente¹⁰⁸². También ha habido condenas a personal del consulado polaco en Ucrania por expedir visados a mujeres que posteriormente serían explotadas sexualmente en Alemania y España¹⁰⁸³ y a un funcionario del consulado de Bosnia en París, condenado por expedir documentos de viaje para facilitar el movimiento de víctimas de trata laboral a cambio de dinero¹⁰⁸⁴.

En este sentido, el informe de la Relatora Especial sobre la trata de mujeres, Ngozi Ezeilo, alertó en 2014 de que la corrupción en cargos públicos clave, como los servicios diplomáticos, podría estar obstaculizando los esfuerzos para combatir la trata de personas en Italia¹⁰⁸⁵. En particular, denunció la existencia de personal del consulado de un Estado africano (no especifica cual) que concedía visados a víctimas de trata en colaboración con tratantes. Además, en 2007 las autoridades italianas detuvieron a un funcionario del consulado italiano en Kiev (Ucrania) por facilitar la trata de mujeres para explotación sexual¹⁰⁸⁶.

¹⁰⁸⁰ Este porcentaje se calculó a partir de un análisis de 72 casos en IBA, *Human Trafficking and Public Corruption*, cit., p. 16.

¹⁰⁸¹ HOLMES, L., "Human Trafficking", cit., pp. 96-7; RUSEV, A., *Human Trafficking: Border Security and Related Corruption in the EU*, DCAF, Brussels 2013, p. 14.

¹⁰⁸² TREMBLAY, M./ KARBASSI, C., *Corruption and Human Trafficking*, cit., p. 2. Sobre Francia: HOLMES, L., "Human Trafficking", cit., p. 96; GOUNEV, P./ BEZLOV, T., *Examining the Links*, cit., p. 134. Otro caso de Francia: en diciembre de 2010, se llevó a cabo una investigación interna a un funcionario del consulado de Francia en Surinam por su complicidad en la trata (TIP 2011, p. 164). Sobre Bélgica, vid. GOUNEV, P./ BEZLOV, T., *Examining the Links*, cit., p. 134; TIP 2010, p. 81.

¹⁰⁸³ TIP 2013, p. 304.

¹⁰⁸⁴ TIP, 2016, p. 102; TIP 2017, p. 95.

¹⁰⁸⁵ NGOZI EZEILO, J., *Report of the Special Rapporteur on Trafficking in Persons, especially women and children on her mission to Italy*, A/HRC/26/37/Add.4, 1 de abril de 2014, párr. 46, p. 12.

¹⁰⁸⁶ TIP 2009, p. 168; TIP 2010, p. 187; TIP 2011, p. 203.

Tal y como ocurría con las autoridades fronterizas, la corrupción relacionada con la concesión fraudulenta de visados a cambio de sobornos en embajadas y consulados es muy difícil de distinguir en la práctica de la facilitación de la inmigración irregular. Así, en algunos de los casos denunciados no puede establecerse con certeza en cuál de las anteriores conductas delictivas están colaborando los funcionarios públicos, pues no se especifica si estos tenían conocimiento de la posterior explotación de las víctimas. Varios funcionarios consulares de Chipre fueron denunciados por haber recibido sobornos a cambio de otorgar visados de “artista” a mujeres llegadas de Europa del Este, América latina, el Sudeste Asiático, o África del norte, sin hacer las comprobaciones necesarias sobre si estas iban a ser, en realidad, destinadas a la explotación sexual¹⁰⁸⁷. Del mismo modo, el director en materia consular del Ministerio de Asuntos Exteriores de Moldavia y varios diplomáticos de este país fueron detenidos en 2017 por aceptar sobornos para facilitar la inmigración ilegal de personas que eventualmente podrían ser víctimas de trata¹⁰⁸⁸.

En segundo lugar, son cada vez más frecuentes las acusaciones sobre funcionarios de servicios diplomáticos que participan directamente en la trata, particularmente para la explotación en tareas domésticas¹⁰⁸⁹. De hecho, se ha llegado a afirmar que aproximadamente un tercio de los casos de servidumbre doméstica son cometidos por diplomáticos¹⁰⁹⁰. En algunos casos, los funcionarios utilizan los privilegios e inmunidades de su posición para participar en prácticas corruptas que facilitan la trata de trabajadores domésticos. Entre estas prácticas se encuentra la falsificación de visados, la confiscación de pasaportes, las amenazas con denuncias y, en algunos casos, incluso la violencia física y sexual contra las mujeres atrapadas en hogares diplomáticos¹⁰⁹¹. El aislamiento y la invisibilidad de este tipo de víctimas son muy elevados, ya que a las barreras lingüísticas y culturales y la distancia con la familia y amigos hay que añadir que las tareas realizadas, como limpiar, cocinar o cuidar a menores, tienen lugar a puerta cerrada¹⁰⁹².

La participación de funcionarios diplomáticos y consulares en la trata para la explotación de actividades delictivas ha sido reportada en varias ocasiones en Europa. El gobierno de Austria denunció que varios diplomáticos extranjeros dejaron el país en 2011 y 2012 tras haber sido acusados de someter a sus

¹⁰⁸⁷ GOUNEV, P./ BEZLOV, T., *Examining the Links*, cit., p. 134.

¹⁰⁸⁸ TIP 2017, pp. 283-284; TIP 2018, p. 306.

¹⁰⁸⁹ IBA, *Human Trafficking and Public Corruption*, cit., p. 23.

¹⁰⁹⁰ HOWARD, D., “Twenty-first Century Slavery: Reconciling Diplomatic Immunity and the Rule of Law in the Obama Era”, *Alabama Civil Rights & Civil Liberties Law Review*, vol. 3, 2012, p. 134. Entre 2000 y 2008, se documentaron más de 200 denuncias a diplomáticos que participaban en la trata de personas en Estados Unidos. *Ibid.*, p. 136.

¹⁰⁹¹ IBA, *Human Trafficking and Public Corruption*, cit., p. 23; HOWARD, D., “Twenty-first Century Slavery”, cit., p. 140.

¹⁰⁹² HOWARD, D., “Twenty-first Century Slavery”, cit., p. 136.

trabajadores domésticos a trabajos forzados¹⁰⁹³. Entre 2004 y 2005 varios diplomáticos fueron sancionados por someter a trabajadores a servicios forzados en Bélgica¹⁰⁹⁴. En agosto de 2011 se llevó a cabo una investigación a un diplomático alemán en Chipre por someter a una trabajadora doméstica procedente de Nepal a trabajos forzados¹⁰⁹⁵. En abril de 2013, un funcionario del consulado de Italia en California fue declarado culpable de haber explotado a una trabajadora doméstica brasileña a la que previamente había requisado sus documentos identificativos¹⁰⁹⁶. En ese mismo año, el gobierno de Irlanda reportó dos investigaciones por casos de servidumbre doméstica en residencias de diplomáticos¹⁰⁹⁷. Asimismo, en 2011, una corte federal del cantón de Ginebra, en Suiza, condenó al cónsul general de Arabia Saudí por violar los derechos de dos trabajadoras domésticas procedentes de Indonesia, las cuales debían trabajar 14 horas al día por menos del equivalente a 300 dólares al mes¹⁰⁹⁸.

Todos estos casos conectan con dos cuestiones controvertidas tratadas en el capítulo II: la definición de explotación y el alcance de las acciones típicas de la trata. En primer lugar, existen dificultades a la hora de determinar si la realización de tareas domésticas en estos casos constituye servidumbre o trabajos o servicios forzados. En segundo lugar, para que estas conductas sean consideradas trata, habría que partir de una interpretación amplia del concepto “acoger”, que incluya a quien explota sin haber formado parte de la captación ni del transporte¹⁰⁹⁹.

Por otra parte, el enjuiciamiento de estas conductas presenta una dificultad adicional derivada de la inmunidad diplomática reconocida en el Convenio sobre Relaciones Diplomáticas, firmado en Viena el día 18 de abril de 1961 (Artículo 31) y el Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares, firmado en Viena el día 19 de marzo de 1967 (Artículo 43). Son varios los argumentos que suelen utilizarse para afirmar que la trata de trabajadores domésticos excede el ámbito de este privilegio y que, por tanto, estas conductas sí pueden ser juzgadas¹¹⁰⁰. La mayoría de la jurisprudencia en la que se ha abordado esta

¹⁰⁹³ TIP 2012, p. 76; TIP 2013, p. 81.

¹⁰⁹⁴ HOLMES, L., “Human Trafficking”, cit., pp. 93-94.

¹⁰⁹⁵ TIP 2012, p. 136.

¹⁰⁹⁶ TIP 2014, p. 218.

¹⁰⁹⁷ TIP 2013, p. 205; TIP 2014, p. 213.

¹⁰⁹⁸ TIP 2012, p. 331.

¹⁰⁹⁹ Sobre cómo este tipo de conductas llevadas a cabo por los diplomáticos encajan en la definición internacional de trata, vid. KAPPUS, J.H., “Does Immunity Mean Impunity? The Legal and Political Battle of Household Workers against Trafficking and the Exploitation by their Foreign Diplomat Employers”, *Case Western Reserve Law Review*, vol. 61, 2010, p. 272.

¹¹⁰⁰ KAPPUS, J.H., “Does Immunity Mean Impunity?”, cit., pp. 271-306; HOWARD, D., “Twenty-first Century Slavery”, cit., pp. 148-164. Sobre la solución jurídica a los casos de trata y explotación laboral cometidos por personal diplomático en Estados Unidos vid. VANDENBERG, M.E./ BESSELL, S., “Diplomatic Immunity and the Abuse of Domestic Workers: Criminal and Civil Remedies in the United States”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 26, 2016, pp. 595-633.

cuestión procede de Estados Unidos, donde solo entre 2000 y 2012 hubo 42 acusaciones documentadas a diplomáticos por trata¹¹⁰¹.

El primero de estos argumentos sostiene que el empleo de trabajadores domésticos estaría incluido en la excepción por actividades comerciales. De acuerdo con el Artículo 31 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, los agentes diplomáticos gozarán de inmunidad de jurisdicción penal, civil y administrativa, excepto si se trata “de una de una acción referente a cualquier actividad profesional o comercial ejercida por el agente diplomático en el Estado receptor, fuera de sus funciones oficiales”. La Convención de Viena no contiene ninguna definición de “actividades comerciales”, de modo que son los tribunales y los gobiernos quienes deben atender a la negociación histórica de la Convención para determinar su significado¹¹⁰². En Estados Unidos se utilizó este argumento en el caso *Tabion v. Mufti*¹¹⁰³, entre otros¹¹⁰⁴. El tribunal entendió que los servicios domésticos no constituyen actividades comerciales ni deberían estar excluidos de las funciones oficiales diplomáticas, puesto que son incidentales a la vida diaria. Por ello, concluyó que los diplomáticos son inmunes a las disputas que surjan entre ellos¹¹⁰⁵. Una segunda posibilidad consiste en acudir a la prohibición *ius cogens* de la esclavitud. Los denunciantes han afirmado que aquellos agentes diplomáticos que cometan trata para la explotación en tareas domésticas estarían vulnerando la prohibición de la esclavitud, que es una norma de *ius cogens*, y por lo tanto, sus actuaciones no podrían estar protegidas por la inmunidad diplomática¹¹⁰⁶. Ante esto, el gobierno de EEUU y los tribunales simplemente han afirmado que no existe ninguna excepción *ius cogens* a la inmunidad diplomática¹¹⁰⁷.

Ante el poco éxito que los anteriores argumentos han tenido ante los tribunales estadounidenses, la siguiente solución propuesta consiste en acudir a la inmunidad residual. De acuerdo con el artículo 39 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, los privilegios e inmunidades “cesarán normalmente en el momento en que esa persona salga del país o en el que expire el plazo razonable que le haya sido concedido para permitirle salir de él”, pero “no cesará la inmunidad respecto de los actos realizados por tal persona en el ejercicio de sus funciones como miembro de la misión”. Por tanto, para poder juzgar a un diplomático una vez que este ha dejado su cargo, habría que determinar que los actos constitutivos de trata no son actos privados, es decir,

¹¹⁰¹ HOWARD, D., “Twenty-first Century Slavery”, cit., p. 135.

¹¹⁰² KAPPUS, J.H., “Does Immunity Mean Impunity?”, cit., p. 275.

¹¹⁰³ *Tabion vs. Mufti, United States Court of Appeals, Fourth Circuit*, 7 de enero de 1996.

¹¹⁰⁴ Otro ejemplo sería el caso *Sabbithi vs. Al Saleh*, también de Estados Unidos, analizado en HOWARD, D., “Twenty-first Century Slavery”, cit., pp. 15 y ss.

¹¹⁰⁵ KAPPUS, J.H., “Does Immunity Mean Impunity?”, cit., p. 275.

¹¹⁰⁶ KAPPUS, J.H., “Does Immunity Mean Impunity?”, cit., pp. 274 y 280.

¹¹⁰⁷ KAPPUS, J.H., “Does Immunity Mean Impunity?”, cit., p. 281; HOWARD, D., “Twenty-first Century Slavery”, cit., p. 16.

ejercidos fuera de las funciones como miembro de la misión¹¹⁰⁸. En este sentido, algunos tribunales han sostenido que las contrataciones de servicio doméstico en una misión diplomática están cubiertas por la inmunidad residual porque uno de los deberes de los oficiales diplomáticos es contratar al personal necesario sin el cual la misión no puede funcionar de un modo eficiente¹¹⁰⁹. Sin embargo, para otros, la contratación de personal para la realización de tareas domésticas, como cocinar, limpiar o cuidar a menores, no es un acto realizado en representación del Estado para llevar a cabo una misión diplomática, sino un acto de naturaleza privada excluido del ámbito de la inmunidad residual¹¹¹⁰. Así, aunque han empezado a conseguirse algunas condenas a diplomáticos aplicando la teoría de la inmunidad residual, todavía no es una vía que ofrezca seguridad.

Debido a estas dificultades para sortear la inmunidad diplomática, se ha propuesto que la ONU adopte una excepción a la inmunidad diplomática similar a la de las actividades comerciales para los casos de trata de seres humanos¹¹¹¹. No obstante, teniendo en cuenta la dificultad para conseguir la voluntad política suficiente para llevar a cabo esta reforma, se ha propuesto también usar herramientas que ya existen en el Convenio de Viena, como la posibilidad de que el Estado receptor declare persona non grata al diplomático que cometa algún tipo de abuso¹¹¹². El gobierno de Austria, por ejemplo, ante las dificultades para perseguir penalmente a los diplomáticos debido a la inmunidad, comenzó a exigir a los diplomáticos sospechosos de haber cometido trata que renovasen sus tarjetas identificativas cada tres meses, lo que provocó que varios de ellos terminasen abandonando el país¹¹¹³.

4.4. Corrupción política

Bajo el concepto de corrupción política se incluirán los casos de corrupción relacionada con la trata cometidos por personas que han accedido al ejercicio de funciones públicas por vía de elecciones o de designación personal de la mano de un partido político¹¹¹⁴. Es importante destacar que, aunque en los casos recogidos en las fuentes aquí estudiadas no se especifica que el funcionario público haya abusado o se haya prevalido de su cargo para cometer el delito, no podrá hablarse propiamente de corrupción política si este no se produce, pues, como vimos en el capítulo III, constituye una característica esencial de la corrupción. Si no se dan estas circunstancias, estaríamos simplemente ante

¹¹⁰⁸ KAPPUS, J.H., "Does Immunity Mean Impunity?", cit., p. 281.

¹¹⁰⁹ KAPPUS, J.H., "Does Immunity Mean Impunity?", cit., p. 286.

¹¹¹⁰ KAPPUS, J.H., "Does Immunity Mean Impunity?", cit., pp. 286- 287.

¹¹¹¹ KAPPUS, J.H., "Does Immunity Mean Impunity?", cit., p. 295.

¹¹¹² Artículo 9 de la Convención de Viena.

¹¹¹³ TIP 2013, p. 81.

¹¹¹⁴ DE LA MATA BARRANCO, N.J., "La lucha", cit., p. 9.

delincuencia común cometida por políticos y no ante verdaderos casos de corrupción política.

En general, el acceso de los tratantes a los políticos es muy limitado en Europa. Las escasas conductas corruptas denunciadas suelen tener poca entidad y afectan generalmente a políticos locales¹¹¹⁵. Únicamente en 7 (22,58%) de los 31 países analizados, según los datos del TIP, se cita algún caso de estas características. En prácticamente todos ellos los sujetos involucrados en la trata son miembros de corporaciones locales: concejales o alcaldes. En la misma línea, el estudio realizado en Italia muestra que solo 2 (4%) de los 54 casos de corrupción relacionada con la trata entre 2000 y 2015 tenían que ver con políticos¹¹¹⁶.

Se tiene constancia de denuncias por participación de concejales en casos de trata de seres humanos y explotación sexual en los siguientes países: Bulgaria, Suiza, Moldavia, Eslovaquia, Grecia, Eslovaquia y España. En Bulgaria, tres concejales del municipio de Varna fueron condenados por liderar una organización criminal dedicada a la trata de seres humanos y al blanqueo de capitales. Estos, junto con un agente de policía, se encargaban de asegurarse el control del negocio de la prostitución en la zona¹¹¹⁷. En 2013 un concejal de la ciudad suiza de Schaffhausen fue condenado a 2 años de prisión por prostitución forzada, pero tuvo que ser absuelto de los cargos de trata¹¹¹⁸. En Moldavia se han reportado dos casos: el de un teniente de alcalde de un pueblo que fue detenido por liderar una red que había tratado a 20 mujeres para su explotación sexual en Polonia en 2011¹¹¹⁹; y el de un alcalde acusado de trata para la explotación laboral en 2017¹¹²⁰. En 2010 las autoridades eslovacas acusaron al alcalde de un pueblo del este del país de tratar con fines de explotación sexual a jóvenes romaníes de su localidad¹¹²¹. En Grecia un ex alcalde fue condenado por complicidad en trata en 2005¹¹²². Finalmente, en 2012 la policía española desmanteló una organización criminal dedicada a la explotación sexual de mujeres en seis prostíbulos de Andalucía. En el marco de esta operación se detuvo a un exconcejal del Ayuntamiento y al Presidente de la Cámara de Comercio de Ayamonte por su posible colaboración con esta red. Finalmente, la causa fue archivada¹¹²³. El único caso denunciado fuera del ámbito local es el del ex Primer

¹¹¹⁵ RUSEV, A., *Human Trafficking*, cit., p. 15; PODUMLJAK, M., *Influence of Corruption*, cit., p. 7; STOYNOVA, N./ RUSEV, A./ YORDANOVA, M., *Corruption and Trafficking*, cit., p. 25.

¹¹¹⁶ SBERNA, S., *Corruption and Trafficking in Women*, cit., pp. 21.

¹¹¹⁷ BEZLOV, T./ YORDANOVA, M./ STOYNOVA, N., *Corruption and Trafficking*, cit., p. 16; TIP 2009, p. 89; TIP 2010, p. 94; TIP 2013, pp. 108-109; TIP 2015, p. 102; TIP 2014, p. 112; TIP 2016, p. 109.

¹¹¹⁸ TIP 2014, p. 366; TIP 2015, p. 324.

¹¹¹⁹ TIP 2012, p. 354.

¹¹²⁰ TIP 2017, pp. 283-284; TIP 2018, p. 306.

¹¹²¹ TIP 2011, p. 324.

¹¹²² TIP 2009, p. 144.

¹¹²³ TIP 2013, pp. 339-340.
https://elpais.com/ccaa/2013/02/27/andalucia/1361996161_391650.html

Ministro italiano Berlusconi, quien en 2011 fue acusado de explotar sexualmente a una menor de Marruecos, que, según los medios, había sido víctima de trata¹¹²⁴.

De cualquier modo, los casos de políticos vinculados con la trata de seres humanos en Europa son muy anecdóticos, de carácter indirecto y, sobre todo, extremadamente difíciles de probar. Constituyen en su mayoría supuestos de delincuencia conexa, como el blanqueo de capitales y la financiación ilegal de partidos políticos, que queda fuera del concepto de corrupción aquí manejado. En lo que respecta a la trata sexual, los nexos entre ambos pueden surgir por las inversiones realizadas por políticos y altos cargos en la industria del sexo o por las conexiones políticas y de poder de los dueños o gestores de los clubes¹¹²⁵. En este sentido, en 2011 los medios de Letonia informaron sobre un caso en el que varios miembros de una red dedicada a la explotación sexual habrían realizado importantes donaciones a dos partidos políticos de gran influencia en el país¹¹²⁶. Es relativamente frecuente que en países de Europa del Este los líderes de redes dedicadas a la trata sexual se conviertan en importantes agentes económicos locales, con mucha influencia en las élites políticas, pudiendo incluso llegar a ocupar cargos de representación¹¹²⁷. Por ejemplo, un diputado parlamentario de Albania en 2015 acumulaba varias condenas por delitos de trata de seres humanos¹¹²⁸. Estas conexiones pueden actuar como un fuerte desincentivo para las autoridades encargadas de la investigación y persecución del delito, particularmente cuando son designados por algún cargo político, adopten los pasos necesarios para investigar casos de trata¹¹²⁹.

Es ilustrativo de este tipo de conexiones indirectas el caso Vanko-1 en Bulgaria, considerado el supuesto más paradigmático de corrupción política relacionada con la trata en Europa. Vanko-1, un conocido cantante búlgaro, fue condenado por captar a mujeres de sus clubs de fans para ser posteriormente explotadas sexualmente en Francia, Italia y España. Tras haber sido condenado a 12 años de cárcel por estos hechos, la causa fue devuelta al juzgado de primera instancia por parte del Tribunal Superior de Casación. Mientras se resolvía la apelación, el parlamento búlgaro modificó la legislación relativa a la trata y a la prostitución, de modo que, la pena de prisión impuesta a Vanko-1 se redujo a un año. Dos parlamentarios, que tenían una relación muy cercana con el cantante, fueron acusados por los medios de haber sido influenciados por este para

<https://andaluciainformacion.es/andalucia/452973/archivan-la-causa-del-prostibulo-de-ayamonte-y-el-alcalde-pide-al-pp-que-basta-ya/>

¹¹²⁴ TIP 2011, p. 203; TIP 2012, p. 197; TIP 2013, p. 210; TIP 2014, p. 218.

¹¹²⁵ UDDIN, M.B., "Human Trafficking", cit., pp. 24-25.

¹¹²⁶ TIP 2012, p. 218.

¹¹²⁷ RUSEV, A., *Human Trafficking*, cit., p. 15.

¹¹²⁸ TIP 2015, p. 65.

¹¹²⁹ PODUMLJAK, M., *Influence of Corruption*, cit., p. 6; UDDIN, M.B., "Human Trafficking", cit., pp. 24-25.

modificar las leyes penales y que Vanko-1 recibiese una pena menor¹¹³⁰. En relación con la modificación de leyes para beneficiar el negocio de la trata, un estudio realizado en 2005 en Croacia y 4 países vecinos afirma que existen indicios de que, “a cambio de una inversión financiera razonable”, los grupos dedicados al crimen organizado pueden influenciar a políticos¹¹³¹. Señalan que la simple introducción de artículos confusos o contradictorios puede ser suficiente para hacer que sea imposible condenar a un tratante.

La casuística muestra, por tanto, que los vínculos y la posible colaboración entre cargos políticos en el delito de trata de seres humanos parten de conexiones personales y relaciones de favores mutuos o del pago de cantidades de dinero. No obstante, tienen también relevancia como dádiva los servicios sexuales, que eventualmente, como vimos, pueden grabarse para generar materiales humillantes o desacreditantes que sirvan como chantaje¹¹³². En efecto, los servicios sexuales, en ocasiones provenientes de víctimas de trata, se usan como dádiva en las transacciones corruptas de modo tan sistemático que se ha planteado si, en lugar de referirse a la corrupción como elemento facilitador de la trata, sería más conveniente hablar de trata sexual como facilitador de la corrupción¹¹³³.

4.5. Corrupción judicial

En esta categoría se incluyen casos de corrupción relacionada con la trata cometidos por jueces y magistrados, pero también por otros funcionarios públicos que intervienen en la administración de justicia como fiscales, secretarios judiciales, gestores, tramitadores, peritos, médicos forenses, intérpretes judiciales, etc., exceptuando a la policía judicial, que ya se incluyó en la primera categoría.

La judicatura es el sector menos afectado por la corrupción relacionada con la trata en Europa. En el estudio de 72 casos a nivel mundial realizado por IBA, los funcionarios de los servicios de justicia solo representan un 8% del total¹¹³⁴. Asimismo, únicamente en 7 (22,58%) de los 31 países analizados a partir de los datos del TIP se menciona algún caso de jueces o fiscales vinculados con la trata de seres humanos. De acuerdo con los datos disponibles, la corrupción judicial relacionada con la trata se presenta como un “fenómeno

¹¹³⁰ GOUNEV, P./ BEZLOV, T., *Examining the Links*, cit., p. 134; BEZLOV, T./ YORDANOVA, M./ STOYNOVA, N., *Corruption and Trafficking*, cit., p. 21; RUSEV, A., *Human Trafficking*, cit., pp. 18 y ss.

¹¹³¹ PODUMLJAK, M., *Influence of Corruption*, cit., pp. 5-6.

¹¹³² GOUNEV, P./ BEZLOV, T., *Examining the Links*, cit., p. 134; RUSEV, A., *Human Trafficking*, cit., p. 15.

¹¹³³ SBERNA, S., *Corruption and Trafficking in Women*, cit., pp. 17-19; STOYNOVA, N./ RUSEV, A./ YORDANOVA, M., *Corruption and Trafficking*, cit., p. 25.

¹¹³⁴ IBA, *Human Trafficking and Public Corruption*, cit., p. 16.

marginal” en los países de destino en Europa. En Italia, por ejemplo, solo representa un 9% del total de los casos de corrupción vinculada con la trata¹¹³⁵.

En consecuencia con lo anterior, no se ha encontrado ningún caso de comisión directa de delitos de trata por parte de jueces o fiscales. Su colaboración es de tipo indirecto y está más relacionada con la explotación, particularmente con la obtención de lucro procedente de la explotación sexual y la determinación a la prostitución¹¹³⁶. GOUNEV y BEZLOV dan cuenta de la existencia de vínculos, si bien de tipo indirecto, entre jueces y redes relacionadas con la trata para la explotación sexual en España, Alemania y Francia¹¹³⁷. Por otra parte, un fiscal de Roma fue detenido por obtener por la fuerza servicios sexuales de víctimas de trata a cambio de licencias para los lugares donde eran explotadas¹¹³⁸. Además, las relaciones no se limitan solo al ámbito de la explotación sexual. Los medios griegos, por ejemplo, denunciaron en 2014 el caso de un funcionario de justicia involucrado en la trata de mujeres procedentes de Bulgaria para su explotación en tareas domésticas¹¹³⁹. Es necesario hacer aquí la misma matización que se hacía en relación con la corrupción política. Aunque no se especifique en las fuentes, estos casos solo serán corrupción en la medida en que concurra un abuso de funciones o un prevalimiento de estas, sino serán simplemente un delito de trata cometido por un juez o un fiscal.

Donde se presentan más oportunidades para la corrupción judicial es en el ámbito de la obstrucción de la justicia. La corrupción judicial no sería, por tanto, un medio necesario para cometer la trata, pero sí el último recurso para evadir el peso de la justicia una vez que los tratantes están siendo investigados o enjuiciados. Por ejemplo, autoridades italianas han denunciado que, en una ocasión, tuvieron constancia de que un juez de Albania estaba obstruyendo las investigaciones de un caso para proteger las operaciones de una red dedicada a la trata y que no fue posible procesarlo debido a las debilidades en el sistema de asistencia judicial mutua y la falta de cooperación entre las autoridades nacionales¹¹⁴⁰. En el mismo sentido, en Letonia se acusó a un fiscal de ocultar pruebas en un caso de trata¹¹⁴¹. Por otra parte, en Grecia se han detectado casos de intérpretes judiciales que alteraban el contenido de las declaraciones de las víctimas a cambio de sobornos de los tratantes¹¹⁴². Otro posible modo de dificultar o impedir las investigaciones judiciales sobre la trata consiste en

¹¹³⁵ SBERNA, S., *Corruption and Trafficking in Women*, cit., pp. 17.

¹¹³⁶ SBERNA, S., *Corruption and Trafficking in Women*, cit., p. 17.

¹¹³⁷ GOUNEV, P./ BEZLOV, T., *Examining the Links*, cit., p. 136.

¹¹³⁸ SBERNA, S., *Corruption and Trafficking in Women*, cit., p. 17.

¹¹³⁹ TIP 2014, pp. 188-189.

¹¹⁴⁰ SBERNA, S., *Corruption and Trafficking in Women*, cit., p. 17.

¹¹⁴¹ TIP 2015, p. 218; TIP 2016, p. 240.

¹¹⁴² TIP 2018, p. 202.

ordenar la deportación de las personas tratadas antes de que puedan testificar, eliminando así las pruebas del caso¹¹⁴³.

El uso de la corrupción en estos casos puede buscar también evitar o minimizar las condenas una vez que la investigación o instrucción del caso ya ha finalizado. En Bulgaria, los observadores informan de que los fiscales no suelen acusar a los tratantes que ocupan puestos altos en los grupos organizados y que, en ocasiones, se han retirado los cargos de forma arbitraria¹¹⁴⁴. Del mismo modo, las autoridades eslovacas han denunciado la existencia de jueces que aceptaban sobornos de los tratantes a cambio de retrasar procedimientos judiciales o de hacerlos desaparecer¹¹⁴⁵. En relación con la minimización de las condenas, se han denunciado casos de jueces que han impuesto a los tratantes penas muy bajas, no proporcionales a la gravedad de los hechos enjuiciados y que no se corresponden con lo previsto en la ley, como multas¹¹⁴⁶. En un caso de trata para la explotación laboral en una fábrica de Ucrania, el dueño de este establecimiento, quien tenía fuertes conexiones con las autoridades locales, fue condenado al pago de una multa por vulnerar la legislación laboral, mientras que el sujeto encargado de captar a las víctimas, de nacionalidad pakistaní, recibió una condena de cinco años de prisión¹¹⁴⁷.

Finalmente, hay que recordar que, para poder hablar de corrupción, se precisa que el abuso cometido por el funcionario esté relacionado con la recepción de algún tipo de beneficio privado. Así, en algunos de los casos reportados se hace constar expresamente que los jueces ayudaban a los tratantes a cambio de dinero y servicios sexuales¹¹⁴⁸. Los estudios analizados muestran que, a la hora de entablar contacto con los funcionarios, los tratantes pueden prestar pequeñas cantidades de dinero, cubrir deudas de juego o hacer pequeños favores a jueces y fiscales, sin que estos sean conscientes de que la persona que les está haciendo favores está vinculada al crimen organizado. Una vez otorgado este beneficio, solicitan a cambio la ayuda en el caso de trata, como un intercambio de favores¹¹⁴⁹. Además, como ocurría en otros sectores de la función pública, uno de los modos de ejercer presiones sobre los jueces es a través de

¹¹⁴³ RICHARDS, K., "The Trafficking of Migrants Workers", cit., p. 158.

¹¹⁴⁴ TIP 2016, p. 109; TIP 2017, p. 102.

¹¹⁴⁵ Es interesante que también dice que, en algunos casos, aceptaban sobornos de las víctimas para que los casos avanzasen (IBA, *Human Trafficking and Public Corruption*, cit., p. 37).

¹¹⁴⁶ En Moldavia, por ejemplo, es una constante en todos los informes desde 2009. TIP 2009, p. 210; TIP 2010, p. 237, TIP 2011, p. 261; TIP 2013, pp. 265-266; TIP 2014, p. 276; TIP 2016, p. 271; TIP 2017, pp. 283-284). También se ha denunciado esta situación en Polonia: GOUNEV, P./ BEZLOV, T., *Examining the Links*, cit., p. 136.

¹¹⁴⁷ TIP 2013, p. 374. Las ONGs denuncian que la corrupción de jueces y fiscales está presente en Ucrania (TIP 2011, p. 367; TIP 2012, p. 354).

¹¹⁴⁸ GOUNEV, P./ BEZLOV, T., *Examining the Links*, cit., p. 136; STOYNOVA, N./ RUSEV, A./ YORDANOVA, M., *Corruption and Trafficking*, cit. pp. 23-24.

¹¹⁴⁹ PLYWACZEWSKY, E., "Organised Crime in Poland: its Development From Real Socialism to Present Times" in PAOLI, L./ FIJNAUT, C. (Eds.) *Organised Crime in Europe*, Dordrecht, Springer, 2004, pp. 488-489; RUSEV, A., *Human Trafficking*, cit., p. 15.

chantaje, amenazando con mostrar materiales comprometedores como fotografías con prostitutas o en fiestas en las que los empleados públicos abusaban de alcohol y drogas, si no se acepta colaborar con la red dedicada a la trata¹¹⁵⁰.

4.6. Otros tipos de corrupción

Esta categoría tiene una función residual, ya que en ella se engloban todos aquellos casos en los que se vean involucrados funcionarios públicos que no pueden incluirse en las categorías anteriores.

El primer tipo de funcionarios a los que hay que hacer referencia aquí es el de los inspectores laborales. Se han denunciado varios casos en los que los tratantes se pusieron en contacto con los inspectores para obtener permisos de trabajo para poder legalizar el estatus de las víctimas y así posibilitar o perpetuar su explotación¹¹⁵¹. Según el estudio realizado en Italia por SBERNA, un 20% de los casos de corrupción relacionada con la trata detectados involucraban a inspectores laborales que participaban en redes dedicadas a la comisión de este delito a través de la manipulación de permisos de trabajo para ciudadanos no comunitarios¹¹⁵². En 2014, dos funcionarios del ministerio de trabajo de Kosovo fueron condenados a pagar una multa de 3.000€ por otorgar permisos de trabajo a 22 trabajadores extranjeros, quienes fueron identificados como víctimas de trata¹¹⁵³. También es posible que los inspectores laborales cobren sobornos a cambio de alertar sobre la realización de inspecciones en los lugares donde se explota a las personas tratadas, garantizando que estas no estén presentes durante la inspección y no puedan ser detectadas¹¹⁵⁴. Por ejemplo, la Relatora Especial sobre la trata recibió información sobre un caso de este tipo en el sur de Italia¹¹⁵⁵.

Una segunda posibilidad, cada vez más denunciada, es la colaboración en la trata y la explotación por parte del personal relacionado con los servicios sociales. La proximidad a los sectores más vulnerables de la población desde la posición de autoridad de la que gozan estos funcionarios públicos facilita su papel a la hora de localizar y captar a potenciales víctimas. Los centros de menores son un claro ejemplo de lugares en los que se existen este tipo de riesgos. En 2015 se iniciaron en Lituania las investigaciones al director de un orfanato público acusado de dirigir una red dedicada a la trata que explotaba sexualmente a

¹¹⁵⁰ PLYWACZEWSKY, E., "Organised Crime in Poland", cit., pp. 488-489; RUSEV, A., *Human Trafficking*, cit., p. 15.

¹¹⁵¹ RUSEV, A., *Human Trafficking*, cit., p. 15.

¹¹⁵² SBERNA, S., *Corruption and Trafficking in Women*, cit., p. 17.

¹¹⁵³ TIP 2016, p. 232.

¹¹⁵⁴ IBA, *Human Trafficking and Public Corruption*, cit., p. 32.

¹¹⁵⁵ NGOZI EZEILO, J., *Report of the Special Rapporteur*, cit., párr. 46, p. 12.

menores que allí residían¹¹⁵⁶. En 2017, las autoridades ucranianas detuvieron a una profesora de un internado público para huérfanos por intentar vender a uno de sus estudiantes¹¹⁵⁷. Incluso se ha llegado a afirmar que un orfanato de Odessa, en el sur de este país, alojaba un prostíbulo en el sótano¹¹⁵⁸. También en España se han denunciado recientemente casos de prostitución de jóvenes tuteladas en centros de menores¹¹⁵⁹. En cuanto a la explotación laboral, se han recogido denuncias según las cuales en estas instituciones se forzaría a los residentes a realizar trabajos forzados, como el cuidado de otros residentes con necesidades especiales, o la realización de tareas domésticas y agrícolas, tanto en el centro como en los domicilios privados del personal¹¹⁶⁰. Otro ejemplo de ello es el del director de un orfanato de Moldavia que en 2017 fue acusado de explotar laboral y sexualmente a varios niños internos¹¹⁶¹.

Más allá de los centros de menores, existen otros casos relacionados con la corrupción en los servicios sociales. Por ejemplo, un asistente social fue condenado a 6 años de prisión en Bosnia por abusar de su posición para captar y explotar sexualmente a un menor¹¹⁶². Del mismo modo, un funcionario público encargado de la concesión de vivienda pública fue condenado en Moldavia a 13 años de prisión por haberse prevalido de su cargo para captar a, al menos, 15 mujeres para la trata con fines de explotación sexual¹¹⁶³. En este mismo país, un profesor de una universidad pública fue condenado por trata de menores, pero no se indica si se prevalió de su cargo para hacerlo¹¹⁶⁴.

Asimismo, se ha afirmado que, en aquellos países donde la prostitución es legal, como en los Países Bajos, las autoridades municipales encargadas de otorgar licencias a trabajadores sexuales presentan riesgo de ser corrompidas por los tratantes para obtener dichos permisos, a pesar de que existan acusaciones de trata¹¹⁶⁵. En este sentido, en Grecia en septiembre de 2015, tres empleados municipales fueron acusados de haber aceptado sobornos a cambio de emitir licencias a bares y clubes nocturnos donde se explotaba a las víctimas de trata¹¹⁶⁶.

Finalmente es importante mencionar al personal sanitario, cuya contribución puede ser muy valiosa en la trata de seres humanos para la

¹¹⁵⁶ TIP 2015, p. 225; TIP 2016, p. 246; TIP 2017, p. 254; TIP 2018, p. 276.

¹¹⁵⁷ TIP 2017, p. 407; TIP 2018, p. 435. Son numerosas las denuncias de casos de trata de menores para la explotación sexual y laboral cometidos por funcionarios de orfanatos públicos en este país (TIP 2015, p. 225; TIP 2016, p. 246; TIP 2017, p. 254.)

¹¹⁵⁸ IBA, *Human Trafficking and Public Corruption*, cit., p. 22.

¹¹⁵⁹ https://elpais.com/sociedad/2020/02/25/actualidad/1582626784_357382.html

¹¹⁶⁰ IBA, *Human Trafficking and Public Corruption*, cit., p. 22.

¹¹⁶¹ TIP 2018, p. 306.

¹¹⁶² TIP 2013, p. 101.

¹¹⁶³ TIP 2013, p. 266; IBA, *Human Trafficking and Public Corruption*, cit., p. 23.

¹¹⁶⁴ TIP 2013, p. 266.

¹¹⁶⁵ GOUNEV, P./ BEZLOV, T., *Examining the Links*, cit., p. 134.

¹¹⁶⁶ TIP 2016, p. 183.

extracción de sus órganos corporales¹¹⁶⁷. Aunque únicamente se ha reportado un caso de estas características en Kosovo¹¹⁶⁸, el último informe global de la ONU alerta de que la colusión con los profesionales médicos es un patrón de comportamiento emergente. El personal sanitario puede proporcionar a los tratantes acceso a laboratorios para comprobar la compatibilidad entre el donante y el receptor, realizar tratamientos médicos como la extracción de los órganos o proporcionar cuidados post-operatorios¹¹⁶⁹. Aunque no se hayan denunciado casos, no puede obviarse que el personal sanitario tiene un papel fundamental en la identificación de las víctimas con las que puedan entrar en contacto si estas sufren algún tipo de lesión durante las distintas fases de la trata, por lo que pueden ser también objeto de sobornos para no denunciar estas situaciones.

En definitiva, la diversidad de funcionarios públicos que potencialmente pueden colaborar en la trata de seres humanos es tan extensa como el propio delito.

5. CONCLUSIONES. LA INCIDENCIA DE LA CORRUPCIÓN EN LA TRATA DE SERES HUMANOS

El estudio de casos realizado en este capítulo permite afirmar que la corrupción puede incidir en cada una de las fases de la comisión del delito de trata, en la persecución e investigación penal de este delito y también en la protección de las víctimas. Esta afirmación no implica sostener que la corrupción esté siempre presente en todos estos momentos, ni siquiera en aquellos países donde se han denunciado más casos. Lo que se pretende es conocer mejor el alcance potencial de este fenómeno y poder identificar los sectores de la función pública y fases de la trata donde existen más riesgos, para poder así prevenirlos y, en su caso, sancionarlos.

5.1. Durante la comisión del delito

Existe consenso entre la literatura académica en la materia en afirmar que la corrupción puede estar presente en todas las fases del proceso de trata: captación, transporte y explotación¹¹⁷⁰.

¹¹⁶⁷ ORGANIZACIÓN PARA LA SEGURIDAD Y LA COOPERACIÓN EN EUROPA (OSCE), *Trafficking in Human Beings for the Purposes of Organ Removal in the OSCE Region*, Occasional Series Paper 6, julio de 2013.

¹¹⁶⁸ STOYNOVA, N./ RUSEV, A./ YORDANOVA, M., *Corruption and Trafficking*, cit., p. 23.

¹¹⁶⁹ UNODC, *Global Report*, 2018, cit., p. 31.

¹¹⁷⁰ Vid., entre otros, CONSEJO DE EUROPA, *Trafficking in Human Beings and Corruption*, cit., p. 7; ANTI-SLAVERY INTERNATIONAL, et al., *The Role of Corruption*, cit., pp. 11-12; OCDE, *Developing a Framework*, cit., p. 26; IBA, *Human Trafficking and Public Corruption*, cit., p. 18; LEZERTUA, M., "Opportunities for Corruption in Trafficking of Human Beings", presentación en la 11th International Anti-Corruption Conference, celebrada en Seúl (Corea del Sur), en mayo de 2003, p. 1; GOUNEV, P./ BEZLOV, T., *Examining the Links*, cit., p. 133; TREMBLAY, M./ KARBASSI, C., *Corruption and Human Trafficking*, cit., p. 1.

a) *En la fase de captación*

Como los casos anteriores han mostrado, la corrupción puede estar presente en el origen de la trata. La proximidad a sectores vulnerables de la población en la que se encuentran determinados funcionarios públicos como policías, asistentes sociales, personal de centros de menores y centros de internamiento de extranjeros (CIES), etc., hace posible que estos, abusando de su posición, puedan captar a víctimas de trata de seres humanos.

Aunque la participación de funcionarios públicos en esta fase de la trata, por la propia naturaleza de la captación, suele tener mayor incidencia en los países de origen, también se han detectado experiencias en países destino. Por ejemplo, en un caso denunciado en Italia, los tratantes pagaban regularmente a policías para que reclutasen a inmigrantes ilegales que habían sido detenidos por delitos menores¹¹⁷¹. Hay que tener en cuenta que la captación se produce cada vez más frecuentemente en los países de destino, trasladando los riesgos relacionados con la corrupción a centros de detención de migrantes o dependencias habilitadas para la solicitud de asilo, donde los casos de tráfico pueden terminar convirtiéndose en casos de trata¹¹⁷².

Por otra parte, y en contra de visiones estereotipadas de la trata, la captación se realiza habitualmente por personas conocidas por la víctima, fundamentalmente familiares y amigos¹¹⁷³, por lo que el papel de la corrupción se limita en estos casos a comprar el silencio de aquellos funcionarios que son responsables de proteger a la población de este tipo de acciones.

b) *En la fase de transporte*

El estudio de casos realizado anteriormente pone de manifiesto que la incidencia de la corrupción en la fase de transporte es relativamente baja en Europa porque un gran porcentaje de las víctimas proviene de países de la UE o de países cuyos ciudadanos pueden entrar en la UE sin necesidad de visas. No obstante, la colaboración de funcionarios públicos sigue siendo relevante en el cruce de fronteras externas, lo que hace que varios estudios sigan destacando la importancia de la corrupción como un elemento clave para facilitar el transporte de las víctimas de trata¹¹⁷⁴.

Durante el transporte, los agentes encargados del control de fronteras y servicios migratorios pueden facilitar la trata a través de las siguientes conductas: no denunciar documentos de viaje falsos, no inspeccionar vehículos

¹¹⁷¹ SBERNA, S., *Corruption and Trafficking in Women*, cit., p. 8.

¹¹⁷² SBERNA, S., *Corruption and Trafficking in Women*, cit., p. 8; TIP 2016, p. 94

¹¹⁷³ En esta línea, vid. VERMEULEN, G./ VAN DAMME, Y./ DE BONDT, W., "Perceived Involvement of "Organised Crime"", cit., pp. 247-273; y también VIUHKO, M., "Hardened professional criminals", cit., pp. 177-193.

¹¹⁷⁴ Así lo sostienen, entre otros: TREMBLAY, M./ KARBASSI, C., *Corruption and Human Trafficking*, cit., p. 3; IBA, *Human Trafficking and Public Corruption*, cit., p. 25; PODUMLJAK, M., *Influence of Corruption*, cit., p. 4; KENDALL, V., "Greasing the Palm", cit., pp. 34-35.

que transporten a posibles víctimas, elaborar pasaportes y documentos de identidad falsos o conceder visados o permisos de trabajo bajo falsas premisas, así como mediante la venta de información operacional.

Es en la fase de transporte donde la distinción entre la colaboración en la trata de seres humanos y la facilitación de la inmigración ilegal deviene clave. En determinadas circunstancias, los agentes pueden facilitar el cruce irregular de fronteras sin tener conocimiento de que los traficantes tengan la intención de explotar a las víctimas en el lugar de destino. Para poder establecer una conexión con la trata de seres humanos será necesario determinar si el funcionario conocía que el destino del migrante era ser explotado y aun así decidió facilitar el transporte. Esta circunstancia presenta evidentes dificultades probatorias que podrían salvarse atendiendo a la relación del funcionario con los tratantes, a la recepción de dádivas o beneficios de cualquier clase y a si el funcionario ignoró deliberadamente las señales que se indican en los protocolos de detección de víctimas de trata¹¹⁷⁵.

c) En la fase de explotación

La delimitación de la participación de los funcionarios públicos en la fase de explotación debe conectarse con el debate acerca de la propia definición de trata de seres humanos. Como se explicaba en el capítulo II, de acuerdo con la legislación internacional, europea y española, la trata es el proceso hacia la explotación y, por tanto, anterior a esta. La efectiva explotación, de llegar a producirse, no forma parte del delito de trata de seres humanos. Así, desde la perspectiva estrictamente jurídico-penal, la corrupción relacionada con la trata se limitaría exclusivamente a la intervención de funcionarios públicos en ese proceso movilizador, dejando fuera los casos en que participe solo en la explotación.

Sin embargo, el análisis criminológico aquí realizado muestra que la necesidad de recurrir a la corrupción aparece con mucha mayor frecuencia en la materialización de la explotación que en el proceso hacia ella. Así, de acuerdo con lo señalado en las secciones anteriores, se han detectado casos de funcionarios públicos que, abusando de su posición oficial y buscando obtener un beneficio privado, han forzado a personas a ejercer la prostitución, son dueños de prostíbulos u otros negocios donde se explota a víctimas de trata, acogen en sus domicilios o dependencias consulares a víctimas de trata para la explotación en tareas domésticas, fuerzan a residentes de centros de menores, internados y

¹¹⁷⁵ Sobre las señales para detectar la trata sexual, laboral y para otras finalidades vid.: DELEGACIÓN DEL GOBIERNO PARA LA VIOLENCIA DE GÉNERO, *Directrices para la Detección de víctimas de trata en Europa*, Informe elaborado en el marco del proyecto europeo “Desarrollo de directrices y procedimientos comunes para la detección de víctimas de trata” (Euro TrafGuID), 2013. <http://www.violenciagenero.igualdad.mpr.gob.es/otrasFormas/trata/detectarla/pdf/ManualDirectricesDeteccionTSH.pdf>.

otras residencias públicas a realizar trabajos forzados como el cuidado de otros internos dependientes, etc.

Aunque se han denunciado casos en varios tipos de explotación, la participación de funcionarios públicos en la explotación sexual es, sin duda, mayoritaria. Esta afirmación encaja perfectamente con el hecho de que la mayoría de víctimas de trata detectadas se someten a este tipo de explotación¹¹⁷⁶. Sin embargo, no debe perderse de vista que, tanto el mayor porcentaje de víctimas identificadas como el de funcionarios corruptos vinculados a esta forma de explotación se debe, en parte, a que las políticas públicas contra la trata se han centrado casi exclusivamente en esta finalidad. En consecuencia, el conocimiento sobre la corrupción relacionada con la explotación sexual es mucho mayor.

En este sentido, varios estudios previos han analizado cómo el tipo de funcionario público expuesto a la corrupción varía según la regulación de la prostitución en cada país. En aquellos países de Europa en los que prostitución es legal, como los Países Bajos, la corrupción se centra en la administración local y las autoridades fiscales, y tiene que ver, fundamentalmente con la obtención de licencias a pesar de existir indicios de que las personas que ejercen la prostitución estén siendo explotadas. Sin embargo, en aquellos países en los que la prostitución no está regulada o está criminalizada, la corrupción se centra fundamentalmente en la policía¹¹⁷⁷. Asimismo, también se ha analizado el tipo de funcionario público que puede ser blanco de la corrupción dependiendo del tipo de prostitución. La prostitución en las calles afecta fundamentalmente a policías que están patrullando; la prostitución en clubes a agentes encargados de realizar inspecciones o investigaciones en estos locales; mientras que la prostitución de élite plantea una mayor potencialidad de afectar al sector judicial y político¹¹⁷⁸.

5.2. En la persecución e investigación del delito

La mayoría de estudios previos reconocen la existencia de oportunidades para la corrupción en la cadena de justicia en sentido amplio, lo que incluiría la redacción y adopción de legislación, la prevención, investigación y enjuiciamiento del delito, así como la ejecución de las sanciones impuestas y el decomiso de los beneficios procedentes del delito¹¹⁷⁹. Para algunos autores, la corrupción en la

¹¹⁷⁶ Según el Informe Global de la ONU de 2018, un 59% de las víctimas fueron tratadas con fines de explotación sexual, un 34% para explotación en trabajos forzados y un 7% para otras finalidades. Vid. UNODC, *Global Report*, 2018, cit., p. 29.

¹¹⁷⁷ GOUNEV, P./ BEZLOV, T., *Examining the Links*, cit., pp. 132 y 133; STOYNOVA, N./ RUSEV, A./ YORDANOVA, M., *Corruption and Trafficking*, cit., p. 14.

¹¹⁷⁸ GOUNEV, P./ BEZLOV, T., *Examining the Links*, cit., p. 133; SBERNA, S., *Corruption and Trafficking in Women*, cit., p. 19.

¹¹⁷⁹ CONSEJO DE EUROPA, *Trafficking in Human Beings and Corruption*, cit., p. 7; LEZERTUA, M., "Opportunities for Corruption", cit., p. 1; ANTI-SLAVERY INTERNATIONAL, et al., *The Role of Corruption*, cit., p. 7; OCDE, *Developing a Framework*, cit., p. 10; IBA, *Human Trafficking and Public Corruption*, cit., p. 29.

persecución e investigación de la trata explica por qué el número de condenas penales por este delito es tan bajo¹¹⁸⁰.

El estudio de casos muestra que los sobornos y extorsiones para evitar inspecciones e investigaciones en lugares donde se explota a víctimas de trata, particularmente en prostíbulos, son relativamente frecuentes, hasta el punto de poder afirmar que constituyen la modalidad más común de corrupción relacionada con la trata. Las víctimas de trata para la explotación sexual han denunciado en repetidas ocasiones que agentes de policía visitan los clubes regularmente para consumir servicios sexuales o bebidas con los dueños, sin denunciar la situación en la que se encuentran las mujeres. Sin embargo, los supuestos de adopción de legislación que favorezca a los tratantes, la retirada injustificada de cargos o la imposición de penas irrisorias son muy anecdóticos en Europa.

Por este motivo, no es posible achacar a la corrupción todo el peso de la deficiente identificación de las víctimas y enjuiciamiento de tratantes. La falta de sensibilización y formación específica sobre la trata, la pasividad ante un delito difícil de probar, así como la escasez de recursos, entre otros motivos, tienen una incidencia mucho mayor que el soborno a funcionarios públicos para alterar el curso de la justicia.

5.3. En la protección de las víctimas

Los casos aquí estudiados ponen de manifiesto que la corrupción puede servir también para impedir la efectiva protección de las víctimas cuando afecta al personal de instituciones públicas que proporcionan apoyo, asistencia y alojamiento a personas tratadas.

Como el estudio de casos ha puesto de manifiesto, existen distintos modos en que este funcionariado público puede favorecer la trata. Los casos más graves serían aquellos en los que los agentes devuelven a las víctimas de trata, a las que tienen el deber de proteger, a los mismos u otros tratantes, o los supuestos de venta de información sensible sobre las víctimas, como, por ejemplo, los lugares donde se alojan, para que los tratantes puedan encontrarlas. Es posible también que se deniegue a las personas tratadas el estatus de víctima y el consecuente acceso a medios de protección que la Ley les otorga, de modo que, no tengan otra opción que volver con los tratantes. Del mismo modo, algunas víctimas han manifestado haber sido ignoradas a la hora de denunciar su situación. El reto fundamental en estos supuestos consiste en distinguir cuándo estas conductas se deben a negligencias o a la existencia de sistemas de protección muy débiles, en

¹¹⁸⁰ Vid., entre otros, IBA, *Human Trafficking and Public Corruption*, cit., p. 19; KENDALL, V., "Greasing the Palm", cit., p. 36.

cuyo caso no existiría la corrupción, y cuándo se producen a cambio de un beneficio económico o de otra naturaleza, constituyendo verdaderos supuestos de corrupción. Es por ello que, como se ha visto anteriormente, son escasos los casos de corrupción de este tipo denunciados en Europa.

Además de las consecuencias directas que la corrupción tiene en la comisión, la investigación y el enjuiciamiento del delito, y la protección de las víctimas, este tipo de conductas tienen también importantes consecuencias indirectas. La corrupción aumenta la desconfianza de las víctimas en las autoridades públicas, impidiendo que denuncien su situación. Las víctimas de trata para la explotación sexual relatan habitualmente que no confían en la policía ni en los funcionarios del Estado porque estos tienen fuertes vínculos con los tratantes y, para demostrarlo, aportan pruebas de que los tratantes organizan “sex parties” con policías, jueces y políticos¹¹⁸¹. Además, son conscientes del poco éxito de otras investigaciones y juicios por casos de trata, lo que socava significativamente su confianza en la policía y en el sistema judicial¹¹⁸². Por otra parte, la baja confianza en las autoridades policiales en los países de origen puede hacer que los familiares estén menos dispuestos a denunciar el delito o a tratar de presionar a la policía para que actúe, debido a la falta de fe en que su actuación conducirá a algo positivo¹¹⁸³.

Los tratantes, concedores de las percepciones sobre corrupción de las víctimas, utilizan sus conexiones con los funcionarios públicos, sean reales o supuestas, como un importante medio de control para convencer a las víctimas de la inutilidad de denunciar su situación¹¹⁸⁴. Es habitual que indiquen a las víctimas que, si intentan escapar, agentes de policía corruptos las traerán de vuelta, les darán palizas y las violarán. Es ilustrativo un caso registrado en Austria, en el que un tratante se vistió como miembro de la policía y agredió sexualmente a una víctima para disuadirla de contactar con la policía¹¹⁸⁵. En muchos casos, las víctimas no cuestionan estas insinuaciones, al haber experimentado situaciones parecidas en sus países de origen, especialmente si la corrupción es allí sistémica¹¹⁸⁶.

Así pues, a la vista de lo expuesto en este capítulo, puede corroborarse la existencia de vínculos entre la corrupción y la trata de seres humanos. Estudios anteriores han intentado explicar estas relaciones afirmando que la corrupción

¹¹⁸¹ IBA, *Human Trafficking and Public Corruption*, cit., pp. 18-19.

¹¹⁸² BEZLOV, T./YORDANOVA, M./STOYNOVA, N., *Corruption and Trafficking*, cit., p. 22.

¹¹⁸³ JONSSON, S., “The Complex Relationship”, cit., p. 114.

¹¹⁸⁴ IBA, *Human Trafficking and Public Corruption*, cit., p. 18; SBERNA, S., *Corruption and Trafficking in Women*, cit., p. 20; ANTI-SLAVERY INTERNATIONAL, et al., *The Role of Corruption*, cit., p. 15; OCDE, *Developing a Framework*, cit., p. 11; UNODC, *The Role of Corruption*, cit., p. 12.

¹¹⁸⁵ IBA, *Human Trafficking and Public Corruption*, cit., p. 18.

¹¹⁸⁶ ANTI-SLAVERY INTERNATIONAL, et al., *The Role of Corruption*, cit., p. 15; UNODC, *The Role of Corruption*, cit., p. 12; OCDE, *Developing a Framework*, cit., p. 11; IBA, *Human Trafficking and Public Corruption*, cit., p. 18.

es un importante factor causal de la trata, llegando incluso a sostener que es un elemento imprescindible para su existencia. Con el análisis de casos aquí realizado no puede apoyarse este último argumento. La trata puede existir sin corrupción. Este tipo de afirmaciones que exageran el peso de la corrupción en la trata se relacionan con la necesidad de vincular la trata al crimen organizado con el objetivo de atraer mayor atención sobre este asunto, tal y como se explicaba en el capítulo I.

Ahora bien, aunque la trata pueda existir sin corrupción, esto no significa que los vínculos entre ambas no existan. Teniendo en cuenta el análisis realizado en este capítulo, se confirma que la corrupción constituye un importante facilitador de la trata de seres humanos. Aunque no se trata de conductas sistémicas en Europa, se producen con la suficiente frecuencia como para afirmar que es necesario prestarles más atención. En consecuencia, la corrupción debe tener un papel más relevante en las políticas públicas contra la trata, en las que ha sido prácticamente obviada. Asimismo, la respuesta penal a estas conductas presenta retos específicos que deben ser analizados en profundidad. En el próximo capítulo se abordará esta tarea tomando como referencia el ordenamiento jurídico español.

CAPÍTULO V. LA RESPUESTA DEL DERECHO PENAL ESPAÑOL FRENTE AL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN RELACIONADA CON LA TRATA

1. INTRODUCCIÓN

El análisis criminológico realizado en el capítulo anterior permite afirmar que son múltiples y muy variadas las posibilidades de intervención de funcionarios públicos en la trata de seres humanos. Como se vio en el capítulo I, diversas instituciones internacionales, conscientes de la existencia y alcance potencial de estos vínculos, han instado a los Estados a adoptar medidas específicas contra la corrupción en sus políticas públicas para combatir la trata. Así, en el Plan de Acción Mundial de las Naciones Unidas para combatir la trata de personas¹¹⁸⁷, aprobado en 2010, los Estados Miembros manifiestan su voluntad política de “investigar, procesar y sancionar a los funcionarios públicos corruptos involucrados en la trata de personas o que la facilitan y promover una política de tolerancia cero”. Los Estados se comprometen también mediante este acuerdo a “reforzar o seguir reforzando la coordinación y la cooperación entre Estados para combatir los delitos que puedan estar relacionados con la trata de personas”, entre los que mencionan explícitamente a la corrupción.

Este compromiso se plasma también en la legislación internacional en la materia. El Convenio del Consejo de Europa (Convenio de Varsovia) y la Directiva 2011/36/UE prevén como circunstancia agravante la comisión por parte de un agente o funcionario público en el ejercicio de sus funciones (arts. 24. c y 4.3, respectivamente). La Directiva afirma que agentes de policía, guardias de fronteras, funcionarios de los servicios de inmigración, personal consular, miembros del poder judicial, funcionarios de los tribunales, inspectores de trabajo, personal encargado de asuntos sociales o personal sanitario son solo ejemplos de grupos de funcionarios públicos que, en el desempeño de sus funciones, pueden entrar en contacto con víctimas de trata¹¹⁸⁸. Esto justifica la obligación de los Estados de proporcionar formación específica a estos funcionarios para que puedan identificar correctamente a las víctimas y relacionarse adecuadamente con ellas, pero también legitima la existencia de la agravante cuando el delito se comete desde esta especial situación de cercanía a las víctimas.

El Derecho penal español recoge esta circunstancia agravante en el apartado 5 del artículo 177 bis del Código Penal. Llama la atención que, si bien prácticamente toda la redacción del tipo del artículo 177 bis es casi una copia exacta de lo dispuesto en la legislación internacional, la fórmula adoptada para agravar la conducta de los funcionarios públicos difiere. El artículo 177 bis 5 no habla de funcionarios públicos que cometan el delito en el ejercicio de sus cargos,

¹¹⁸⁷ ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, *UN Global Plan of Action to Combat Trafficking in Persons*, 2010, A/RES/64/293.

¹¹⁸⁸ Así se afirma en el considerando 25 de la Directiva 2011/36/UE.

sino de “los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de esta o funcionario público”. Se trata de una redacción ya conocida en el Derecho penal español y con la que los operadores jurídicos deberían estar más familiarizados. La misma fórmula se utiliza como agravante específica de los delitos relacionados la prostitución (arts. 187 y 188), desde su redacción original en 1995, y del delito de tráfico ilegal de migrantes (artículo 318 bis), desde su tipificación en 2000. Esta redacción se aproxima también a la agravante genérica de prevalimiento del carácter público del culpable, prevista en el artículo 22 7ª, la cual cuenta con una larga trayectoria en el Derecho penal español, pues ya estaba prevista en el Código Penal de 1848¹¹⁸⁹. Es por ello que las aportaciones de la doctrina en relación con estas agravantes serán de gran utilidad para integrar el contenido del tipo cualificado de la trata que es objeto de estudio en ese capítulo.

Así pues, en este capítulo se analiza el alcance del subtipo agravado previsto en el artículo 177 bis 5, que constituye la respuesta más directa al fenómeno de la corrupción relacionada con la trata. No obstante, como mostrará el análisis de la respuesta jurisprudencial, su aplicación en la práctica ha sido inexistente. Cabe reflexionar entonces sobre por qué no se aplica, qué se aplica en su lugar y cómo puede hacerse frente a las principales dificultades en la respuesta penal y la prevención de este fenómeno.

2. EL SUBTIPO AGRAVADO DEL ARTÍCULO 177 BIS 5 DEL CÓDIGO PENAL

Como se explicaba en el capítulo II, el delito de trata de seres humanos está previsto en el artículo 177 bis CP. Además del tipo básico, cuyo contenido ya fue analizado al abordar el concepto de trata, este delito prevé una serie de subtipos agravados. Los dos primeros tienen que ver con el sujeto pasivo: se impondrá la pena superior en grado cuando se hubiera puesto en peligro la vida o la integridad física o psíquica de las personas objeto del delito, o cuando la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o sea menor de edad (art. 177 bis 4 CP). Otros, en cambio, dependen de ciertas circunstancias del sujeto activo. Así, se agravará la pena prevista en el tipo básico cuando el culpable sea el jefe, administrador o

¹¹⁸⁹ En concreto en el Art. 10 10ª, que incluye entre las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal el “prevalerse del carácter público que tenga el culpable”. Comparten esta reflexión: GANZENMÜLLER ROIG, C./ ESCUDERO MORATALLA, F./ FRIGOLA VALLINA, J., “Circunstancias que agravan la responsabilidad criminal (Capítulo VI. Art. 22CP)”, en GANZENMÜLLER ROIG, C./ SOTO NIETO, F./ HERRÁIZ PAGES, J./ ESCUDERO MORATALLA J.F./ FRIGOLA VALLINA, J., *Eximentes, atenuantes y agravantes en el Código Penal de 1995. Personas criminalmente responsables. Comentarios de los artículos 19 a 31 del Código Penal de 1995*, Bosch, Barcelona, 2000, p. 241; QUINTANAR DÍEZ, M. (Dir.)/ ORTIZ NAVARRO, J.F./ ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C., *Elementos de Derecho Penal: parte general*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020; ARIAS EIBE, M.J., *Responsabilidad criminal. Circunstancias modificativas y su fundamento en el Código Penal. Una visión desde la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Bosch Penal, Barcelona, 2007, p. 182.

encargado, o simplemente pertenezca a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, dedicada a la comisión del delito de trata (art. 177 bis 6); y también cuando el sujeto activo realice los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público (art. 177 bis 5). Es este último subtipo agravado, pensado para responder al fenómeno de la corrupción relacionada con la trata, el que será objeto de estudio en las siguientes páginas.

2.1. Naturaleza y fundamento de la agravación

La circunstancia agravante específica prevista en el apartado 5 del artículo 177 bis aumenta la sanción penal a los funcionarios públicos, autoridades o agentes de la autoridad que se prevalgan de su cargo para cometer un delito de trata de seres humanos.

Desde el punto de vista político-criminal, resulta adecuado incluir esta agravación del tipo básico, ya que, como ha puesto de manifiesto el capítulo anterior, la realidad criminológica demuestra que la corrupción puede tener una importante incidencia en la trata de seres humanos¹¹⁹⁰. Diversos grupos de funcionarios públicos pueden verse implicados en cada una de las fases de la comisión de este delito, para lo que el ordenamiento jurídico debe ofrecer una sanción proporcionada a la gravedad de la conducta. Además, como se ha señalado anteriormente, con su inclusión se pretende dar cumplimiento a las obligaciones internacionales de agravar la pena de los funcionarios públicos que cometan el delito en el ejercicio de su cargo, recogidas en el Convenio de Varsovia y en la Directiva 2011/36/UE.

Desde un punto de vista dogmático-jurídico, doctrina y jurisprudencia han mantenido diferentes posturas en relación con el fundamento de la agravación basada en el prevalimiento del carácter público. Con carácter general, se considera que el elemento teleológico de la agravante genérica prevista en el artículo 22. 7^a es la mayor facilidad para cometer el delito con menor riesgo para el culpable¹¹⁹¹. Según VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, el fundamento del

¹¹⁹⁰ Destacan también la conveniencia de incluir esta circunstancia agravante: VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito*, cit., p. 458; REQUEJO NAVEROS, M. T., “El delito”, cit., p. 51; EDUARDO ABOSO, G., *La trata de personas. La criminalidad organizada en la explotación laboral y sexual*, BdF, Montevideo, 2013, p. 84; ARROYO ZAPATERO, L. A., “Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos”, en ARROYO ZAPATERO, L.A. / BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Coords.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca, 2001, p. 41.

¹¹⁹¹ VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *La circunstancia agravante de prevalimiento del carácter público (art. 22.7^a del Código Penal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 87; MUÑOZ CONDE, F./ GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal: parte general*, 10^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 465-466; MAQUEDA ABREU, M.L./LAURENZO COPELLO, P., *El Derecho Penal en casos. Parte general. Teoría y práctica*, 4^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 228; QUINTANAR DÍEZ, M. (Dir.)/ ORTIZ NAVARRO, J.F./ ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C., *Elementos*, cit., p. 213; GANZENMÜLLER ROIG, C./ ESCUDERO MORATALLA, F./ FRIGOLA VALLINA, J., “Circunstancias”, cit., pp. 241-242; ARIAS EIBE, M.J., *Responsabilidad*, cit., pp. 187; MORENO-TORRES HERRERA, M.R. (Dir.), *Lecciones de Derecho Penal: parte general*, 4^a ed., Tirant lo

prevalimiento es “alcanzar la facilitación o el aseguramiento de delito en su vertiente exclusivamente objetiva; con otras palabras, la realización segura o más fácil [...] de cualquier delito común”¹¹⁹². En la misma línea, DÍEZ RIPOLLÉS afirma que existe en estos casos un mayor desvalor de la acción, puesto que “las facilidades ejecutivas que le otorga la posición de poder derivada de su carácter público incrementan significativamente la peligrosidad de la acción típica”¹¹⁹³.

En otras figuras delictivas en las que también se agrava la comisión por parte de un funcionario público se suele argumentar un fundamento de la agravación semejante. Por ejemplo, en el caso de las detenciones ilegales cometidas por funcionario público, se afirma que el sujeto activo tiene “un acceso más directo a la libertad que cualquier particular”, y “que dispone de una mayor accesibilidad al bien jurídico, derivada del propio ejercicio de sus funciones”¹¹⁹⁴. En el caso de los delitos de tráfico de drogas, el fundamento de la agravación se basa en “la mayor facilidad y trascendencia que para la difusión de drogas en el entorno social tiene el desempeño de una actividad pública, docente o comunitaria”¹¹⁹⁵.

Este ha sido también el fundamento utilizado para justificar la existencia del artículo 177 bis 5: la mayor facilidad en la ejecución del delito que otorga la posición de poder derivada del carácter público del sujeto activo¹¹⁹⁶. Esta argumentación encaja perfectamente con la conclusión a la que se llega en el capítulo IV, donde se destaca el papel de la corrupción como elemento facilitador de la trata.

Algunos autores basan la facilitación de la comisión y la evitación de riesgos en la indefensión del ofendido. Los partidarios de esta teoría, consideran que la mayor facilidad en la ejecución viene dada porque el sujeto pasivo ve coartada su libertad y su capacidad de reacción por la situación de superioridad

Blanch, Valencia, 2019, pp. 230-231; MIR PUIG, S./ GÓMEZ MARTÍN, V., “Capítulo IV. De las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal”, CORCOY BIDASOLO, M./ MIR PUIG, S. (Dirs.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 141.

¹¹⁹² VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *La circunstancia*, cit., p. 87.

¹¹⁹³ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Derecho Penal español*, Tirant lo Blanch, 4ª ed., Valencia, 2016, pp. 329-330.

¹¹⁹⁴ RAMON RIBAS, E., *Detenciones ilegales practicadas por funcionario público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 303.

¹¹⁹⁵ COTELO LÓPEZ, C., “Artículos 369 y 370 del Código Penal: tipos agravados en el tráfico de drogas”, en CIMÁS GIMÉNEZ, M. C. (Dir.), *Delitos contra la salud pública. Novedades jurisprudenciales. Nuevos hábitos, nuevos consumos*, CGPJ, Madrid, 2007, pp. 107-164; MARTÍNEZ PARDO, V.J., *Los delitos de tráfico de drogas: estudio jurisprudencial*, Edisofer, Madrid, 2013, p. 206.

¹¹⁹⁶ LLORIA GARCÍA, P., “Lección XI”, cit., p. 343. En este mismo sentido, pero pronunciándose sobre la regulación anterior, cuando la trata para explotación sexual estaba tipificada en el artículo 318 bis: MORÓN LERMA, E./ GARCÍA ARÁN, M./ JIMÉNEZ VILLAREJO, C., “Los tipos acogedores del tráfico de personas”, en GARCÍA ARÁN, M. (Coord.), *Trata de personas y explotación sexual*, Comares, Granada, 2006, p. 236.

o ventaja del sujeto activo¹¹⁹⁷. De este modo, el fundamento del prevalimiento estaría próximo al de la alevosía y el abuso de superioridad. En este sentido, QUINTERO OLIVARES afirma que la razón de la presencia de esta agravante en el Código Penal debe basarse en “el abuso de poder y el aprovechamiento de la inferioridad de la víctima”, es decir, en aprovecharse de la superioridad que el cargo puede dar en ciertos casos y en relación con algunas personas¹¹⁹⁸. Una argumentación similar se ha usado para fundamentar la agravación específica por prevalimiento en los delitos relativos a la prostitución de menores. La razón de ser del tipo cualificado del artículo 188.3 se ha situado en el hecho de que los funcionarios públicos “pueden proyectar sobre menores o incapaces una cierta confianza que facilite su atracción al mercado de la prostitución.”¹¹⁹⁹ En cierto sentido, esta idea podría aplicarse también al artículo 177 bis 5, en la medida en que las víctimas tienen una especial confianza en las autoridades públicas con las que entran en contacto, especialmente cuando estas son las encargadas de su protección.

Por otra parte, además de la mayor facilidad y menor riesgo para cometer el delito, se ha señalado que este tipo de conductas merecen una pena más elevada porque suponen una quiebra de los especiales deberes derivados de la condición funcional del sujeto. Se incluye así en el fundamento de la agravante la importancia del “indudable daño para la función pública al instrumentalizarla”¹²⁰⁰. En relación con esta cuestión, es interesante tener en cuenta la opinión de GONZÁLEZ CUSSAC, muy crítico con la fundamentación de las agravantes en lo que denomina “una absurda concepción de castigar más duramente al “delito bien hecho”, o simplemente al delito realizado normalmente, es decir, asegurando unas mínimas posibilidades de éxito”¹²⁰¹. Considera que es ilógico esperar que el delincuente dé ventajas a la víctima y a la administración de justicia, posibilitando así el fracaso de su propósito delictivo¹²⁰². Desde este punto de vista, parece obligado tener en cuenta a la hora de determinar el telos de la agravante, no solo la mayor facilidad para perpetrar el delito, sino también la mayor reprochabilidad de la conducta por cometerse

¹¹⁹⁷ ABOGACÍA DEL ESTADO, *Delitos cometidos por funcionarios públicos*, Francis Lefebvre, Madrid, 2019, p. 26.

¹¹⁹⁸ QUINTERO OLIVARES, G., “Capítulo IV. De las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.)/ MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo I, 7ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 316-317. En un sentido similar, PUENTE SEGURA, L., *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, Colex, Madrid, 1997, p. 550.

¹¹⁹⁹ MORALES PRATS, F./ GARCÍA ALBERO, R., “Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.)/ MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios al Código Penal español*, vol. I, 7ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 1373.

¹²⁰⁰ MAGRO SERVET, V., *Manual práctico sobre agravantes y subtipos agravados en el Código Penal*, La Ley, Madrid, 2019, p. 168.

¹²⁰¹ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Presente y futuro de las circunstancias modificativas”, *Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial*, núm. 7, 1995, p. 11.

¹²⁰² *Ibid.*

prevaliéndose de una posición pública. Una apreciación similar se ha hecho en relación con el tipo cualificado por prevalimiento en los delitos contra la salud pública. Se afirma en estos casos, lo cual puede aplicarse al supuesto agravado del artículo 177 bis, que tiene que haber un plus de desvalor basado en la vulneración de deberes especiales, pues de lo contrario se establecería un trato desigual y discriminatorio por la sola razón del cargo o profesión¹²⁰³.

Así pues, parte de la doctrina y la jurisprudencia reconocen en este punto la existencia de un telos doble, de modo que para la agravante se precisaría la presencia de ambos fines: facilitación de la ejecución-evitación de riesgos y quiebra de los especiales deberes derivados de la condición funcional del sujeto¹²⁰⁴. Por tanto, debe afirmarse que el fundamento del artículo 177 bis 5 es también doble. Por una parte, se ha de tener en cuenta el mayor desvalor del resultado al ser más fácil la comisión del delito y al existir más posibilidades de que la conducta acabe realizándose con éxito. Pero esta base ha de complementarse necesariamente con el mayor desvalor de la acción que representa el hecho de que el sujeto activo utilice su condición para la comisión del tipo¹²⁰⁵. Especialmente si se considera que los deberes especiales que se quiebran son precisamente aquellos relacionados con la víctima y gracias a los cuales se entabló contacto con ella. En estos casos existe una doble afectación al bien jurídico protegido: a la lesión a la libertad y dignidad propia de la trata de seres humanos, se añade “la lesión o puesta en peligro de bienes institucionales como el correcto funcionamiento de la Administración y de los sujetos que dependen de ella orgánicamente”¹²⁰⁶.

2.2. Sujeto activo: el concepto penal de autoridad, agente de esta o funcionario público

El apartado 5 del artículo 177 bis del Código Penal señala expresamente como sujetos activos de este delito especial impropio a quienes tengan la “condición de autoridad, agente de esta o funcionario público”. Así pues, la doctrina considera de modo unánime que para conceptualizar el sujeto activo de este precepto es necesario acudir a la definición instrumental que da el artículo 24 CP¹²⁰⁷.

¹²⁰³ MARTÍNEZ PARDO, V.J., *Los delitos de tráfico de drogas: estudio jurisprudencial*, Edisofer, Madrid, 2013.cit., p. 206.

¹²⁰⁴ ABOGACÍA DEL ESTADO, *Delitos*, cit., p. 26; VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *La circunstancia*, cit., p. 88. En sentido contrario, PUENTE SEGURA, L., *Circunstancias*, cit., p. 550.

¹²⁰⁵ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito*, cit., p. 156; Sostienen idéntica posición, en relación con la misma agravación en la regulación anterior de la trata (318 bis 4), GUARDIOLA LAGO, M.J., *El Tráfico*, cit., 210; PÉREZ CEPEDA, A.I., *Globalización*, cit., p. 275.

¹²⁰⁶ GUARDIOLA LAGO, M.J., *El Tráfico*, cit., p. 210.

¹²⁰⁷ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito*, cit., p. 156; REQUEJO NAVEROS, M. T., “El delito”, cit., p. 51; SANTANA VEGA, D., “Título VII bis”, cit., p. 660; LLORIA GARCÍA, P., “Lección XI”, cit., p. 343. Mantienen idéntica

Este artículo ofrece un criterio propio del Derecho penal, más amplio que el establecido en el Derecho administrativo¹²⁰⁸. No se exige que el sujeto esté vinculado a una Administración pública por una relación estatutaria para el desempeño de servicios profesionales de carácter permanente, tal y como requiere la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público a los funcionarios de carrera¹²⁰⁹. Prueba de ello es el hecho de que el Código Penal utiliza la expresión “se considera” y no “son funcionarios”¹²¹⁰. Tampoco se trata de una norma penal en blanco que remita a disposiciones de Derecho administrativo o laboral¹²¹¹. Estamos en realidad ante un concepto autónomo y exclusivo del Derecho penal, como claramente indica el artículo 24 con la expresión “a efectos penales”. Esta exclusividad encuentra su justificación en la diversidad de fines y objetivos

posición en relación con esta misma agravante en la regulación anterior (318 bis 4): GUARDIOLA LAGO, M.J., *El Tráfico*, cit., p. 211; MORÓN LERMA, E./ GARCÍA ARÁN, M./ JIMÉNEZ VILLAREJO, C., “Los tipos”, cit., p. 236; PÉREZ CEPEDA, A.I., *Globalización*, cit., p. 275. No ocurre lo mismo en relación con la agravante genérica del artículo 22. 7ª, donde existen dos posibles interpretaciones de la expresión “carácter público”. La jurisprudencia y doctrina mayoritarias entienden que ha de atenderse al concepto penal de funcionario del artículo 24. No obstante, parte de la doctrina considera que, al hablar el Código de “carácter público” y no de “funcionario, autoridad o agente de esta”, debe seguirse un concepto más amplio, que incluya cualquier desempeño fáctico de funciones públicas, aunque el sujeto no sea funcionario, ni siquiera interino, de acuerdo con el Derecho penal o el administrativo. En este último sentido, vid. Díez RIPOLLÉS, J.L., *Derecho Penal*, cit., p. 330; MAGRO SERVET, V., *Manual práctico*, cit., p. 171. Por la propia literalidad de la norma, esta interpretación amplia ha de excluirse para el tipo cualificado del artículo 177 bis 5. Para evitar estos debates, se ha propuesto sustituir la expresión “carácter público” por “la más precisa de función pública, que además tiene concreto significado normativo”, en QUINTERO OLIVARES, G., “Capítulo IV”, cit., p. 316; VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *La circunstancia*, cit., p. 35.

¹²⁰⁸ En este sentido, entre muchos otros, MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, Bosch Editor, Barcelona, 2000, p. 22; OLAIZOLA NOGALES, I., “Concepto de funcionario público a efectos penales”, en ASUA BATARRITA, A. (Ed.), *Delitos contra la Administración pública*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997, pp. 78-79; QUINTERO OLIVARES, G., “Capítulo VI. Disposiciones generales”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.)/ MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo I, 7ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 333; GOYENA HUERTA, J., “Capítulo VIII. Prevalimiento del carácter público”, en ARROYO DE LAS HERAS, A./ GOYENA HUERTA, J./ MUÑOZ CUESTA, J. (Coord.), *Las Circunstancias Agravantes en el Código Penal de 1995*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 152-153; ARIAS EIBE, M.J., *Responsabilidad*, cit., pp. 182-183; RODRÍGUEZ LÓPEZ, P./ SOBRINO MARTÍNEZ, A.I., *Delitos contra la Administración pública*, Bosch, Barcelona, 2008, p. 44; JAVATO MARTÍN, A.M., “El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm., 23, 2011, p. 152; MARTÍN LORENZO, M., “Concepto penal de funcionario y externalización de funciones públicas”, en MAQUEDA ABREU, M.L./ MARTÍN LORENZO, M./ VENTURA PÜSCHEL, A. (Coords.), *Derecho Penal para un Estudio social y democrático de Derecho: estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieta*, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2016, p. 212.

¹²⁰⁹ Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (art. 9).

¹²¹⁰ QUINTERO OLIVARES, G., “Capítulo VI”, cit., p. 333; MIR PUIG, C., *Los delitos*, cit., p. 22.

¹²¹¹ ARIAS EIBE, M.J., *Responsabilidad*, cit., pp. 182-183; GOYENA HUERTA, J., “Capítulo VIII”, cit., p. 153; MIR PUIG, C., *Los delitos*, cit., p. 22. A pesar de reconocer la independencia del concepto penal de funcionario público, VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS sostiene que “las elaboraciones de la literatura jurídica-administrativa sobre el estatuto funcional seguirían poseyendo un considerable valor interpretativo, siquiera a título indicativo o de referencia”, VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *La circunstancia*, cit., p. 78.

perseguidos por ambas ramas del Derecho¹²¹². Mientras que el Derecho administrativo se ocupa de regular la relación entre la administración y sus empleados, lo que es relevante a efectos penales es proteger el correcto ejercicio de la función pública¹²¹³.

Aunque el apartado 5 del artículo 177 bis no hace ningún tipo de distinción a efectos penológicos entre los conceptos de funcionario público, autoridad y agente de esta¹²¹⁴, es conveniente clarificar cada una de estas categorías por separado para determinar con precisión su significado y alcance.

2.2.1. Funcionario público

Es el concepto clave, pues toda autoridad y agente ha de ser necesariamente funcionario a efectos penales¹²¹⁵. Es opinión mayoritaria entender que el concepto de funcionario y el de autoridad se encuentran en una relación de género y especie, siendo autoridad la especie del término genérico funcionario¹²¹⁶. Por ello, no faltan voces que consideran que nombrar las tres categorías es innecesario y que sería suficiente con decir solo funcionario¹²¹⁷.

La condición de funcionario está sujeta a la concurrencia de los siguientes requisitos: participación efectiva en el ejercicio de funciones públicas en virtud de un determinado título habilitante. La falta de cualquiera de estos dos requisitos supone la pérdida de la condición de funcionario a efectos penales¹²¹⁸.

¹²¹² ROCA AGAPITO, L., "Concepto de autoridad y de funcionario público a efectos penales", en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.)/ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A./ VENTURA PÜSCHEL, A. (Coords.), *Tratado de Derecho penal español. Parte especial. III. Delitos contra las Administraciones Públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 64.

¹²¹³ ROCA AGAPITO, L., "Concepto", cit., p. 64; OLAIZOLA NOGALES, I., "Concepto", cit., p. 77; ARIAS EIBE, M.J., *Responsabilidad*, cit., pp. 182-183; RODRÍGUEZ LÓPEZ, P./ SOBRINO MARTÍNEZ, A.I., *Delitos*, cit., p. 44; ABOGACÍA DEL ESTADO, *Delitos*, cit., p. 15; JAVATO MARTÍN, A.M., "El concepto de funcionario", cit., pp. 154-155; VALEIJE ÁLVAREZ, I., "Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública", *Cuadernos de política criminal*, núm. 62, 1997, pp. 446-447.

¹²¹⁴ De hecho, son muy pocos los casos en los que el Código penal distingue entre autoridad y funcionario público como sujetos activos del delito. Cobra más relevancia la distinción entre estos conceptos cuando constituyen el sujeto pasivo del delito. Vid. OLAIZOLA NOGALES, I., "Concepto", cit., p. 83.

¹²¹⁵ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., "El concepto de funcionario público", *Cuadernos de política criminal*, núm. 27, 1985, pp. 477-508.

p. 493; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, 2ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 98; MIR PUIG, C., *Los delitos*, cit., p. 22; OLAIZOLA NOGALES, I., "Concepto", cit., p. 83.

¹²¹⁶ ROCA AGAPITO, L., "Concepto", cit., p. 59; JAVATO MARTÍN, A.M., "El concepto de funcionario", cit., p. 167; ALONSO PÉREZ, F., *Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el nuevo Código Penal*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 37-38.

¹²¹⁷ ROCA AGAPITO, L., "Concepto", cit., p. 79; RODRÍGUEZ MESA, M.J., *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, Comares, Granada, 2000, p. 219.

¹²¹⁸ Destaca la importancia de tener en cuenta ambos elementos: RAMON RIBAS, E., "La derogación jurisprudencia del artículo 24.2 CP (concepto de funcionario público)", *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 34, 2014, pp. 173-223.

a) Participación efectiva en las funciones públicas

La participación efectiva en las funciones públicas es el elemento nuclear del concepto penal de funcionario. Lo que define al funcionario a efectos penales es su participación en la función pública, independientemente de su vestidura formal, es decir, lo que importa no es lo que el sujeto es, sino lo que el sujeto hace¹²¹⁹. Por ello, respecto a los empleados de las empresas públicas en régimen de Derecho público, parece que no cabe duda de que ostentan la condición de funcionarios públicos a efectos penales, tanto si están sujetos a un régimen estatutario como si están sometidos al Derecho laboral¹²²⁰. De lo contrario, se sancionaría de modo diferente a dos personas por su régimen laboral, cuando en realidad están desempeñando el mismo trabajo¹²²¹.

La principal dificultad en este sentido reside en determinar qué significa participar en funciones públicas, teniendo en cuenta que la línea divisoria entre lo público y lo privado está en la actualidad muy desdibujada. La Administración deja en muchas ocasiones en manos de empresas privadas la prestación de servicios públicos (transportes, energía, inspecciones técnicas, seguridad...). Por otra parte, es habitual que la propia Administración utilice técnicas de Derecho privado como las sociedades mercantiles para prestar servicios públicos. Incluso puede ocurrir que la Administración amplíe su espectro operativo y realice funciones que nada tienen que ver con una actividad de interés público¹²²².

Ante estas dificultades, han sido varios los criterios desarrollados para determinar qué significa participar en las funciones públicas¹²²³.

De acuerdo con el criterio *objetivo o formal*, toda actividad sometida a un régimen de Derecho público y no de privado constituye una función pública. Quienes presten sus servicios en una entidad sometida al Derecho público serán funcionarios públicos a efectos penales, independientemente de que su régimen estatutario personal no sea público¹²²⁴. Este criterio presenta una dificultad que

¹²¹⁹ QUINTERO OLIVARES, G., "Capítulo VI", cit., p. 335. En el mismo sentido, DE LA MATA BARRANCO, N.J., "El funcionario ante el Derecho Penal", *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 20, 2010, p. 17.

¹²²⁰ MIR PUIG, C., *Los delitos*, cit., p. 26; OLAIZOLA NOGALES, I., "Concepto", cit., p. 81;

¹²²¹ OLAIZOLA NOGALES, I., "Concepto", cit., p. 81.

¹²²² Sobre esta problemática vid.: ROCA AGAPITO, L., "Concepto", cit., p. 64; QUINTERO OLIVARES, G., "Capítulo VI", cit., pp. 334 y ss; JAVATO MARTÍN, A.M., "El concepto de funcionario", cit., p. 157; PUENTE ABA, L.M., "La pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público en delitos de corrupción relacionados con la contratación pública", *Estudios penales y criminológicos*, núm. 20, 2020, pp. 241-273

¹²²³ Utilizan una clasificación de posturas doctrinales semejante: ROCA AGAPITO, L., "Concepto", cit., pp. 64 y ss; MIR PUIG, C., *Los delitos*, cit., p. 22; OLAIZOLA NOGALES, I., "Concepto", cit., p. 77; JAVATO MARTÍN, A.M., "El concepto de funcionario", cit., pp. 157-158; VALEIJE ÁLVAREZ, I., "Reflexiones", cit., pp. 464-466; MARTÍN LORENZO, M., "Concepto penal de funcionario", cit., pp. 214-215.

¹²²⁴ Sostienen este criterio: QUERALT JIMÉNEZ, J.J., "El concepto de funcionario público", cit., pp. 482-483; ÁLVAREZ VIZCAYA, M., *Libertad de expresión y principio de autoridad: el delito de desacato*, Bosch, Barcelona, 1993, pp. 214-216.

ha sido señalada desde hace tiempo por la doctrina: con esta concepción quedarían fuera del ámbito de la función pública a efectos penales muchos casos en los que la Administración usa técnicas organizativas sometidas a Derecho privado¹²²⁵.

Según el criterio finalista o *teleológico*, una actividad es función pública si con ella se persiguen fines o intereses públicos¹²²⁶. La jurisprudencia ha considerado como funciones públicas, las que afectan a la cultura, a la Hacienda pública, a la enseñanza, justicia, seguridad, comunicaciones, agricultura, abastecimientos, vivienda, etc¹²²⁷. Esta tesis garantiza que se pueda incluir en el concepto penal de funcionario al personal de empresas públicas con participación mayoritaria privada, e incluso de empresas privadas siempre que realicen actividades que persigan fines de interés público. Por tanto, si bien supera la crítica planteada a la teoría anterior, el criterio meramente teleológico ha sido también rebatido por introducir una inseguridad e incertidumbre excesivas¹²²⁸.

Por este motivo, es habitual que la tesis teleológica se complemente con el criterio *subjetivo*, según el cual una actividad constituye una función pública si la realiza la Administración pública, ya sea directamente o a través de delegación¹²²⁹. De la mezcla de ambos criterios, surge la teoría *teleológico-subjetiva*, en virtud de la cual para que una función sea pública no solo se exige que esté orientada al interés o bien general, sino también que sea llevada a cabo por la Administración, entendida esta en sentido amplio¹²³⁰. Con esta tesis se pretende ofrecer una respuesta al creciente fenómeno de la privatización de parcelas completas de la Administración, de modo que, si los representantes de la Administración en empresas públicas, aunque funcionen en régimen de Derecho privado, tienen la consideración de funcionarios públicos a efectos penales, se evita que la huida del Derecho administrativo conlleve una huida del Derecho penal.

Por último, se ha desarrollado también un criterio *mixto*, que aúna los tres anteriores¹²³¹. Conforme a esta tesis, para que una actividad constituya función

¹²²⁵ Vid, entre otros, VALEIJE ÁLVAREZ, I., "Reflexiones", cit., pp. 476 y ss.

¹²²⁶ Este criterio se atribuye originariamente a MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 17ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 904. No obstante, en trabajos más recientes opta por un criterio teleológico-subjetivo, afirmando que "la función pública es la proyectada al interés colectivo o social, al bien común y realizada por órganos estatales o paraestatales". Vid. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal*, 2019, cit., p. 881.

¹²²⁷ Por poner un ejemplo: STS 876/2006, de 6 de noviembre.

¹²²⁸ Vid, entre otros, ROCA AGAPITO, L., "Concepto", cit., p. 64.

¹²²⁹ VALEIJE ÁLVAREZ, I., "Reflexiones", cit., pp. 471 y ss.

¹²³⁰ Vid., por todos, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal*, 2019, cit., p. 881; ROCA AGAPITO, L., "Concepto", cit., pp. 67-74; JAVATO MARTÍN, A.M., "El concepto de funcionario", cit., p. 160; MARTÍN LORENZO, M., "Concepto penal de funcionario", cit., p. 215.

¹²³¹ Vid., por todos, VIVES ANTÓN, T.S./ GIMENO SENDRA, J.V., *La Detención*, Bosch, Barcelona, 1977, pp. 51-52; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *El delito de prevaricación*, cit., p. 100; OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito*

pública deben concurrir tres criterios: *subjetivo* (función pública es la actividad llevada a cabo por un ente público), *objetivo* (función pública es la actividad realizada mediante actos sometidos al Derecho público) y *teleológico* (función pública es aquella que persigue fines públicos). En cualquier caso, se da prevalencia a este tercer elemento, pues la ausencia de una finalidad pública privaría del carácter público a la función. Este ha sido también el criterio seguido por la jurisprudencia, que ha entendido que para una correcta determinación del carácter público de la actuación ha de partirse necesariamente de la concurrencia de una finalidad dirigida a satisfacer los intereses generales y el bien común, sin olvidar que dicha actuación debe emanar de un órgano público y estar regida por normas de carácter público, aunque la relación entre el sujeto que la realiza y el órgano pueda ser regulada por normas no públicas¹²³².

En el caso de la corrupción relacionada con la trata, la mayoría de los sujetos que potencialmente pueden llevar a cabo estas conductas, como se ha visto en el capítulo anterior, no presenta dudas acerca de su participación en la función pública, sea cual sea la teoría que se siga. No se cuestiona, por ejemplo, que los agentes de la Policía Nacional, Guardia Civil o incluso Policía Local participan en el ejercicio de las funciones públicas, pues llevan a cabo una actividad al servicio de la ciudadanía, regida por normas de Derecho público y en el marco de la Administración pública, ya sea en el ámbito estatal, autonómico o local. Además, como veremos, cuentan también con un título de habilitación, por lo que no cabría dudas de que encajan en el concepto penal de funcionario. Es más, en la mayoría de supuestos, son ya funcionarios públicos de carrera de acuerdo con el Derecho administrativo¹²³³.

No obstante, la creciente privatización de determinados servicios de seguridad tradicionalmente realizados por la Administración pública, en sectores estrechamente relacionados con la trata de seres humanos, sí podría plantear dudas. La Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada, en sus artículos 40 y 41, establece que los servicios de seguridad privada pueden llevar a cabo “tareas de vigilancia y protección perimetral en centros penitenciarios, internamiento de extranjeros, establecimientos militares u otros edificios o instalaciones de organismos públicos, incluidas las infraestructuras críticas”. Estas tareas, en las que los empleados de empresas privadas pueden usar armas de fuego, se realizarán cuando así se decida por el órgano competente, y cumpliendo estrictamente las órdenes e instrucciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. De este modo, el personal de empresas de seguridad privada está presente en

de cohecho, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 132 y ss; RODRÍGUEZ LÓPEZ, P./ SOBRINO MARTÍNEZ, A.I., *Delitos*, cit., p. 46; ALONSO PÉREZ, F., *Delitos*, cit., p. 36.

¹²³² Vid., por ejemplo, STS de 10 de julio de 2000; STS 876/2006, de 6 de noviembre.

¹²³³ En el caso de la Policía Nacional, por ejemplo, la condición de funcionario de carrera se regula en el artículo 4 de la LO 9/2015, de 28 de julio, de Régimen de Personal de la Policía Nacional. En cuanto a la Policía Local, así lo dispone el artículo 28 de la Ley 16/1991, de 10 de julio, de las Policías Locales.

instalaciones públicas estrechamente vinculadas en la trata, como son, tal y como se puso de manifiesto en el capítulo anterior, los CIEs, expresamente mencionados en la ley, pero también los centros de menores, aeropuertos, etc. Por este motivo, es importante analizar si estos pueden ser sujetos activos del subtipo agravado previsto en el artículo 177 bis 5.

En la actualidad no existe unanimidad acerca de la posible participación del personal de empresas de seguridad privada en la función pública a efectos penales. Por una parte se ha sostenido que no cumplen las condiciones requeridas para ser considerados funcionarios públicos y que sería excesivo atribuir la condición de partícipes en la función pública al personal de compañías privadas de seguridad que realizan tareas que antes eran desempeñadas por la Guardia Civil o la Policía, pues hacerlo sería “un modo de contribuir indirectamente a desdibujar la calidad propia de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado”¹²³⁴. Si se sigue esta postura, el empleado de una empresa privada de seguridad encargado, por ejemplo, de la vigilancia en un centro de menores, que aprovecha la cercanía a las víctimas que le otorga su cargo, debería ser condenado por el tipo básico del artículo 177 bis CP, agravado si fuese el caso con la circunstancia genérica de abuso de superioridad, pero nunca con la agravante específica prevista en el apartado 5 de este precepto¹²³⁵.

Por el contrario, la jurisprudencia más reciente, dando preeminencia al elemento teleológico, sí consideran que, en determinados casos, los servicios de seguridad privados pueden participar efectivamente en la función pública. Así se pronunció el Tribunal Supremo, al condenar por torturas a tres vigilantes de seguridad de un centro de menores, considerando que en cuanto “auxiliares” de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, participan en la función pública de garantizar la seguridad¹²³⁶. Además, el personal de seguridad privada sí tiene reconocida la condición de funcionarios públicos cuando son sujetos pasivos del delito¹²³⁷. Recientemente se les ha reconocido expresamente el carácter de autoridad cuando sean víctimas de agresiones y desobediencias en el desarrollo de actividades de seguridad privada en cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, tanto en el artículo 31 de la Ley 5/2014 de Seguridad Privada, como en los artículos 554 y 556 del Código Penal. Asimismo, la jurisprudencia también ha admitido su participación en las funciones públicas a

¹²³⁴ QUINTERO OLIVARES, G., “Capítulo VI”, cit., p. 335.

¹²³⁵ SANTANA VEGA, D., “Título VII bis”, cit., p. 660; QUINTERO OLIVARES, G., “Capítulo VI”, cit., p. 335.

¹²³⁶ STS 718/2013, de 1 de octubre. En el mismo sentido se pronunció la SAP Santa Cruz de Tenerife 194/2017, de 15 de mayo. Asimismo, se consideró también como funcionarios a los efectos de cometer el delito de torturas, al jefe de seguridad de una urbanización (SAP de Castellón 334/2016, de 24 de octubre).

¹²³⁷ Se reconoce la condición de funcionarios públicos, como sujetos pasivos de un delito de atentado, a los vigilantes de seguridad que actúan como auxiliares de la policía local, por ejemplo, SAP Pontevedra 320/2011, de 11 de noviembre.

los efectos de eximirlos de responsabilidad penal con base en el artículo 20.7 CP, cuando actúan en el ejercicio proporcionado y legítimo de su cargo¹²³⁸.

Por tanto, en la medida en que tanto doctrina como jurisprudencia parecen indicar que el elemento definitorio esencial de la función pública es el teleológico, sí es posible afirmar que participan en la función pública aquellos funcionarios que realizan tareas de vigilancia y protección en centros penitenciarios, CIEs, centros de menores, aeropuertos, etc., y otros edificios o instalaciones de organismos públicos. Satisfacen el criterio teleológico porque, en su condición de auxiliares o colaboradores de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, llevan a cabo tareas proyectadas a intereses colectivos o sociales y no meramente comerciales. La propia Ley de Seguridad Privada afirma expresamente que constituyen “una parte indispensable del conjunto de medidas destinadas a la protección de la sociedad y a la defensa de los derechos y legítimos intereses de los ciudadanos”, dejando clara su orientación a fines públicos. Pero además, cumplen también con el criterio subjetivo porque actúan a través de “una suerte de delegación de funciones eminentemente públicas”¹²³⁹, o como “auténticos agentes administrativos ejecutando tareas de interés general”¹²⁴⁰. Ahora bien, la participación en la función pública no es el único requisito para ser considerados funcionarios públicos a efectos penales, pues deberán contar también con un título habilitante, lo que, como veremos, plantea cuestiones todavía más problemáticas.

b) Título habilitante

Para adquirir la condición de funcionario público a efectos penales no basta la participación en las funciones públicas, sino que se necesita también estar habilitado para tal participación por medio de un título. Como se señalaba anteriormente, el Derecho Penal no exige la nota de incorporación a la función pública propia del concepto administrativo de funcionario público. No se requiere tampoco la nota de permanencia, ni la realización de una oposición o concurso, ni figurar en plantilla, pero sí es necesario que se cuente con un título de habilitación¹²⁴¹.

El artículo 24 CP especifica que dicha habilitación puede tener lugar por tres títulos diversos: “por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente”.

- *Por disposición inmediata de la Ley*

¹²³⁸ STS 850/2006 de 12 de julio.

¹²³⁹ MARTÍN LORENZO, M., “Concepto penal de funcionario”, cit., pp. 217-218.

¹²⁴⁰ VALEIJE ÁLVAREZ, I., “Reflexiones”, cit., p. 467.

¹²⁴¹ MIR PUIG, C., *Los delitos*, cit., p. 24.

El debate fundamental a la hora de interpretar este requisito consiste en determinar qué ha de entenderse por “Ley”. Aunque no existe unanimidad al respecto en la doctrina¹²⁴², se adopta aquí un criterio estricto, según el cual el vocablo “Ley” debe interpretarse incluyendo únicamente normas con rango de ley, es decir, decretos leyes y decretos legislativos incluidos¹²⁴³. La incorporación al ejercicio de la función pública por decretos, reglamentos y órdenes ministeriales, normas que no tienen rango de ley, es también válida como título habilitante, pero solo en la medida en que constituye una forma de nombramiento por la autoridad competente¹²⁴⁴.

Además, de acuerdo con la literalidad de la norma, dichas disposiciones con rango de ley han de otorgar el carácter de funcionario público de manera *inmediata*. En este sentido, es interesante tener en cuenta que, como ha indicado recientemente la Abogacía General del Estado, “en la actualidad no existen en el ordenamiento jurídico español supuestos de nombramientos directos de funcionarios “por disposición legal”, lo que dejaría vacía de contenido esta disposición”¹²⁴⁵. Para evitarlo, se entiende que el requisito de inmediatez de la disposición legal se cumple también cuando una ley otorga la cualidad de funcionario a los que accedan a determinados cargos, siendo nombrados por una norma de rango inferior¹²⁴⁶. Así, el artículo 9.1 de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, que regula la condición de función de funcionario de carrera, sería la disposición legal inmediata que sirve como título habilitante para participar en el ejercicio de funciones públicas, sin perjuicio de que el acto directo de nombramiento no esté fijado directamente en la Ley¹²⁴⁷. Se trataría de una *factio iuris* para poder dotar de contenido a la fórmula jurídica formal “disposición inmediata de la Ley”¹²⁴⁸.

- *Por elección*

Incluye tanto el sufragio universal como elecciones en las que no participan todos los ciudadanos (por ejemplo, los decanos de Colegios Profesionales, o los miembros de Claustros Universitarios o de Juntas de

¹²⁴² Un sector de la doctrina sigue una concepción estricta, de modo que, por “Ley”, solo se enterá ley formal emanada del Poder legislativo. Vid., por todos, QUERALT JIMÉNEZ, J.J., “El concepto de funcionario público”, cit., p. 487. Por el contrario, existe también una interpretación amplia, que entiende el término “Ley” como toda disposición de rango general, incluyendo decretos, órdenes ministeriales, etc... En este sentido, vid. DEL TORO MARZAL, A. “Comentario al artículo 119 CP”, en CORDOBA RODA, J./ RODRÍGUEZ MOURULLO, G./ DEL TORO MARZAL, A./ CASABÓ RUIZ, J.R., *Comentarios al Código penal*. Tomo II, Ediciones Ariel, Barcelona, 1972, pp. 734-735.

¹²⁴³ En el mismo sentido: OLAIZOLA NOGALES, I., “Concepto”, cit., p. 80; ROCA AGAPITO, L., “Concepto”, cit., p. 170; MARTÍN LORENZO, M., “Concepto penal de funcionario”, cit., p. 219; ALONSO PÉREZ, F., *Delitos*, cit., pp. 34-35.

¹²⁴⁴ OLAIZOLA NOGALES, I., “Concepto”, cit., p. 80.

¹²⁴⁵ ABOGACÍA DEL ESTADO, *Delitos*, cit., p. 15.

¹²⁴⁶ ROCA AGAPITO, L., “Concepto”, cit., p. 76.

¹²⁴⁷ ABOGACÍA DEL ESTADO, *Delitos*, cit., p. 15.

¹²⁴⁸ VALEIJE ÁLVAREZ, I., “Reflexiones”, cit., p. 456. Comparte su opinión: JAVATO MARTÍN, A.M., “El concepto de funcionario”, cit., p. 165.

Facultad) y elecciones en las que no participan directamente los ciudadanos (como por ejemplo, la elección del presidente del Gobierno o de los alcaldes)¹²⁴⁹.

- *Por nombramiento de autoridad competente*

En primer lugar, es necesario señalar que el nombramiento a efectos penales no equivale al acto formal por el que un sujeto accede a la carrera funcional de acuerdo con el ordenamiento administrativo¹²⁵⁰. Nombrar consiste en designar o señalar a alguien para un cargo o función, tarea que debe ser realizada por una autoridad con competencias para atribuir a un sujeto la participación en las funciones públicas¹²⁵¹.

Esta fórmula se creó inicialmente para conferir la cualidad de funcionario público a efectos penales a lo que se ha dado en llamar “personal de confianza política”, que participan en la función pública por libre designación y cuyo sueldo no deriva directamente del presupuesto General del Estado¹²⁵². Actualmente se incluye también a los funcionarios interinos, el personal eventual, los contratados administrativos y el personal laboral temporal e indefinido¹²⁵³. La causa del nombramiento por autoridad puede ser un contrato laboral, siendo irrelevante que el funcionario sea interino o de plantilla. Lo relevante es que la persona esté al servicio de entes públicos, con sometimiento de su actividad al control del derecho administrativo, aunque carezca de las notas de incorporación definitiva y de permanencia¹²⁵⁴.

Como se señalaba anteriormente, en la mayoría de posibles supuestos de corrupción relacionada con la trata, estará clara la condición de funcionario público a efectos penales de los sujetos activos, no solo por su participación efectiva en las funciones públicas, sino también por contar con el correspondiente título habilitante. Muchos de ellos, como por ejemplo policías, jueces, diplomáticos, etc., participan en el ejercicio de las funciones públicas por

¹²⁴⁹ QUERALT, J.J., “El concepto de funcionario público”, cit., p. 488; ROCA AGAPITO, L., “Concepto”, cit., p. 77; MIR PUIG, C., *Los delitos*, cit., p. 25; ABOGACÍA DEL ESTADO, *Delitos*, cit., p. 15; JAVATO MARTÍN, A.M., “El concepto de funcionario”, cit., pp. 164-165; MARTÍN LORENZO, M., “Concepto penal de funcionario”, cit., pp. 220; RAMON RIBAS, E., “La derogación jurisprudencia del artículo 24.2 CP”, cit., pp. 197-198.

¹²⁵⁰ JAVATO MARTÍN, A.M., “El concepto de funcionario”, cit., p. 166;

¹²⁵¹ VALEIJE ÁLVAREZ, I., “Reflexiones”, cit., p. 456.

¹²⁵² OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, cit., pp. 154-155; ROCA AGAPITO, L., “Concepto”, cit., p. 78; VALEIJE ÁLVAREZ, I., “Reflexiones”, cit., p. 457; JAVATO MARTÍN, A.M., “El concepto de funcionario”, cit., p. 166.

¹²⁵³ OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, cit., pp. 154-155; VALEIJE ÁLVAREZ, I., “Reflexiones”, cit., pp. 457-458; DE LA MATA BARRANCO, N.J., “El funcionario ante el Derecho Penal”, cit., p. 17; JAVATO MARTÍN, A.M., “El concepto de funcionario”, cit., p. 166; MARTÍN LORENZO, M., “Concepto penal de funcionario”, cit., pp. 217-218; ABOGACÍA DEL ESTADO, *Delitos*, cit., p. 16; ROCA AGAPITO, L., “Concepto”, cit., p. 78. En sentido contrario, QUINTERO OLIVARES, considera que el personal contratado temporalmente al servicio de la Administración pública carece de título habilitante. Vid. QUINTERO OLIVARES, G., “Capítulo VI”, cit., p. 334.

¹²⁵⁴ OLAIZOLA NOGALES, I., “Concepto”, cit., p. 81; MIR PUIG, C., *Los delitos*, cit., p. 26; RODRÍGUEZ LÓPEZ, P./ SOBRINO MARTÍNEZ, A.I., *Delitos*, cit., p. 45; ABOGACÍA DEL ESTADO, *Delitos*, cit., p. 16.

disposición inmediata de la Ley, al tratarse de funcionarios de carrera, y en el caso de la corrupción política, se hará fundamentalmente a través de la elección y el nombramiento. De nuevo, las dudas surgen en relación con la seguridad privada que realiza tareas de vigilancia y protección en determinados edificios o instalaciones de organismos públicos que puedan tener algún tipo de relación con la trata. Aunque efectivamente puedan participar en la función pública, y en consecuencia la jurisprudencia los haya considerado en ocasiones funcionarios públicos a efectos penales, no está claro que cuenten también con el correspondiente título habilitante, tal y como exige el Código Penal¹²⁵⁵. Aunque se considerase que el contrato administrativo entre la empresa de seguridad privada y la Administración pública¹²⁵⁶ constituye una modalidad de nombramiento, dicho nombramiento tiene como sujeto a la empresa, a la persona jurídica, pero no al empleado que se prevale de su cargo para cometer un delito de trata¹²⁵⁷. Por ello, hay que concluir que los trabajadores de seguridad privada no son funcionarios a efectos penales y, por tanto, se excluye la aplicación del subtipo agravado previsto en el artículo 177 bis 5. Si el personal de seguridad privada ha abusado de su condición para cometer la conducta típica, será castigado por el tipo básico del artículo 177 bis, con la concurrencia de la circunstancia agravante genérica de abuso de superioridad (art. 22.2 CP).

Por otra parte, con independencia del título habilitante, el momento en el que se adquiere la condición de funcionario público es, por regla general, el de la toma de posesión o aceptación del cargo¹²⁵⁸. Sin embargo, en determinados supuestos la jurisprudencia lo ha anticipado a un momento anterior. Por ejemplo, el carácter de funcionario público a efectos penales puede adquirirse desde el momento de la elección, aunque todavía no se haya tomado posesión formal del cargo, si ya es posible realizar conductas que afecten a la participación en las funciones públicas¹²⁵⁹. Un ejemplo de esta situación es la condena por cohecho a un concejal que, a cambio dinero y acceso a un cargo de libre designación, cambió

¹²⁵⁵ Así se manifestó el Tribunal Supremo en relación con un sujeto contratado como vigilante en una cofradía de pescadores, al que negó la condición de funcionario público como sujeto activo y pasivo, argumentando que su contrato con la cofradía de pescadores no constituye un título habilitante válido, pese a reconocer que efectivamente desempeña funciones públicas (STS 383/2018, de 25 de julio).

¹²⁵⁶ La disposición adicional segunda de la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada, regula el régimen de contratación de servicios de seguridad privada por las Administraciones públicas, y remite al artículo 118 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobada por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

¹²⁵⁷ MARTÍN LORENZO considera que las entidades colaboradoras ejercen funciones públicas en virtud de su nombramiento por una resolución de autorización de acreditarse, y que a través del art. 31 CP es posible que estos entes transmitan la condición de funcionario público a sus directivos y trabajadores. Vid. MARTÍN LORENZO, M., "Concepto penal de funcionario", cit., pp. 223 y ss. Sobre las dificultades para considerar funcionarios públicos a los contratados administrativos, vid. PUENTE ABA, L.M., "La pena de inhabilitación especial", cit., pp. 259 y ss.

¹²⁵⁸ ABOGACÍA DEL ESTADO, *Delitos*, cit., pp. 15-16.

¹²⁵⁹ ROCA AGAPITO, L., "Concepto", cit., p. 77; ABOGACÍA DEL ESTADO, *Delitos*, cit., pp. 15-16.

su voto en la sesión de investidura, es decir, antes de que tomase posesión del cargo¹²⁶⁰.

Una cuestión problemática relacionada con el título habilitante es la de los denominados “funcionarios de hecho”. Hay que distinguir aquí dos situaciones distintas. Por una parte, no pueden ser considerados funcionarios públicos aquellos que, por propia iniciativa, impulsiva o caprichosamente, realicen actividades públicas faltando el título habilitante¹²⁶¹. Por ejemplo, no se aplicará el subtipo agravado del artículo 177 bis 5 a quienes se hace pasar por policías (sin serlo), para captar a migrantes en un CIE, diciéndoles que, desde su posición podrían regularizar su situación migratoria, con el objetivo de explotarlos posteriormente. Además, estos sujetos podrían incluso incurrir en responsabilidades penales a título de usurpadores de funciones públicas¹²⁶². No obstante, se ha planteado la posibilidad de que sí puedan ser considerados funcionarios públicos si, a pesar de no concurrir un título habilitante, existe “aquiescencia activa o simplemente permisiva de los responsables directos del funcionamiento de un determinado servicio administrativo”¹²⁶³. El segundo supuesto de “funcionarios de hecho” tiene lugar cuando, quien ha sido nombrado para ejercer funciones públicas carece de las condiciones exigidas por la normativa correspondiente (edad, titulación, etc.). Retomando el ejemplo anterior, el agente de policía en cuestión sí ha superado el proceso selectivo y ha sido nombrado por la autoridad competente, pero posteriormente se descubre que no tiene nacionalidad española, uno de los requisitos exigidos por el artículo 26 de la Ley Orgánica 9/2015, de 28 de julio, de Régimen de Personal de la Policía Nacional. A estos sujetos se les considera funcionarios a efectos penales, pues hay nombramiento y efectiva participación en la función pública¹²⁶⁴.

2.2.2. Autoridad

En la medida en que toda autoridad ha de ser también funcionario público a efectos penales, la condición de autoridad está sujeta a la concurrencia de los requisitos necesarios para ser funcionario, esto es: participación efectiva en las

¹²⁶⁰ STS 1952/2000, de 19 de diciembre.

¹²⁶¹ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *El delito de prevaricación*, cit., p. 101; OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, cit., p. 167; ROCA AGAPITO, L., “Concepto”, cit., p. 78; VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *La circunstancia*, cit., p. 23; RODRÍGUEZ LÓPEZ, P./ SOBRINO MARTÍNEZ, A.I., *Delitos*, cit., p. 46; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal*, cit., p. 881.

¹²⁶² VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *La circunstancia*, cit., p. 23; ABOGACÍA DEL ESTADO, *Delitos*, cit., pp. 15-16; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal*, cit., p. 881.

¹²⁶³ ABOGACÍA DEL ESTADO, *Delitos*, cit., p. 16.

¹²⁶⁴ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *El delito de prevaricación*, cit., pp. 101-102; VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *La circunstancia*, cit., p. 23; ROCA AGAPITO, L., “Concepto”, cit., p. 79; RODRÍGUEZ LÓPEZ, P./ SOBRINO MARTÍNEZ, A.I., *Delitos*, cit., p. 46; OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, cit., p. 167; ABOGACÍA DEL ESTADO, *Delitos*, cit., p. 16; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal*, cit., p. 881.

funciones públicas en virtud de un título habilitante¹²⁶⁵. Pero además es necesario que estos funcionarios, por sí solos o como miembros de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado, tengan mando o ejerzan jurisdicción propia.

Tener mando implica poder coactivo, entendido este como potestad de reclamar obediencia¹²⁶⁶. Dicho de otro modo, implica la facultad de obligar a otros (sus subordinados dentro de la Administración y también el resto de ciudadanos) a cumplir lo ordenado en el ámbito jurídico. Como veremos, esto es precisamente lo que diferencia a la autoridad de sus agentes.

Según la opinión dominante, jurisdicción es la capacidad de resolución en asuntos judiciales o administrativos. Es decir, tiene jurisdicción un juez dentro del ámbito de su competencia, pero también otros funcionarios que posean competencia para resolver en asuntos administrativos¹²⁶⁷.

Además, el mando o la jurisdicción han de ser propios, lo que significa tener capacidad de ejecutar una potestad pública, ejecutiva o judicial, por sí misma, no delegada por otra autoridad, en un ámbito competencial objetivo y territorial¹²⁶⁸. Así, no tienen esta condición todos aquellos funcionarios que ejecutan la actividad de la Administración pública o de Justicia pero solo materializando la potestad del superior¹²⁶⁹. Por este motivo, el artículo 24 CP incluye expresamente al Ministerio Fiscal, pues de no hacerlo solo los Fiscales-Jefes tendrían esta condición. Por la misma razón, se incluye también de manera expresa a Diputados, Senadores, miembros de las Asambleas legislativas de las CCAA y del Parlamento Europeo. Si no se incluyeran explícitamente, solo tendrían la condición de funcionarios, pues los parlamentos o cámaras no son ni órganos ni tribunal, a pesar de su evidente coparticipación en el ejercicio de las potestades soberanas¹²⁷⁰. Así, dado que el Código Penal no mencionada expresamente a los

¹²⁶⁵ Vid., por todos, QUERALT JIMÉNEZ, J.J., “El concepto de funcionario público”, cit., p. 493, quien señala que esta es una “cuestión pacífica en la doctrina española”. En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal*, 2019, cit., p. 882; ALONSO PÉREZ, F., *Delitos*, cit., p. 38.

¹²⁶⁶ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., “El concepto de funcionario público”, cit., p. 495; ROCA AGAPITO, L., “Concepto”, cit., p. 81; MIR PUIG, C., *Los delitos*, cit., p. 28; OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, cit., p. 171; JAVATO MARTÍN, A.M., “El concepto de funcionario”, cit., p. 168; RODRÍGUEZ LÓPEZ, P./SOBRINO MARTÍNEZ, A.I., *Delitos*, cit., p. 40.

¹²⁶⁷ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., “El concepto de funcionario público”, cit., p. 498; OLAIZOLA NOGALES, I., “Concepto”, cit., p. 84; ROCA AGAPITO, L., “Concepto”, cit., p. 82; JAVATO MARTÍN, A.M., “El concepto de funcionario”, cit., p. 168; MIR PUIG, C., *Los delitos*, cit., p. 28; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *El delito de prevaricación*, cit., pp. 100-101; ÁLVAREZ VIZCAYA, M., *Libertad de expresión*, cit., p. 230. En sentido contrario, un sector minoritario de la doctrina entiende que la jurisdicción es únicamente la función realizada por jueces y tribunales para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. De esta opinión, RODRÍGUEZ LÓPEZ, P./SOBRINO MARTÍNEZ, A.I., *Delitos*, cit., p. 40.

¹²⁶⁸ QUINTERO OLIVARES, G., “Capítulo VI”, cit., p. 332; MIR PUIG, C., *Los delitos*, cit., p. 28; JAVATO MARTÍN, A.M., “El concepto de funcionario”, cit., p. 168; QUERALT JIMÉNEZ, J.J., “El concepto de funcionario público”, cit., pp. 498-499.

¹²⁶⁹ QUINTERO OLIVARES, G., “Capítulo VI”, cit., p. 331.

¹²⁷⁰ QUINTERO OLIVARES, G., “Capítulo VI”, cit., p. 332.

miembros de las Diputaciones provinciales, habrá que entender que quedan excluidos del concepto de autoridad, sin perjuicio de que puedan ser considerados funcionarios¹²⁷¹.

2.2.3. *Agente de la autoridad*

El apartado 5 del artículo 177 bis CP incluye entre los sujetos activos de este subtipo agravado, además de las autoridades y funciones públicos, a los agentes de la autoridad. Sin embargo, a diferencia de los anteriores, el Código Penal no define en el artículo 24, ni en ningún otro precepto, a los agentes de la autoridad. Ante la ausencia de un concepto legal, doctrina y jurisprudencia caracterizan a los agentes de la autoridad como aquellos funcionarios públicos cuyo cometido es la ejecución de las decisiones de la autoridad¹²⁷².

Existen dos interpretaciones sobre el alcance de esta categoría. Desde una concepción más restrictiva, puede considerarse que agentes de autoridad son solamente los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, ya que así lo establece expresamente la Ley Orgánica que los regula¹²⁷³. Otra interpretación incluye dentro del concepto de agente a todos aquellos que sean designados como tal en un precepto con rango de ley, no necesariamente orgánica¹²⁷⁴. Así, tendrían esta condición, por ejemplo, los agentes de la autoridad sanitaria¹²⁷⁵ y los inspectores de Trabajo y Seguridad Social¹²⁷⁶, sectores clave en la detección de víctimas de trata de seres humanos. En cualquier caso, todos ellos podrían ser sancionados por el artículo 177 bis 5 porque poseen también la condición de funcionarios públicos.

Finalmente, dado el carácter transnacional de la trata, es importante tratar aquí la cuestión de los funcionarios de terceros países como sujetos activos del delito. Sin ir más lejos, en el control fronterizo de las costas españolas participan patrullas mixtas hispano-marroquíes y agentes de Frontex, lo que obliga a plantearse qué ocurriría si uno de estos funcionarios extranjeros o comunitarios interviniese en el delito¹²⁷⁷. Afirma ARROYO ZAPATERO, en relación con la primera propuesta de regulación de esta agravante prevista, entonces en el artículo 318 bis 4, que la normativa internacional no resuelve “si se puede aplicar la calificación a funcionarios de terceros países”. En efecto, tanto la Directiva

¹²⁷¹ OLAIZOLA NOGALES, I., “Concepto”, cit., p. 84.

¹²⁷² ROCA AGAPITO, L., “Concepto”, cit., p. 85; JAVATO MARTÍN, A.M., “El concepto de funcionario”, cit., p. 170; ABOGACÍA DEL ESTADO, *Delitos*, cit., p. 22.

¹²⁷³ Artículo 7 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

¹²⁷⁴ ROCA AGAPITO, L., “Concepto”, cit., p. 85.

¹²⁷⁵ Según lo previsto en el artículo 53 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública. La jurisprudencia ha venido otorgando el carácter de funcionario público a médicos, fijos o interinos, de la Seguridad Social, en varias sentencias. Vid., por ejemplo, STS 2361/2001, de 4 de diciembre; STS 1030/2007, de 4 de diciembre.

¹²⁷⁶ De acuerdo con la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

¹²⁷⁷ SANTANA VEGA, D., “Título VII bis”, cit., p. 660.

2011/36/UE como el Convenio de Varsovia hablan únicamente de agravar la comisión por parte de un agente o funcionario público en el ejercicio de sus funciones, sin aclarar dónde ha de tener el sujeto tal condición. Considera que “en este punto, lo más adecuado resulta respetar la legislación de cada país. En el sentido de que solo procede aplicar la cualificación si el sujeto resulta funcionario de acuerdo con el concepto penal que exista en su país”¹²⁷⁸. De tal modo que, siempre y cuando se cumplan los requisitos de conexión territorial exigidos por la LOPJ y por el propio artículo 177 bis¹²⁷⁹, sería posible condenar en España por el subtipo agravado del 177bis 5 a un sujeto que tenga la condición de funcionario público a efectos penales en otro Estado. Así lo ha establecido expresamente el Código en relación con los delitos de cohecho (arts. 427 y 435 bis CP), en los que el concepto de funcionario público incluye a quienes ostenten cargos o empleos legislativos, administrativos o judiciales de la Unión Europea o de cualquier país extranjero. Esta posibilidad es relevante en el caso de la trata porque son varias las sentencias en España que se hacen eco del pago de sobornos a funcionarios de terceros países para facilitar el transporte de las víctimas¹²⁸⁰.

2.3. El prevalimiento de la condición pública como requisito esencial de la agravación

A lo largo del Código Penal se utilizan expresiones muy diversas para agravar la intervención de funcionarios públicos en delitos comunes. En los ámbitos del tráfico de drogas (art. 372 CP)¹²⁸¹ y el blanqueo (art. 303 CP) se requiere que los hechos “fueran realizados” por un funcionario público “en el ejercicio de su cargo”; en las torturas y otros delitos contra la integridad moral, se exige que estos sujetos actúen “abusando de su cargo” (arts. 174 y ss.)¹²⁸²;

¹²⁷⁸ ARROYO ZAPATERO, L.A., “Propuesta”, cit., p. 41.

¹²⁷⁹ El artículo 23.4 m) de la LOPJ establece que la jurisdicción española será competente para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse como trata de seres humanos si el procedimiento se dirige contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o en caso de que el delito se hubiese cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos tuviese nacionalidad española o residencia habitual en España, siempre que la persona a la que se impute la comisión del hecho delictivo se encuentre en España. A pesar de esta previsión tan amplia, la competencia de los tribunales está limitada por el propio tipo de la trata de seres humanos, que requiere que el delito se cometa desde España, en tránsito o con destino a ella. Aun con estas limitaciones es posible imaginar múltiples situaciones en las que los tribunales españoles tuviesen competencias para juzgar a sujetos que tengan la condición de funciones públicos en terceros países.

¹²⁸⁰ Vid., por ejemplo, STS 178/2016, de 3 de marzo.

¹²⁸¹ Vid. COTELO LÓPEZ, C., “Artículos 369 y 370”, cit., pp. 113-114; MARTÍNEZ PARDO, V.J., *Los delitos*, cit., p. 206; SÁNCHEZ MELGAR, J., “La reforma penal en el delito de narcotráfico: elementos jurídicos y su configuración en la jurisprudencia. Nuevas perspectivas de cambio”, en CIMÁS GIMÉNEZ, M. C. (Dir.), *Delitos contra la salud pública. Novedades jurisprudenciales. Nuevos hábitos, nuevos consumos*, CGPJ, Madrid, 2007, pp. 61 y ss. Ambos destacan la necesidad de la modalidad agravada solo se aplicaría si hay un aprovechamiento del cargo.

¹²⁸² Vid., por todos, RODRÍGUEZ MESA, M.J., *Torturas*, cit., pp. 229-231.

mientras que en las detenciones ilegales, la actuación del funcionario o autoridad debe ser “fuera de los casos permitidos por la ley y sin mediar causa por delito” (art. 167 CP)¹²⁸³. Por su parte, el artículo 177 bis, junto con otros delitos¹²⁸⁴, utiliza la fórmula “los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de esta o funcionario público”.

El prevalimiento se convierte así en el elemento central de esta agravación. No basta con que la conducta sea cometida por un funcionario público, tal y como exige la legislación supranacional, sino que el legislador español exige que el sujeto se prevalga de su condición. Es por ello que, para entender el verdadero alcance de este subtipo agravado, es necesario analizar en profundidad el concepto jurídico-penal de prevalimiento, diferenciando su contenido del de expresiones similares utilizadas por el Código Penal como el realizar el tipo “en el ejercicio de su cargo” o “abusando de su cargo”.

Para integrar este concepto hay que acudir a lo que doctrina y jurisprudencia han dispuesto en relación con la agravante genérica de prevalimiento del carácter público del culpable (art. 22.7 CP), ya que su contenido es esencialmente el mismo que el de la agravante específica en cuestión¹²⁸⁵. En ambos casos, prevalerse consiste en poner la condición de funcionario al servicio del propósito criminal, es decir, en aprovecharse de las ventajas que ofrece el cargo para ejecutar el hecho delictivo con mayor facilidad y menor riesgo¹²⁸⁶. Así pues, el prevalimiento exige que concurren tres elementos: el elemento personal (poseer la condición de funcionario público); el elemento material (aprovecharse

¹²⁸³ CLIMENT DURÁN, C., *Detenciones ilegales cometidas por autoridad o funcionario público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 27-28 y 169; RAMON RIBAS, E., *Detenciones*, cit., pp. 299-300. Ambos entienden que, para aplicar el subtipo agravado, el sujeto activo habrá de actuar en el ejercicio de sus funciones.

¹²⁸⁴ Abusos y agresiones sexuales a menores de 16 años (art. 183.5 CP), delitos relativos a la prostitución (arts. 187.2 a y 188.3 c), delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis 4) y desórdenes públicos (art. 557 bis 5 a).

¹²⁸⁵ Se ha sostenido que el fundamento de la circunstancia agravante genérica del 22.7 es el mismo que el de las cualificaciones específicas recogidas en diversos delitos de la parte especial que se imponen cuando el sujeto activo es un funcionario público. Su inclusión como agravante específica en el artículo 177 bis responde principalmente a razones penológicas. Vid. OLAIZOLA NOGALES, I., “Previsiones específicas en materia de penalidad. Inhabilitación y suspensión. La agravación genérica de prevalimiento de cargo”, en ASUA BATARRITA, A. (Ed.), *Delitos contra la Administración pública*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997, p. 91. Sin embargo, no se puede olvidar que para algunos autores el ámbito subjetivo de la agravante genérica sería mayor, al entender que el alcance del “carácter público” es más amplio que el concepto de funcionario público del artículo 24 CP. Vid. Díez RIPOLLÉS, J.L., *Derecho Penal*, cit., p. 330; MAGRO SERVET, V., *Manual práctico*, cit., p. 171.

¹²⁸⁶ Vid. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *La circunstancia*, cit., p. 36; ARIAS EIBE, M.J., *Responsabilidad*, cit., p. 184; MAZA MARTÍN, J.M., *Circunstancias que excluyen o modifican la responsabilidad criminal (eximentes, atenuantes, agravantes y circunstancias mixta de parentesco). Resumen de doctrina jurisprudencial sobre los artículos 20, 21, 22 y 23 del Código Penal*, La Ley, Madrid, 2007, p. 542; ORTS BERENGUER, E./ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Compendio de Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, 7ª ed., Valencia, 2017, p. 523; MAGRO SERVET, V., *Manual práctico*, cit., p. 168; GOYENA HUERTA, J., “Capítulo VIII”, cit., p. 158; Díez RIPOLLÉS, J.L., *Derecho Penal*, cit., p. 330; ABOGACÍA DEL ESTADO, *Delitos*, cit., pp. 26-27.

de dicha condición para cometer el delito con mayor facilidad y menos riesgo); y el elemento subjetivo (tener la intención de subordinar la condición de funcionario público al servicio del propósito criminal).

2.3.1. Elemento personal

En el momento de delinquir, el sujeto debe ser efectivamente funcionario público de acuerdo con el artículo 24 CP, ya sea de modo permanente o accidental, retribuido o meramente honorífico¹²⁸⁷.

Se requiere que dicha condición sea real¹²⁸⁸. No se aplicará la agravante cuando “las técnicas, medidas o poderes que pretende aplicar a la preparación o ejecución del hecho delictivo son imaginarios, inexistentes”¹²⁸⁹. No podrá apreciarse un prevalimiento si el funcionario resulta ser un usurpador de funciones públicas¹²⁹⁰.

Por otra parte, como veremos, al no exigirse que el sujeto obre en el ejercicio de las funciones propias de su cargo, el subtipo agravado podría ser de aplicación en aquellos casos en los que el funcionario esté en situación de excedencia o baja laboral.

No obstante, aunque este sea uno de los presupuestos de aplicación de la agravante, hay que tener en mente que lo que realmente agrava no es tanto la condición personal del culpable, cuanto que este se ampare en las mayores facilidades que la función pública le otorga para perpetrar el delito¹²⁹¹. Por ello, no podrá aplicarse la agravante de prevalimiento si el sujeto, pese a tener carácter público, no se aprovecha de las facilidades derivadas de tal condición¹²⁹². No basta que por razón del cargo se le atribuyan al sujeto influencias para lograr su propósito, si este obra como podría haberlo hecho cualquier particular o se vale de medios al alcance de cualquier persona, posea o no carácter público¹²⁹³.

¹²⁸⁷ GOYENA HUERTA, J., “Capítulo VIII”, cit., p. 153; ORTS BERENQUER, E./ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Compendio*, cit., p. 523; GANZENMÜLLER ROIG, C./ ESCUDERO MORATALLA, F./ FRIGOLA VALLINA, J., “Circunstancias”, cit., p. 242; ARIAS EIBE, M.J., *Responsabilidad*, cit., pp. 182-183; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., “Lección 14. Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y los concursos de delitos”, ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. (Dir.)/ MORENO-TORRES HERRERA, M.R., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, 3ª ed., Valencia, 2016, p. 198; MORENO-TORRES HERRERA, M.R. (Dir.), *Lecciones*, cit., pp. 230-231; MAQUEDA ABREU, M.L./LAURENZO COPELLO, P., cit., p. 228; ABOGACÍA DEL ESTADO, *Delitos*, cit., p. 26.

¹²⁸⁸ MAGRO SERVET, V., *Manual práctico*, cit., p. 168; MAZA MARTÍN, J.M., *Circunstancias*, cit., p. 542; GOYENA HUERTA, J., “Capítulo VIII”, cit., p. 158; GANZENMÜLLER ROIG, C./ ESCUDERO MORATALLA, F./ FRIGOLA VALLINA, J., “Circunstancias”, cit., p. 243.

¹²⁸⁹ VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *La circunstancia*, cit., p. 27.

¹²⁹⁰ VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *La circunstancia*, cit., p. 64.

¹²⁹¹ GOYENA HUERTA, J., “Capítulo VIII”, cit., p. 158.

¹²⁹² GOYENA HUERTA, J., “Capítulo VIII”, cit., p. 158; ABOGACÍA DEL ESTADO, *Delitos*, cit., p. 27.

¹²⁹³ GANZENMÜLLER ROIG, C./ ESCUDERO MORATALLA, F./ FRIGOLA VALLINA, J., “Circunstancias”, cit., p. 243; ARIAS EIBE, M.J., *Responsabilidad*, cit., pp. 184-187; MIR PUIG, S./ GÓMEZ MARTÍN, V., “Capítulo IV”, cit., p. 141.

2.3.2. Elemento material

Es opinión unánime en la doctrina entender que prevalerse consiste en poner la condición de funcionario al servicio del propósito criminal, es decir, en aprovecharse de las ventajas que ofrece el cargo para ejecutar el hecho delictivo con mayor facilidad y menor riesgo¹²⁹⁴.

2.3.2.1. El abuso de función como criterio general de delimitación negativa del prevalimiento

A la hora de delimitar conceptualmente el prevalimiento se plantean dos debates fundamentales. El primero, como se señalaba anteriormente, tiene que ver con la distinción entre el prevalimiento y el abuso de función. El segundo, estrechamente relacionado con el anterior, aborda la cuestión de si quien se prevale del cargo debe actuar dentro o fuera del ámbito de sus competencias.

En relación con la primera cuestión, la distinción entre el abuso y el prevalimiento es relativamente clara. Abusar de la función pública presupone usar incorrectamente las competencias que se tienen atribuidas, excederse en su ejercicio, lo que obviamente solo puede tener lugar cuando el sujeto actúa en el ejercicio de sus funciones¹²⁹⁵. Esto puede verse con claridad en la regulación de la tortura, donde el funcionario público abusa de su cargo para obtener una declaración, que es la finalidad intrínseca de un funcionario policial dedicado a la investigación¹²⁹⁶. Prevalerse, por el contrario, supone que el sujeto aproveche su condición para, de este modo, cometer más fácilmente un delito. El fundamento del prevalimiento se encuentra en el abuso de la *condición* de funcionario, pero no necesariamente en el abuso sus *funciones*¹²⁹⁷. En sentido estricto, lo que agrava es prevalerse de la condición, no ejercerla con abuso¹²⁹⁸.

La distinción entre abuso y prevalimiento se aprecia con claridad en el ejemplo de las falsedades en documento público. Si la falsedad se realiza dentro de la actividad funcional y las tareas que le han sido encomendadas al funcionario, existirá un delito de falsedad documental cometido por funcionario público (art. 390 CP) (abuso). Sin embargo, si el funcionario público se aprovecha de las ventajas de su cargo para expedir un documento que no corresponde a la competencia funcional propia y normal del funcionario, se aplicará un delito de

¹²⁹⁴ Vid., por todos, VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *La circunstancia*, cit., p. 36

¹²⁹⁵ RAMON RIBAS, E., *Detenciones*, cit., p. 303. Vid. más sobre el abuso el capítulo III, sección 3.2.

¹²⁹⁶ MAZA MARTÍN, J.M., *Circunstancias*, cit., p. 542

¹²⁹⁷ ORTS BERENGUER, E./ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Compendio*, cit., p. 523; GOYENA HUERTA, J., "Capítulo VIII", cit., p. 160.

¹²⁹⁸ VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *La circunstancia*, cit., p. 28.

falsedad en documento público cometido por particulares (art. 392 CP) con la concurrencia de la agravante genérica de prevalimiento (art. 22. 7 CP)¹²⁹⁹.

Trasladando este ejemplo al ámbito de la corrupción relacionada con la trata, el juez que, a sabiendas, dicta una sentencia injusta que absuelva a los tratantes, está actuando en el ámbito de sus funciones, y por lo tanto, cometiendo un abuso. Mientras tanto, el policía que vende de nuevo a los trantes a la víctima de trata que fue a comisaría a denunciar su situación, no está abusando de su función, sino prevaliéndose de su cargo.

Queda claro, por tanto, que el sujeto que se prevale hace valer su posición oficial para llegar al objetivo propuesto, sin que sea necesario que *abuse* de sus funciones para lograrlo. No obstante, la doctrina se ha planteado si, aunque no sea necesario que abuse de sus funciones, es menester que actúe en el ámbito de sus competencias. Esto conecta directamente con el segundo debate planteado anteriormente.

En relación con la circunstancia agravante genérica (art. 22.7 CP), parte de la doctrina entiende que el prevalimiento debe tener lugar *siempre fuera las actividades propias* o inherentes al cargo¹³⁰⁰. Desde esta perspectiva, un requisito de la agravante de prevalimiento es precisamente que en la comisión del delito no concurra por parte del sujeto un abuso en el ejercicio de sus funciones¹³⁰¹. Esta incompatibilidad se basa en el hecho de que los abusos de funciones públicas suelen estar tipificados expresamente como delitos especiales en la parte especial del Código Penal. Este sería el caso, por ejemplo, del cohecho, la malversación o la prevaricación, basados precisamente en que el sujeto, un funcionario público, abuse de las funciones inherentes a su cargo¹³⁰². Frente a esta posición, otro sector doctrinal acepta que el prevalimiento ocurre habitualmente fuera del ejercicio de las funciones, pero contempla la posibilidad de *admitir en el prevalimiento modalidades atípicas del abuso de funciones*¹³⁰³.

La literatura académica sobre trata, en las escasas ocasiones en las que ha abordado esta cuestión, adopta posicionamientos muy diversos. PÉREZ CEPEDA entiende que el prevalimiento *solo es aplicable* a aquellos casos en los que una autoridad, agente de ésta o funcionario actúe *fuera* del ámbito de sus

¹²⁹⁹ GOYENA HUERTA, J., "Capítulo VIII", cit., pp. 159-160; ARIAS EIBE, M.J., *Responsabilidad*, cit., p. 186; MAGRO SERVET, V., *Manual práctico*, cit., p. 173.

¹³⁰⁰ MIR PUIG, S./ GÓMEZ MARTÍN, V., "Capítulo IV", cit., p. 141; GOYENA HUERTA, J., "Capítulo VIII", cit., pp. 159-160; ARIAS EIBE, M.J., *Responsabilidad*, cit., pp. 184-186; QUINTANAR DÍEZ, M. (Dir.)/ ORTIZ NAVARRO, J.F./ ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C., *Elementos*, cit., p. 213; ALONSO PÉREZ, F., *Delitos*, cit., p. 40.

¹³⁰¹ GOYENA HUERTA, J., "Capítulo VIII", cit., pp. 159-160; QUINTANAR DÍEZ, M. (Dir.)/ ORTIZ NAVARRO, J.F./ ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C., *Elementos*, cit., p. 213; OLAIZOLA NOGALES, I., "Previsiones", cit., pp. 90-91.

¹³⁰² GOYENA HUERTA, J., "Capítulo VIII", cit., pp. 159-160; ARIAS EIBE, M.J., *Responsabilidad*, cit., pp. 184-186; PUENTE SEGURA, L., *Circunstancias*, cit., p. 551.

¹³⁰³ VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *La circunstancia*, cit., pp. 65-6; DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Derecho Penal*, cit., p. 331; QUINTERO OLIVARES, G., "Capítulo IV", cit., p. 317.

competencias, es decir, como un particular, pero prevaleciendo de su condición¹³⁰⁴. Por su parte, SANTANA VEGA y DAUNIS RODRÍGUEZ sostienen que el prevalimiento del subtipo agravado del artículo 177 bis CP implica abusar de las mayores facilidades que tiene el sujeto activo por razón del cargo que ocupa, *no siendo necesario* estar en el ejercicio de las propias funciones¹³⁰⁵. Por el contrario, VILLACAMPA ESTIARTE afirma que la agravación del artículo 177 bis 5 tiene lugar cuando el delito es cometido por “un funcionario que se prevale del *ejercicio* de sus funciones”¹³⁰⁶.

Del mismo modo, tampoco existe un criterio unánime sobre esta cuestión en relación con la misma agravación en el delito de tráfico de migrantes (art. 318 bis 4). Tanto la jurisprudencia como la mayoría de la doctrina sostienen que *no es necesario* que el sujeto activo actúe en ejercicio de las funciones del cargo¹³⁰⁷. El Tribunal Supremo tuvo ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión en la Sentencia 727/2004, de 10 de junio. En este caso, la defensa argumentaba la indebida aplicación del subtipo agravado del apartado 4 del artículo 318 bis, razonando que el ilícito no se había cometido en el ejercicio de las funciones policiales del autor. El Tribunal rechazó tal alegación afirmando que el prevalimiento concurre efectivamente por el mero hecho de exhibir ante los responsables de los controles policiales sus credenciales como funcionario de policía, con la intención de beneficiarse indebidamente de la confianza que su conducta podría generar ante sus propios compañeros y así facilitar la ejecución del delito. Asimismo, en la STS 1077/2012, de 28 de diciembre, el Tribunal Supremo estableció expresamente que el concepto de prevalimiento que establece el precepto [en el art. 318 bis] es diferente del abuso de la función y afirma que el prevalimiento supone que se actúa como un particular que se aprovecha de su condición oficial para alcanzar con mayor facilidad su objetivo, pero no dentro de la actividad que le es inherente. Así, el Tribunal afirma que, si un funcionario actuó fuera de las funciones propias del ejercicio de su cargo, puede concluirse que no existió un abuso de su cargo, pero no excluye el prevalimiento.

En sentido contrario, GARCÍA ESPAÑA y RODRÍGUEZ CANDELA afirman que se debe restringir la aplicación de la circunstancia agravante del 318 bis 4 a los

¹³⁰⁴ PÉREZ CEPEDA, A.I., “Lección X”, cit., p. 246.

¹³⁰⁵ SANTANA VEGA, D., “Título VII bis”, cit., p. 660; DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito*, cit., p. 156.

¹³⁰⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Título VII bis. De la trata de seres humanos”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.)/ MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo I, 7ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 1260-1261.

¹³⁰⁷ SANTANA VEGA, D., “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en CORCOY BIDASOLO, M./ MIR PUIG, S. (Dir.)/ VERA SÁNCHEZ, J.S. (Coord.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 1124-1125; IGLESIAS SKULJ, A., “Delitos contra los ciudadanos extranjeros”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L (Dir.)/ MATELLÍN EVANGELIO, A. (Coord.)/ GÓRRIZ ROYO, E., (Coord.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 941-947. En relación con la redacción anterior de este precepto, en el mismo sentido, GUARDIOLA LAGO, M.J., *El Tráfico*, cit., p. 216.

funcionarios que posean competencias en el control de fronteras¹³⁰⁸. Asimismo, PÉREZ CEPEDA considera que esta agravante solo puede aplicarse “a supuestos de perpetración dentro del ejercicio del cargo, mediante el empleo de medios solo disponibles para quien lo ejerce”, y añade que “la mera realización de las conductas en el ejercicio del cargo sin abuso del mismo no fundamentará la aplicación de esta concreta agravación, en la medida que no se prevalezca de sus atribuciones”¹³⁰⁹.

Cuando la trata todavía era una modalidad agravada del delito de tráfico de migrantes, GUARDIOLA LAGO abogaba por una definición amplia de prevalimiento, que no quedase circunscrita exclusivamente a los que posean funciones directamente relacionadas con el tránsito de extranjeros o que actúen en el ámbito estricto de su función, sino que pueda resultar aplicable a todos aquellos sujetos que, por su condición de autoridad, agente o funcionario público puedan realizar el hecho con mayor facilidad y menor riesgo. Considera que restringir la aplicación de la agravante a actos cometidos en el ámbito de sus competencias no es lo adecuado, pues “es posible imaginar otro tipo de funcionarios públicos que puedan prevalerse de su condición para promover, favorecer o facilitar el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas”¹³¹⁰. De modo similar, MORÓN LEMA, GARCÍA ARÁN y JIMÉNEZ VILLAREJO reconocen que existen dudas sobre la aplicación de la agravante a hechos cometidos en el ejercicio de la función pública concreta y pertenecientes al ámbito de competencias del sujeto, puesto que, “con mayor propiedad se trata de hechos de abuso de la función antes que de prevalimiento”. No obstante, entienden que el prevalimiento supone el aprovechamiento de la función pública para realizar los hechos típicos y que tal aprovechamiento puede producirse tanto en las actividades ajenas a la función como en las inherentes a ella¹³¹¹.

La posición de estos últimos es la que aquí se sostiene en relación con el subtipo agravado del artículo 177 bis 5. Este precepto puede aplicarse a todos aquellos sujetos que aprovechen su condición de autoridad, agente o funcionario público para realizar el hecho con mayor facilidad y menor riesgo, con independencia de que la acción típica que realicen esté o no relacionada con las funciones inherentes al cargo. Dicho de otro modo, no solo aquellos sujetos con competencias específicas en asuntos relacionados con la trata pueden prevalerse de su condición pública para cometer un delito de trata. Por ejemplo, entre las funciones específicas de un alcalde o un juez no está el control de fronteras, y sin embargo pueden imaginarse supuestos en los que aprovechen el prestigio que les

¹³⁰⁸ Vid. GARCÍA ESPAÑA, E./ RODRÍGUEZ CANDELA, J.L., “Delitos contra los derechos de los extranjeros (art. 318 bis del Código Penal)”, *Actualidad Penal*, núm. 29, 2002, pp. 723-751. En contra, RODRÍGUEZ MESA, M.J., *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 110 y ss.

¹³⁰⁹ PÉREZ CEPEDA, A.I., *Globalización*, cit., p. 275.

¹³¹⁰ GUARDIOLA LAGO, M.J., *El Tráfico*, cit., p. 216.

¹³¹¹ MORÓN LERMA, E./ GARCÍA ARÁN, M./ JIMÉNEZ VILLAREJO, C., “Los tipos”, cit., p. 236.

da su cargo para facilitar el transporte de personas que serán posteriormente explotadas.

Ahora bien, lo habitual es que si el aprovechamiento se produce a partir de actividades inherentes a su función pública estemos ante un abuso de funciones, lo que determinará la aplicación de algún delito especial, como podría ser el cohecho, la prevaricación, etc, desplazando así el prevalimiento. En estos casos, habría que aplicar el tipo básico del artículo 177 bis en el correspondiente concurso con el delito contra la Administración pública de que se trate, pero nunca el suptipo agravado. De ahí que se pueda hablar del abuso de funciones como criterio general de delimitación negativa del prevalimiento.

2.3.2.2. Delimitación positiva del prevalimiento

Existen varios medios de facilitación o aseguramiento de muy diversa naturaleza que el funcionario público puede utilizar en la comisión de un hecho delictivo. De acuerdo con lo establecido en los apartados anteriores, todas estas modalidades de prevalimiento deben estar relacionadas con la esfera de actuación pública del sujeto, entendida esta en sentido amplio. Es decir, el funcionario ha de acceder a ellas gracias a su carácter público, independientemente de que actúe o no dentro del ejercicio de sus funciones.

a) *Abuso de cualidad*

Esta forma de prevalimiento tiene lugar cuando el funcionario exterioriza su propia identidad como titular de un cargo público, para servirse de la preeminencia social y jurídica del cargo frente a particulares, con el objetivo de cometer el delito con mayor facilidad y menor riesgo¹³¹². Consistiría, por tanto, en utilizar la condición pública de, por ejemplo, policía nacional, guardia civil o juez, para cometer más fácilmente un delito de trata de seres humanos.

Hay que tener en cuenta que “la exhibición del carácter público es un derecho inherente a la relación orgánica” e incluso en algunos supuestos, como a la hora de efectuar una detención, la identificación es una condición necesaria para el ejercicio de determinadas competencias¹³¹³. Por ello, es obvio que, lo que agrava no es la exhibición del carácter público, sino utilizarla para inducir a errores, afectar a la toma de decisiones de los particulares o hacer que se inhiban de verificar la licitud de lo que se les solicita. En definitiva, lo que agrava es aprovecharse de la confianza o temor reverencial que esta condición inspira a los particulares¹³¹⁴.

¹³¹² VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *La circunstancia*, cit., pp. 34-35, p. 56 y p. 106.

¹³¹³ VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *La circunstancia*, cit., p. 56.

¹³¹⁴ VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *La circunstancia*, cit., p. 56.

En estos casos, hay que distinguir aquellas situaciones en las que el funcionario abusa de su condición de los supuestos en que medie un temor al uso legítimo que la autoridad pública pueda hacer de sus poderes. Por tanto, para apreciar un prevalimiento habrá que requerir, alternativamente, bien una exhibición explícita de la condición de funcionario público con la finalidad de facilitar la acción delictiva, bien la amenaza de algún mal directa o indirectamente relacionado con el cargo público¹³¹⁵.

Este es el supuesto de prevalimiento más típico y existen múltiples ejemplos de su aplicación en la jurisprudencia como circunstancia agravante genérica del artículo 22.7 CP. La STS 754/2004, de 20 de julio de 2004, condena a dos policías municipales que agreden a una persona sin que los transeúntes se decidan a intervenir para impedirlo por el carácter público de los agentes. Uno de los acusados, cuya conducta se agrava, actúa “anunciando dicha condición_ de policía municipal_ a los transeúntes que veían de forma sorprendida y estupefacta la agresión [...] y que, ante esa condición de funcionarios policiales, no pudieron reaccionar o salir en defensa contra una agresión que los mismos transeúntes consideraban ilegítima o, por lo menos, desproporcionada e innecesaria”. La STS 1890/2001, de 19 de octubre, aplicó la agravante al caso en que “el recurrente hizo valer su condición de funcionario de policía para intervenir en los hechos, exhibiendo su placa reglamentaria, aprovechándose de ese abuso de superioridad en el plano moral que tal condición le proporcionaba, para continuar con la agresión a los dos ciudadanos egipcios, que lejos de verse aparentemente protegidos por tal actuación, se encontraron con la agresión física de la que fueron objeto por parte del recurrente y del coprocesado”.

Un caso curioso es el de unos agentes de policía quienes, con propósito de apoderamiento desde un inicio, sustrajeron dinero de un vehículo que previamente habían registrado sin existir motivos para ello. El Tribunal Supremo consideró que los agentes exhibieron sus credenciales con el claro objetivo de beneficiarse de la “reacción pasiva u obediente de las víctimas” para sustraer el dinero, “suprimiendo la inmediata reacción que, en cualquier otro caso, sin duda, se hubiese producido”¹³¹⁶.

Esta modalidad del prevalimiento no solo implica aprovecharse de la confianza o temor de los particulares, sino también de la confianza de los compañeros de profesión. La jurisprudencia ha considerado prevalimiento la mera presencia de un policía destinado en el servicio de extranjería en el control de pasajeros de un aeropuerto para así facilitar la entrada irregular de migrantes. Su presencia en aquel lugar, charlando con los compañeros, en lugar de esperar en la zona de llegadas del aeropuerto como cualquier ciudadano, proporciona una cobertura nada desdeñable, facilitando sortear el control aduanero y asegurando

¹³¹⁵ VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *La circunstancia*, cit., p. 57.

¹³¹⁶ STS 1438/2005, 23 de noviembre.

apoyo en caso de cualquier eventualidad¹³¹⁷. También en la STS 727/2004, de 10 de junio, el tribunal afirmó que el prevalimiento puede concurrir por el mero hecho de exhibir ante los responsables de los controles fronterizos sus credenciales como funcionario de policía, con la intención de beneficiarse indebidamente de la confianza que su conducta podría generar ante sus propios compañeros y poder transportar así a la península a inmigrantes irregulares con identificación falsa.

b) Acceso o utilización de instrumentos o medios materiales

El prevalimiento puede consistir en aprovechar a la hora de ejecutar el delito el acceso o utilización de instrumentos o medios materiales con los que cuenta la Administración pública para llevar a cabo sus funciones. Esto incluye, por una parte, el servirse de la posibilidad de acceso físico a inmuebles públicos o privados por razón del propio puesto de trabajo¹³¹⁸. Por ejemplo, es una forma de prevalimiento “la utilización de locales de cuya vigilancia se encarga el funcionario o a los que tiene libre acceso por razón de su condición pública, para hacerse con documentos o efectos materiales situados en ellos”¹³¹⁹. También lo sería la utilización o modificación de los datos personales de un ciudadano que figuran en un ordenador adscrito a los Cuerpos de Seguridad del Estado por un agente judicial¹³²⁰. Por ejemplo, la tramitación fraudulenta o falsaria de expedientes dirigidos a obtener permisos de entrada o residencia en España de extranjeros no residentes en territorio nacional¹³²¹. Un ejemplo de aplicación de esta modalidad de prevalimiento en la jurisprudencia se encuentra en la STS de 6 de julio de 1990. En ella se condena a un guardia civil que, aprovechando que tenía libre acceso a las oficinas de la Jefatura de Tráfico se hacía con impresos de autorizaciones temporales para conducir vehículos de motor, los que cubría con los datos personales de personas que deseaban obtener dicho permiso sin someterse a las oportunas pruebas¹³²².

Por otra parte, se incluye también la utilización de bienes muebles adscritos al servicio en que se incardina orgánicamente el puesto de trabajo del funcionario, con independencia de que su tarea específica consista o no en su manejo o custodia¹³²³. Se incluiría aquí el empleo de armas de fuego en

¹³¹⁷ STS 1077/2012, de 28 de diciembre.

¹³¹⁸ VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *La circunstancia*, cit., p. 106.

¹³¹⁹ VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *La circunstancia*, cit., pp. 34-35.

¹³²⁰ VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *La circunstancia*, cit., p. 55.

¹³²¹ Circular 5/2011.

¹³²² El Tribunal aclara acertadamente que “el agente obra como particular más prevaliéndose de las funciones o carácter público que ejerce, haciendo valer su posición oficial para llegar al objeto propuesto, a la realización del proyectado hecho. Aprovecha la cualidad de funcionario, pero no dentro de la actividad que le es inherente, a fin de gozar de una mayor facilidad para conseguir su delictuoso móvil”.

¹³²³ VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *La circunstancia*, cit., pp. 52 y 106.

condiciones ilegales para intimidar y conseguir que la comisión del delito sea más fácil¹³²⁴.

c) Aprovechamiento de la ocasión

El prevalimiento puede consistir también en “el aprovechamiento de la ocasión que les proporcionan a los funcionarios las solicitudes o quejas expuestas por los particulares o la prestación de servicios asistenciales para realizar un delito contra las personas”¹³²⁵. El Tribunal Supremo da un ejemplo de esta modalidad en la STS 1438/2005, 23 de noviembre. En ella afirma que podría haber prevalimiento si, en el transcurso de un registro justificado por existir sospechas de la comisión de un delito, los agentes encuentran dinero inesperadamente y deciden quedárselo de modo sobrevenido.

En la trata, esta forma de prevalimiento podría producirse si los encargados de prestar servicios asistenciales, como por ejemplo el personal de un CIE o un centro de menores, o los encargados de tramitar solicitudes de asilo, aprovechan el contacto con personas en situación de vulnerabilidad que su cargo les proporciona para cometer más fácilmente el delito.

d) Actitudes permisivas

En relación con la agravante genérica, la doctrina ha admitido la viabilidad del prevalimiento omisivo, es decir, determinadas actitudes permisivas que facilitan la comisión de actividades delictivas. El problema fundamental de esta modalidad de prevalimiento es que frecuentemente colisionará con figuras delictivas específicas, como la desobediencia, el abandono de destino, o la omisión del deber de perseguir delitos, lo que desplazará su aplicación en favor de las anteriores. El ámbito del prevalimiento quedaría así reducido a conductas omisivas que no cumplan los requisitos de los delitos anteriores. Así, se ha considerado que podría incluirse aquí el incumplimiento de órdenes provenientes de superiores jerárquicos que, por constituir meros retrasos o cumplimientos defectuosos, no puedan calificarse de desobediencia abierta. También el abandono de servicio realizado sin los propósitos de no impedir o no perseguir los delitos¹³²⁶.

En el ámbito de la trata, como se tuvo ocasión de comprobar en el análisis criminológico realizado en el capítulo IV, la intervención de los funcionarios públicos en el delito tiene lugar, en muchas ocasiones, de manera omisiva. Por recordar algunos ejemplos, pueden citarse los casos de personal encargado de la vigilancia de fronteras, que omitía los controles pertinentes a víctimas de trata,

¹³²⁴ VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *La circunstancia*, cit., pp. 34-35 y 52; OLAIZOLA NOGALES, I., “Previsiones”, cit., p. 91.

¹³²⁵ VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *La circunstancia*, cit., pp. 34-35.

¹³²⁶ VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *La circunstancia*, cit., p. 75.

sabiendo que iban a ser dedicadas a la explotación; o los policías o inspectores de trabajo que no llevaban a cabo inspecciones en lugares donde sabían que se estaba explotando a víctimas de trata.

A pesar de su relevancia para la comisión de la trata, estas conductas tienen difícil encaje en el subtipo agravado del artículo 177 bis 5 CP. Por una parte, porque estas prácticas constituyen habitualmente delitos de omisión del deber de perseguir delitos (art. 408 CP), lo que impide que se aplique la modalidad agravada de prevalimiento del carácter público del sujeto activo. Pero además, aun cuando no se cumpliesen los requisitos de los delitos específicos de omisión, el propio texto del apartado 5 del artículo 177 bis excluye la modalidad omisiva. El precepto utiliza la expresión “el que realice los hechos”, una construcción típicamente activa que excluye de plano el prevalimiento omisivo. Tal vez hubiese sido más oportuno copiar la redacción de la normativa europea, que habla de que el delito “haya sido cometido”, lo cual no excluiría completamente la omisión.

e) Cláusula residual: modalidades atípicas de abuso competencial

Como se explicó anteriormente, lo habitual es que el abuso sirva para delimitar negativamente el prevalimiento, es decir, las extralimitaciones en el ejercicio de la función pública se excluyen del ámbito del prevalimiento porque normalmente ya están tipificadas como algún delito contra la Administración pública (Título XIX CP) o contra las garantías constitucionales (Título XXI CP). El correspondiente delito especial se aplicará junto con el delito común que dicho abuso haya facilitado, teniendo siempre en cuenta lo dispuesto en materia de concursos. Como veremos, esta interpretación tiene como objetivo evitar la vulneración del principio *ne bis in idem* que se produciría si la agravante de prevalimiento, sea específica o genérica, se aplica conjuntamente con un delito cometido por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones. Así, por regla general, si un funcionario público comete un delito de trata usando incorrectamente las competencias propias de su cargo o excediéndose en su ejercicio será penado con el tipo básico por su intervención en el delito de trata y el abuso debería reconducirse, si fuese posible, a otra figura delictiva, como, por ejemplo, la prevaricación, la malversación o el cohecho.

No obstante, como se señaló en la sección previa, un sector doctrinal es partidario de la inclusión en el prevalimiento de modalidades de abuso competencial realizadas para favorecer la comisión de un delito común que no encajen en ninguna de las conductas previstas en la Parte especial del Código Penal. En este sentido, VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS propone una interpretación más amplia del artículo 22.7 CP, de modo que funcione “a título de cláusula de recogida de los abusos no tipificados de forma expresa”. Considera que, de este modo, se previene la aparición de una laguna legal. Afirma además que, siempre que el abuso se realice para cometer el delito de un modo más fácil y seguro, “ni

parece necesario ni siquiera oportuno (político-criminalmente hablando) prescindir de los abusos de función en el elemento material del prevalimiento”¹³²⁷. Asimismo, DÍEZ RIPOLLÉS es también partidario de integrar en el ámbito del prevalimiento aquellos “casos de funcionarios que realizan, en el ejercicio de sus funciones y prevaliéndose de ellas, conductas típicas no previstas entre los delitos de funcionarios o asimilados”¹³²⁸. Es también muy crítico con la exclusión de los abusos de funciones del ámbito del prevalimiento QUINTERO OLIVARES, quien propone dos soluciones distintas. Por una parte, sugiere formular un tipo general de delito consistente en el “abuso de función pública”, que concurriera con el delito común, pues considera que la circunstancia de prevalimiento, tal y como está prevista, tiene poca virtualidad práctica. Por otra parte, aconseja modificar la actual redacción del artículo 22. 7 para añadir una alusión al prevalimiento *en el ejercicio* de una función pública¹³²⁹.

Así pues, con base en los argumentos anteriores, podrían incluirse de manera excepcional en el ámbito del prevalimiento del subtipo agravado del artículo 177 bis 5 CP las posibles modalidades atípicas de abusos en el ejercicio del cargo. Esta interpretación eliminaría cualquier tipo de laguna legal que pudiese existir y es más acorde con la obligación supranacional de agravar la conducta del funcionario que cometa un delito de trata *en el ejercicio de sus funciones*. Además, al limitarse a los abusos que no encuentren encaje en otro tipo penal, se elimina el riesgo de incurrir en un bis in ídem. En cualquier caso, para poder aplicar este subtipo agravado, el abuso, además de ser atípico, debe haberse realizado para cometer el delito de trata de modo más fácil y seguro, satisfaciendo así el elemento subjetivo del prevalimiento.

2.3.3. Elemento subjetivo

Para la aplicación del subtipo agravado del artículo 177 bis 5 no basta tener la cualidad subjetiva de ser funcionario público, y aprovecharse de esta condición, sino que se requiere el *ánimo específico* de aprovecharse de las ventajas del cargo¹³³⁰. Es necesario ser consciente de que se ostenta una situación de superioridad respecto de la víctima y tener la intención de subordinar la condición de funcionario público al servicio del propósito criminal¹³³¹.

Por esta razón, dado que se exige un uso indebido, consciente y voluntario del cargo público para facilitar la comisión del delito, esta agravante no se puede

¹³²⁷ VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *La circunstancia*, cit., pp. 65-6; VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *Los delitos contra la Administración pública. Teoría general*, Instituto Nacional de Administración Pública, Universidad de Santiago de Compostela, 2003, pp. 284-286.

¹³²⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Derecho Penal*, cit., p. 331.

¹³²⁹ QUINTERO OLIVARES, G., “Capítulo IV”, cit., pp. 316-317.

¹³³⁰ MAZA MARTÍN, J.M., *Circunstancias*, cit., p. 542; MAQUEDA ABREU, M.L./LAURENZO COPELLO, P., cit., p. 228; ABOGACÍA DEL ESTADO, *Delitos*, cit., pp. 26-27; PUENTE SEGURA, L., *Circunstancias*, cit., p. 556.

¹³³¹ MAGRO SERVET, V., *Manual práctico*, cit., p. 168; VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *La circunstancia*, cit., pp. 79-80; GANZENMÜLLER ROIG, C./ ESCUDERO MORATALLA, F./ FRIGOLA VALLINA, J., “Circunstancias”, cit., p. 243; DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Derecho Penal*, cit., p. 330.

aplicar en las infracciones culposas¹³³². Solo podría aplicarse a supuestos de dolo directo de primer grado, pero no de dolo directo de segundo grado o eventual¹³³³. En cualquier caso, este presupuesto no presenta mayores dificultades en el caso de la trata porque, como se vió en el capítulo II, nunca se puede cometer por imprudencia.

Además, las ventajas del cargo deben utilizarse en beneficio de los intereses privados del funcionario o *pro domo sua*, lo que excluye su aplicación cuando el sujeto actúa guiado por un propósito de cumplir con sus funciones con exceso de celo o extralimitándose en la ejecución de las tareas oficiales¹³³⁴.

2.4. Autoría y participación en el subtipo agravado

De acuerdo con la Fiscalía General del Estado, el subtipo agravado del artículo 177 bis 5 solo puede aplicarse si el funcionario público es autor, o en su caso inductor o cooperador necesario de la conducta prevista en el tipo básico¹³³⁵. A los funcionarios públicos que sean condenados como cómplices de trata solo se les podrá aplicar el tipo básico. Esta postura se basa en el hecho de que este subtipo agravado exige expresamente que la autoridad, sus agentes o funcionarios públicos “realicen los hechos” que constituyen el tipo básico del delito de trata, algo que, según la interpretación de la Fiscalía, no hacen los cómplices, cuya participación es meramente accesoria¹³³⁶.

La Fiscalía aplica así al artículo 177 bis el criterio jurisprudencial que se venía utilizando en la circunstancia agravante del artículo 188 CP (delitos relativos a la prostitución), referida a la comisión del delito por un funcionario

¹³³² GOYENA HUERTA, J., “Capítulo VIII”, cit., p. 158. Al hablar de la necesidad de concurrencia de dolo para la apreciación de esta agravante es interesante destacar la SAP de Zaragoza de 30 de julio de 2013 en relación con la intervención en un delito de tráfico de migrantes (art. 318 bis) y falsificación de documentos oficiales (art. 392) de funcionarios públicos que actúan con total buena fe. El Tribunal condena únicamente al particular que “utiliza como instrumento” a los funcionarios de la Brigada de Extranjería y de la Delegación del Gobierno en Aragón confeccionaran seis permisos de residencia falsos en calidad de autor mediato.

¹³³³ Díez Ripollés, J.L., *Derecho Penal*, cit., p. 330.

¹³³⁴ ARIAS EIBE, M.J., *Responsabilidad*, cit., p. 186; QUINTANAR Díez, M. (Dir.)/ ORTIZ NAVARRO, J.F./ ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C., *Elementos*, cit., p. 213; ABOGACÍA DEL ESTADO, *Delitos*, cit., p. 27; VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *La circunstancia*, cit., p. 80; ALONSO PÉREZ, F., *Delitos*, cit., p. 41; PUENTE SEGURA, L., *Circunstancias*, cit., p. 552.

¹³³⁵ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 5/2011*, cit., apartado II.5.2. De este modo, la Fiscalía parece equiparar a inductores y cooperadores con los autores en base al artículo 28 CP. No obstante, autores como DE LA MATA BARRANCO siguen un concepto de autoría más restrictivo y consideran que, a inductores, cooperadores necesarios y cómplices solo se les puede aplicar el tipo básico, conforme al principio de unidad del título de imputación. Vid. DE LA MATA BARRANCO, N.J., “El funcionario ante el Derecho Penal”, cit., p. 18.

¹³³⁶ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 5/2011*, cit., p. 17. En sentido contrario, DAUNIS RODRÍGUEZ no hace una interpretación tan restrictiva de la expresión “los que realicen los hechos” y, en consecuencia, entiende que el tipo agravado puede aplicarse a autores y partícipes. DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito*, cit., p. 156.

público. De acuerdo con esta posición, “no puede entenderse que el cómplice (mero cooperante a la ejecución del hecho), que sea agente de la autoridad, haya realizado las conductas de determinación coactiva [a la prostitución] [...]”. La jurisprudencia aclara que “conforme a la doctrina dominante, autor es quien realiza el aporte causal, llevando a cabo actos nucleares y ejecutivos del tipo», mientras que es «meramente partícipe el que realiza otro tipo de aportación menos importante”. Así, los actos de complicidad lo serán respecto al supuesto típico básico (art. 188.1 CP), puesto que la punibilidad del partícipe depende del hecho del autor principal¹³³⁷.

Este criterio obliga a delimitar con claridad la distinción entre autores y cómplices de este delito, una tarea especialmente compleja por la propia naturaleza de la actividad delictiva y por la redacción de este tipo penal. Durante todo el proceso de trata es habitual que diferentes sujetos lleven a cabo cada fase del desarrollo de la acción, lo que da lugar a la aparición de muchas posibilidades de intervención en el hecho ilícito¹³³⁸. El modo en el que se ha redactado el artículo 177 bis, con abundancia de verbos típicos, complica también las cuestiones relativas a la autoría y participación. La doctrina ha considerado que el tipo penal adopta un concepto unitario de autor, en virtud del cual los actos de colaboración directa se elevan *ex lege* a la categoría de autoría, con independencia de que la colaboración se haya producido durante la fase de captación, transporte o recepción¹³³⁹. Además, como vimos, hay que tener en cuenta que la trata se consume cuando el sujeto realiza cualquiera de las conductas típicas, utilizando alguno de los medios previstos, para ser él mismo quien explota a la víctima, pero también cuando la conducta se realiza para que la explotación efectiva la lleve a cabo otra persona¹³⁴⁰.

Esta extensión de la categoría de autor ha sido fuertemente criticada, afirmando que la responsabilidad por cada conducta debería adecuarse a la gravedad que representa su ataque al bien jurídico protegido, para garantizar el cumplimiento del principio de proporcionalidad¹³⁴¹. Para ello, parte de la doctrina ha propuesto utilizar el criterio empleado por la jurisprudencia en materia de tráfico de drogas, que reserva la complicidad para aquellos casos en los que hay un principal responsable de la acción delictiva (autor) y otra persona cuyo comportamiento es secundario y subordinado al del anterior (cómplice)¹³⁴². Este es también, como vimos, el criterio usado por la jurisprudencia para

¹³³⁷ STS 438/2004, de 29 de marzo. Fundamento de derecho decimonoveno.

¹³³⁸ CUERDA ARNAU, M.L., “Lección X”, cit., p. 207; LLORIA GARCÍA, P., “Lección XI”, cit., pp. 336-339.

¹³³⁹ LLORIA GARCÍA, P., “Lección XI”, cit., pp. 336-339. Señalan esta misma idea en relación con la anterior regulación de la trata (318 bis): MAQUEDA ABREU, M. L., *El tráfico sexual de personas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 70-72; y PÉREZ ALONSO, E.J., *Tráfico*, cit., pp. 431-433.

¹³⁴⁰ Vid. capítulo II, sección 5.

¹³⁴¹ MAQUEDA ABREU, M. L., *El tráfico*, cit., p. 72; PÉREZ ALONSO, E.J., *Tráfico*, cit., pp. 431-433.

¹³⁴² MAQUEDA ABREU, M. L., *El tráfico*, cit., p. 72; PÉREZ ALONSO, E.J., *Tráfico*, cit., pp. 431-433.

distinguir supuestos de autoría y participación en los delitos relativos a la prostitución¹³⁴³.

Aplicando esto a la trata, serían cómplices los que procuran la información necesaria para el establecimiento de los primeros contactos para la recluta, los que simplemente acompañan a las víctimas ya reclutadas, los que realizan “ciertas tareas de intermediación o de apoyo poco relevantes y fácilmente reemplazables y, seguramente también, la mayor parte de los casos de comisión por omisión en que no se impiden, y con ello se favorecen, hechos condicionantes del éxito del plan trazado por el autor”¹³⁴⁴. Así pues, siguiendo el criterio de la Fiscalía General del Estado, si estas tareas son llevadas a cabo por funcionarios públicos, solo podría aplicarse el tipo básico y nunca el tipo agravado del apartado 5 del artículo 177 bis CP.

Con lo anterior, se determina la responsabilidad penal del funcionario público que colabora en un delito de trata del que otro tiene el dominio. Sin embargo, otra cuestión que puede plantearse es qué ocurre con los cómplices de un delito de trata cuyo autor es un funcionario público. En estos casos no cabe duda de que el funcionario público, en cuanto autor del delito, sería sancionado con el subtipo agravado del artículo 177 bis 5 CP, siempre y cuando se cumplan el resto de requisitos. Sin embargo, no podría aplicarse esta agravante específica al *extraneus*, es decir, al partícipe que carezca de este carácter público.

Se llega a esta solución trasladando al subtipo agravado del artículo 177 bis 5 el criterio previsto para su equivalente circunstancia genérica (art. 22. 7ª CP). Existe unanimidad en doctrina y jurisprudencia acerca de la no comunicabilidad a los partícipes de la circunstancia agravante genérica de prevalimiento del carácter público del culpable¹³⁴⁵. Con base en el artículo 65.1 CP, al tratarse de una causa de naturaleza personal, solo puede aplicarse a aquellos en quienes concurra. Si consideramos que esta regla se aplica también a las circunstancias previstas en la Parte especial del Código¹³⁴⁶, esta ausencia de comunicabilidad afecta también a la agravante específica objeto de análisis, impidiendo su aplicación a los partícipes en quienes no concurra la condición de

¹³⁴³ La jurisprudencia aclara que “conforme a la doctrina dominante, autor es quien realiza el aporte causal, llevando a cabo actos nucleares y ejecutivos del tipo», mientras que es «meramente partícipe el que realiza otro tipo de aportación menos importante”. STS 438/2004, de 29 de marzo. Fundamento de derecho decimonoveno.

¹³⁴⁴ MAQUEDA ABREU, M. L., *El tráfico*, cit., p. 72; PÉREZ ALONSO, E.J., *Tráfico*, cit., pp. 431-433.

¹³⁴⁵ VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *La circunstancia*, cit., p. 87; MUÑOZ CONDE, F./ GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal*, cit., p. 456; MAGRO SERVET, V., *Manual práctico*, cit., p. 171; GOYENA HUERTA, J., “Capítulo VIII”, cit., p. 165; BORJA JIMÉNEZ, E., *La aplicación de las circunstancias del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 86; GANZENMÜLLER ROIG, C./ ESCUDERO MORATALLA, F./ FRIGOLA VALLINA, J., “Circunstancias”, cit., p. 243; PUENTE SEGURA, L., *Circunstancias*, cit., p. 558.

¹³⁴⁶ Lo cual no es una posición unánime. Señala MUÑOZ CONDE que el artículo 65 CP está previsto para las circunstancias genéricas, pero no para las específicas, pese a que la jurisprudencia sí lo ha aplicado a agravantes específicas. Vid. MUÑOZ CONDE, F./ GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal*, cit., p. 460.

funcionario público. Así pues, los particulares cómplices de un funcionario público autor de un delito de trata solo podrían responder por el tipo básico.

A esta conclusión se llega no solo a través de la aplicación del artículo 65, sino también por la propia naturaleza de los delitos especiales impropios. En casos de coautoría entre funcionario y particular en delitos especiales impropios, siempre será posible hacer responder a cada uno por el delito, especial o común, del que es sujeto idóneo¹³⁴⁷. Esta es también la opción seguida por la Fiscalía y por la doctrina sobre el delito de trata de seres humanos¹³⁴⁸. Además, agravar únicamente la responsabilidad de aquellos en quienes concurre la condición de funcionario público, autoridad o agente es la opción más coherente con el fundamento de este subtipo agravado, pues solo ellos tienen mayor facilidad y menos riesgo para cometer el delito y, lo que es todavía más importante, solo ellos tienen la capacidad de vulnerar los deberes derivados de su condición pública.

2.5. La concurrencia con otras figuras delictivas. Problemática concursal e inherencia

Existe unanimidad en la doctrina a la hora de afirmar que la aplicación de la agravante específica prevista en el artículo 177 bis 5 excluye la apreciación de la agravante genérica de prevalerse del carácter público del artículo 22. 7 CP¹³⁴⁹. Esta afirmación se basa en la regla de inherencia expresa prevista en el artículo 67 CP, según la cual, no se aplicarán las circunstancias genéricas si la misma circunstancia está ya explícitamente mencionada en la ley al describir o sancionar un hecho delictivo, como es el caso de la trata¹³⁵⁰. La misma incompatibilidad tiene lugar en relación con otros tipos delictivos cualificados por la comisión de un funcionario público que abusa o se prevale de su cargo, como es el caso de los delitos contra la salud pública¹³⁵¹ o contra la libertad e indemnidad sexuales¹³⁵². Es por ello que se ha afirmado que la agravante del 22.7, tal y como está planteada, tiene un ámbito de aplicación muy limitado. Su aplicación se excluye

¹³⁴⁷ Vid. DE LA MATA BARRANCO, N.J., “La participación del funcionario público en delitos comunes y especiales. Autoría y cooperación. Toma de decisión en órganos colegiados”, en ASUA BATARRITA, A. (Ed.), *Delitos contra la Administración pública*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997, pp. 95-115.

¹³⁴⁸ DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito*, cit., p. 156. Mantienen idéntica postura sobre esta agravante en la regulación anterior de la trata (art. 318 bis 4): GUARDIOLA LAGO, M.J., *El Tráfico*, cit., p. 216; PÉREZ CEPEDA, A.I., *Globalización*, cit., p. 275.

¹³⁴⁹ SANTANA VEGA, D., “Título VII bis”, cit., p. 660; LLORIA GARCÍA, P., “Lección XI”, cit., p. 343. Sostienen esta posición en relación con la regulación anterior (318 bis 4): GUARDIOLA LAGO, M.J., *El Tráfico*, cit., p. 217; PÉREZ CEPEDA, A.I., *Globalización*, cit., p. 275; GARCÍA SEDANO, T., “El tipo de trata”, cit., p. 7.

¹³⁵⁰ Sobre el artículo 67, vid., por todos, MUÑOZ CONDE, F./ GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal*, cit., p. 459.

¹³⁵¹ SÁNCHEZ MELGAR, J., “La reforma”, cit., p. 62; MARTÍNEZ PARDO, V.J., *Los delitos*, cit., p. 206.

¹³⁵² AGUADO LÓPEZ, S., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (6): delitos relativos a la prostitución, explotación sexual y corrupción de menores. Disposiciones comunes”, en BOIX REIG, J. (Dir), *Derecho Penal. Parte Especial*, Vol. I, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2016, p. 437.

en delitos comunes agravados por comisión de funcionario público, como es el caso de la trata, pero también si el abuso se produce en el ejercicio de una función pública, lo que reduce considerablemente su virtualidad práctica¹³⁵³.

En efecto, es opinión mayoritaria en la doctrina afirmar que no es posible aplicar a la vez la agravante genérica de prevalimiento del artículo 22. 7 CP y los delitos cometidos por los funcionarios en ejercicio de su cargo, sin vulnerar el principio non bis in ídem¹³⁵⁴. Ciertamente, con base en la regla de inherencia tácita contenida en el artículo 67 CP, no hay lugar a la aplicación del artículo 22.7 cuando la cualidad de funcionario o autoridad pública forma parte del tipo básico del delito de que se trate¹³⁵⁵. Así, por ejemplo, si en un caso de estafa la condición de funcionario público fue tomada en cuenta para que el engaño alcanzase la nota de bastante y se cumpliera así el uno de los elementos del tipo de la estafa, no podría aplicarse además la agravante de prevalimiento del carácter público del artículo 22.7 sin riesgo de violación del principio non bis in ídem¹³⁵⁶. La inherencia del prevalimiento a los delitos contra la Administración pública como el cohecho y la malversación de caudales públicos ha sido declarada por este Tribunal en numerosas ocasiones y también por la doctrina¹³⁵⁷. En sentido contrario, VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS admite la posibilidad de agravar delitos cometidos por funcionarios en el ejercicio de su cargo con la circunstancia del artículo 22.7, si el prevalimiento tiene lugar a mayores del abuso de función pública¹³⁵⁸.

¹³⁵³ QUINTERO OLIVARES, G., "Capítulo VI", cit., pp. 316-317.

¹³⁵⁴ MUÑOZ CONDE, F./ GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal*, cit., p. 459; OLAIZOLA NOGALES, I., "Previsiones", cit., p. 91; MAGRO SERVET, V., *Manual práctico*, cit., p. 168; BORJA JIMÉNEZ, E., *La aplicación*, cit., p. 65; GANZENMÜLLER ROIG, C./ ESCUDERO MORATALLA, F./ FRIGOLA VALLINA, J., "Circunstancias", cit., p. 243; Díez RIPOLLÉS, J.L., *Derecho Penal*, cit., p. 331; PUENTE SEGURA, L., *Circunstancias*, cit., p. 551.

¹³⁵⁵ GOYENA HUERTA, J., "Capítulo VIII", cit., p. 160; ABOGACÍA DEL ESTADO, *Delitos*, cit., p. 2.

¹³⁵⁶ MAZA MARTÍN, J.M., *Circunstancias*, cit., p. 542.

¹³⁵⁷ MIR PUIG, C., *Los delitos*, cit., p. 29; QUINTANAR DíEZ, M. (Dir.)/ ORTIZ NAVARRO, J.F./ ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C., *Elementos*, cit., p. 213; MORENO-TORRES HERRERA, M.R. (Dir.), *Lecciones*, 4ª ed., cit., pp. 230-231; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., "Lección 14", cit., p. 198; MAQUEDA ABREU, M.L./LAURENZO COPELLO, P., cit., p. 228.

¹³⁵⁸ Vid. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *Los delitos*, cit., p. 289 y VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *La circunstancia*, cit., pp. 118-120. Para ejemplificar esta situación expone el caso de un funcionario adscrito al servicio de recaudación municipal, entre cuyas competencias se encuentra la custodia de las cajas de caudales del ayuntamiento, cuyo contenido sustrae. La dependencia en la que se ubica la caja fuerte dispone de cámaras de videovigilancia conectadas a una central de alarmas. Este funcionario, aprovechándose de que la empresa encargada de las alarmas había puesto a disposición de todo el personal de la oficina información sobre las características de dicho sistema de seguridad, estudia toda esa información para desconectar el sistema de videocámaras. En este caso, según VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, el sujeto abusa de las funciones propias de su cargo de gestor de recursos públicos, pero además, utiliza datos y conocimientos técnicos adquiridos por consecuencia del puesto de trabajo que ocupa para acceder físicamente a medios materiales adscritos a las dependencias u oficinas en que está destinado. Desde esta perspectiva, el conocimiento del modo de desconectar las alarmas constituiría una ventaja completamente ajena a la actividad pública que está en la base del delito de malversación (la gestión de bienes), por lo que procedería la agravación de este delito el prevalimiento.

Así pues, dado que lo dispuesto en el artículo 67 CP no es más que una consecuencia directa del principio non bis in ídem, el principio de inherencia actúa no solo sobre las circunstancias genéricas, sino también sobre las específicas¹³⁵⁹. Por ello, lo señalado anteriormente en relación con la agravante genérica de prevalimiento ha de aplicarse también al subtipo agravado del artículo 177 bis. En consecuencia, si la autoridad, agente o funcionario público se excede en el ejercicio de sus funciones para cometer el delito de trata de seres humanos, se producirá un concurso medial entre el tipo básico del artículo 177 bis y el correspondiente delito especial que tipifique el abuso de funciones.

Así lo ha establecido la jurisprudencia en los supuestos de concurrencia de un delito de tráfico de drogas con un delito de cohecho. El Tribunal Supremo afirma que no es posible la condena por el delito de cohecho y al tiempo aplicar la agravación prevista para el caso de que el autor del tráfico de drogas sea funcionario público y obre en el ejercicio de su cargo, pues la comisión de un hecho delictivo como funcionario en el ejercicio de su cargo es ya un elemento valorado en la concreta modalidad del cohecho. En estos casos, se condenaría por cohecho, subsistiendo la condena por el delito de tráfico de drogas, pero sin aplicar la modalidad agravada¹³⁶⁰.

Pensemos, por ejemplo, en el supuesto de un funcionario público que, a cambio del cobro de una importante cantidad de dinero, colabora en la tramitación fraudulenta de expedientes dirigidos obtener permisos de residencia, conociendo que los destinatarios de dichos permisos serán explotados una vez se encuentren en territorio nacional. En este caso, el sujeto debería ser condenado por un delito de trata de seres humanos en su modalidad básica, en concurso medial con un delito de cohecho y, en su caso, con un delito de falsedad¹³⁶¹. No sería posible aplicar el subtipo agravado del 177 bis 5 junto con el cohecho sin vulnerar el principio non bis in ídem. La garantía de este principio exige que solo quepa apreciar este subtipo agravado si la realización de los hechos constitutivos de la trata no supone un abuso en el ejercicio del cargo,

Existen ejemplos en la jurisprudencia de aplicación de la agravante genérica de prevalimiento del carácter público del culpable al delito de detenciones ilegales cometidas por autoridad o funcionario público. No obstante, lo razonable es entender que esta circunstancia carece de aplicabilidad porque está ya incluida en el tipo delictivo. Vid. CLIMENT DURÁN, C., *Detenciones*, cit., p. 202.

¹³⁵⁹ BORJA JIMÉNEZ, E., *La aplicación*, cit., p. 74.

¹³⁶⁰ En la STS 2285/2010, de 27 de abril, el tribunal considera que al “aplicar una agravación de la pena en un tipo delictivo [en un caso] y en otro caso para constituir uno de los elementos del tipo objetivo de otro delito”, se estaría ante “una doble valoración de la misma conducta”. Por ello, aunque el Ministerio Fiscal solicitaba en este caso la aplicación del delito de cohecho y un delito agravado contra la salud pública, al entender que tales delitos protegían bienes jurídicos diferentes, el Tribunal estableció que “la mayor gravedad de la acción a consecuencia de su comisión por funcionario público en el ejercicio del cargo ya ha sido tenida en cuenta como elemento del delito de cohecho”. Vid. MARTÍNEZ PARDO, V.J., *Los delitos*, cit., p. 208.

¹³⁶¹ En este sentido se pronunció la Fiscalía General del Estado en relación con la corrupción en conductas favorecedoras de la inmigración clandestina en la Circular 5/2011, cit., pp. 40-41.

o excepcionalmente, si el abuso cometido no encuentra su encaje en ningún otro delito especial tipificado en el Código Penal.

Una tercera cuestión concursal problemática viene determinada por la regla contenida en el apartado 9 del artículo 177 bis. Según este precepto, las penas previstas para el delito de trata de seres humanos se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación. Así pues, en teoría, esta regla permitiría la aplicación conjunta de, al menos, tres delitos cualificados por prevalimiento de la condición de funcionario público del culpable: el de favorecimiento de la inmigración ilegal (art. 318 bis 4), el de trata de seres humanos (art. 177 bis 5) y los relativos a la prostitución (arts. 187 2 a) o 188 3 c)). La apreciación de estos tres tipos cualificados, en concurso medial o real, no parece vulnerar el principio *ne bis in ídem* por expresa disposición legal. Sin embargo, conduce a una respuesta penológica a todas luces desproporcionada.

2.6. Compatibilidad con otras circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal

La necesidad de respetar el principio *ne bis in ídem* obliga a establecer con precisión la compatibilidad de la circunstancia específica prevista en el párrafo 5 del artículo 177 bis y el resto de circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal. Como regla general, la jurisprudencia ha mantenido en reiteradas ocasiones que “de un mismo hecho no pueden derivarse varias circunstancias, ni deben apreciarse como tales las que se hallen ligadas entre sí de forma tal que la existencia de una presuponga necesariamente la coexistencia de las otras”¹³⁶². No obstante, conviene aquí puntualizar que, cuando se alude a “hecho” debe entenderse de forma más amplia como “objeto de la valoración”, comprendiendo no solo los hechos en sentido estricto, sino también aquellos móviles, efectos, características, situaciones, datos, etc. de orden psicológico y subjetivo que puedan constituir el fundamento de la circunstancia. De esta forma puede afirmarse que si un objeto de valoración ya ha sido tenido en cuenta para fundamentar la aplicación del subtipo agravado, no podrá ser nuevamente estimado para fundamentar otra circunstancia¹³⁶³.

¹³⁶² Vid., por todos, MUÑOZ CONDE, F./ GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal*, cit., p. 460.

¹³⁶³ Vid., por todos, COBO DEL ROSAL, M./ VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho Penal. Parte general*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 680.

a) *Compatibilidad con circunstancias atenuantes genéricas y eximentes incompletas*

El subtipo agravado previsto en el artículo 177 bis 5, al igual que la agravante genérica de prevalimiento, es compatible con todas las atenuantes, salvo la eximente incompleta de cumplimiento de un deber y el ejercicio legítimo del cargo¹³⁶⁴. No puede el autor del delito que se aprovecha de su condición pública para cometer un delito ampararse en ese mismo cargo como eximente, alegando que lo hizo por cumplimiento de un deber¹³⁶⁵. Como se ha visto al analizar los elementos esenciales del prevalimiento, deberá rechazarse la agravante cuando el abuso obedezca a un exceso de celo en la ejecución de las tareas oficiales. En estos casos, en los que el único propósito que mueve al autor es el cumplimiento de un deber, podrá apreciarse la eximente incompleta. Por el contrario, en el caso de la agravante del artículo 177 bis 5 CP, se actúa por consideraciones ajenas al cargo, utilizando este para el propósito delictivo¹³⁶⁶.

Debe rechazarse una antigua dirección jurisprudencial que impedía la aplicación del prevalimiento cuando el funcionario había obrado acaloradamente y ofuscadamente tras haber sido desobedecido, menospreciado, o, en general, ofendido y provocado¹³⁶⁷. Nada impide que en el caso poco probable de que un funcionario público cometiese un delito de trata por arrebatos u obcecación pueda agravarse su conducta por realizar los hechos prevaleándose de su condición pública.

b) *Compatibilidad con circunstancias agravantes genéricas*

Respecto de las circunstancias agravantes, se ha afirmado ya la incompatibilidad del subtipo agravado del artículo 177 bis 5 con la agravante genérica de prevalimiento del carácter público del culpable (art. 22.7 CP). Doctrina y jurisprudencia han planteado además problemas de compatibilidad con la alevosía, el abuso de superioridad y el abuso de confianza.

En relación con la alevosía, parte de la doctrina rechaza su compatibilidad con el prevalimiento, al afirmar que el prevalimiento del carácter público es una especie del aseguramiento mediante la prevención de la defensa de la víctima¹³⁶⁸. No obstante, hay que tener en cuenta que el desvalor que conlleva el

¹³⁶⁴ Por todos, vid. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *La circunstancia*, cit., pp. 118-120. En sentido contrario, MAGRO SERVET excluye la compatibilidad con la legítima defensa (MAGRO SERVET, V., *Manual práctico*, cit., pp. 171-175); y GOYENA HUERTA afirma la incompatibilidad con la atenuante de arrebatos y obcecación (GOYENA HUERTA, J., "Capítulo VIII", cit., pp. 163-164).

¹³⁶⁵ MAGRO SERVET, V., *Manual práctico*, cit., pp. 171-175.

¹³⁶⁶ ARIAS EIBE, M.J., *Responsabilidad*, cit., p. 186; VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *La circunstancia*, cit., pp. 118-120; ABOGACÍA DEL ESTADO, *Delitos*, cit., pp. 27-28.

¹³⁶⁷ VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *La circunstancia*, cit., p. 94.

¹³⁶⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Derecho Penal*, cit., pp. 330-333; MAGRO SERVET, V., *Manual práctico*, cit., pp. 171-175.

prevalimiento no siempre se subsume en el contenido de la alevosía, por lo que es posible sostener su aplicación conjunta cuando el prevalimiento no supone la utilización de medios, modos o formas de ejecución alevosa¹³⁶⁹.

En lo que respecta a la agravante de abuso de superioridad es necesario distinguir dos tesis. Por una parte, si se entiende que el abuso de superioridad se limita únicamente a un desequilibrio de fuerzas físicas, ambas circunstancias resultarían acumulables. La compatibilidad se basaría entonces en que el prevalimiento quedaría circunscrito a un fundamento distinto: el temor reverencial que infunde la actuación de la autoridad¹³⁷⁰. Por el contrario, si se sostiene que el abuso de superioridad abarca tanto la superioridad física como intelectual, se ha de optar entonces por la incompatibilidad. En este sentido, se ha llegado a afirmar que el prevalimiento del cargo público es, en realidad, una modalidad del abuso de superioridad, puesto que lo típico del prevalimiento del cargo público es hacer valer la superioridad en el plano moral¹³⁷¹. Así, habría de reservarse el abuso de superioridad para los casos de superioridad en el plano personal, y el prevalimiento para el uso de la faceta pública¹³⁷². Siguiendo esta teoría, cabría una excepción en la que podría admitirse la compatibilidad: cuando el culpable se ampara, para lograr su propósito delictivo, no solo en su cualidad de funcionario público, sino también en su superioridad física respecto de la víctima¹³⁷³.

En este punto, es necesario mencionar una particularidad derivada de la propia definición de la trata de seres humanos. Por la regla de inherencia expresa prevista en el artículo 67 CP, si la condición de funcionario público del culpable ha sido utilizada para argumentar la concurrencia de un abuso de superioridad como medio comisivo de la trata, no será de aplicación ni el tipo cualificado del artículo 177 bis 5, ni tampoco la agravante genérica de abuso de superioridad. En este sentido, la jurisprudencia más reciente ha manifestado la imposibilidad de aplicar en los delitos de abusos sexuales a menores cometidos por el profesor de las víctimas la agravación específica de prevalimiento de una relación de superioridad (art. 183. 4. d) junto con el prevalimiento de la condición de funcionario público del culpable (art. 183. 5)¹³⁷⁴.

¹³⁶⁹ VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. (*La circunstancia*, cit., pp. 108-109 y p. 101) argumenta además que la alevosía tiene una naturaleza objetiva (uso de medios, modos o formas de ejecución); mientras que el prevalimiento tiene naturaleza subjetiva o personal. Es también partidario de la compatibilidad MAGRO SERVET, V., *Manual práctico*, cit., pp. 171-175.

¹³⁷⁰ ABOGACÍA DEL ESTADO, *Delitos*, cit., pp. 27-28; Díez RIPOLLÉS, J.L., *Derecho Penal*, cit., pp. 330-331.

¹³⁷¹ GOYENA HUERTA, J., "Capítulo VIII", cit., pp. 163-164

¹³⁷² Defienden la tesis de la incompatibilidad de estas circunstancias: VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *La circunstancia*, cit., p. 100; DE LA MATA BARRANCO, N.J., "El funcionario ante el Derecho Penal", cit., p. 24; PUENTE SEGURA, L., *Circunstancias*, cit., p. 550.

¹³⁷³ GOYENA HUERTA, J., "Capítulo VIII", cit., pp. 163-164

¹³⁷⁴ STS 166/2019, de 28 de marzo.

Finalmente, es opinión mayoritaria sostener la incompatibilidad del prevalimiento y el abuso de confianza. Esta incompatibilidad se basa en que ambas circunstancias tienen un fundamento muy semejante. Quien se prevale del carácter público para ejecutar el delito abusa de la confianza que genera su posición pública¹³⁷⁵. Por tanto, ha de aplicarse el tipo cualificado del artículo 177 bis 5 y no el tipo básico agravado por un abuso de confianza. Existe solo una excepción en la cual sería posible la aplicación conjunta, que se produciría cuando el abuso de confianza tenga su origen en una circunstancia ajena al carácter público del culpable¹³⁷⁶, por ejemplo, si el sujeto activo no solo se prevale de ser funcionario público para cometer el delito más fácilmente, sino también de una relación de amistad previa con la víctima para ganarse la confianza de esta.

2.7. Cuestiones de penalidad

La inclusión del prevalimiento de la condición de autoridad, agente o funcionario público como agravante específica en el artículo 177 bis responde fundamentalmente a razones penológicas. Dado que el contenido de este subtipo agravado coincide casi en su totalidad con el de la circunstancia agravante genérica de prevalimiento del carácter público del culpable, podría afirmarse a priori que su inclusión expresa en la trata resulta simbólica y redundante, pues la pena prevista en el tipo básico se aplicaría ya en su mitad superior en base a las normas generales del Código (arts. 22.7 y 66.1. 3ª CP). No obstante, el legislador consideró oportuno incluir la agravante genérica del artículo 22.7 en diversos delitos de la parte especial cuando el sujeto activo es un funcionario público, con el objetivo de añadir a la pena base las penas de inhabilitación¹³⁷⁷. De lo contrario, únicamente podría agravarse la pena prevista en el tipo básico (en muchos casos, como en el de la trata, solo de prisión) y las penas de inhabilitación solo podrían aplicarse como accesorias (arts. 55 y 56 CP)¹³⁷⁸. Esta referencia expresa merece una valoración positiva. Incluir la inhabilitación como pena principal es razonable en este tipo de conductas teniendo en cuenta la afectación al cargo público que representan.

Así pues, el apartado 5 del artículo 177 bis obliga a imponer una pena superior en grado a la prevista en el tipo básico e inhabilitación absoluta de 6 a 12 años¹³⁷⁹. En lo que respecta a la pena de prisión, el marco punitivo de este

¹³⁷⁵ Vid., por todos, VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *La circunstancia*, cit., p. 102; y GOYENA HUERTA, J., "Capítulo VIII", cit., pp. 163-164. Por su parte, PUENTE SEGURA, L., (*Circunstancias*, cit., pp. 549-550), también opina que son incompatibles y que prevalece el prevalimiento, pero lo justifica en la existencia de un concurso de leyes a resolver con arreglo a los principios de consunción o especialidad.

¹³⁷⁶ GOYENA HUERTA, J., "Capítulo VIII", cit., pp. 163-164.

¹³⁷⁷ OLAIZOLA NOGALES, I., "Previsiones", cit., p. 91.

¹³⁷⁸ GUARDIOLA LAGO, M.J., *El Tráfico*, cit., p. 217.

¹³⁷⁹ La pena prevista en el tipo básico del delito de trata de seres humanos es de cinco a ocho años de prisión.

subtipo agravado será entonces de entre 8 años y 1 día a 12 años. Es destacable que el legislador haya decidido imponer la pena de prisión superior en grado y no en su mitad superior, como cabría esperar de la aplicación del artículo 22.7 CP. Esta elevación del marco punitivo ha sido criticada porque supone una equiparación de los supuestos de prevalimiento con aquellos en los que se pone en peligro la vida, la salud y la integridad de las víctimas¹³⁸⁰. Por su parte, la pena de inhabilitación absoluta implica que la autoridad, agente o funcionario público penado quedará privado de todos sus honores, empleos y cargos públicos, aunque sean electivos, y no podrá volver a obtenerlos mientras dure la condena (art. 41)¹³⁸¹.

Debe entenderse que esta pena de inhabilitación prevista en el subtipo agravado desplaza a la que correspondería imponer como accesoria de penas superiores a 10 años. Se produce en estos casos un concurso de normas que ha de resolverse en favor de la norma especial, en este caso, el artículo 177 bis¹³⁸². Por otra parte, se ha planteado la posibilidad de prever expresamente en el tipo la aplicación de otro tipo de penas privativas de derechos, como la inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, como ya aparece en otras figuras delictivas¹³⁸³. En este sentido, cabe señalar que la aplicación de estas inhabilitaciones ya está prevista como penas accesorias a las penas de prisión inferiores a 10 años (art. 56 CP), cuando exista relación directa entre esta profesión y el delito cometido.

Además, la pena del subtipo agravado del artículo 177 bis 5 aumentará todavía más si concurre alguno de los supuestos del apartado 4, es decir, si se hubiera puesto en peligro la vida o la integridad física o psíquica de las personas objeto del delito, o cuando la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o sea menor de edad. En estos casos, se impondrá la pena en su mitad superior a la que correspondería imponer al funcionario que comete el delito¹³⁸⁴. Así, al penado debería imponérsele una pena de prisión de 10 años a 12 años y la de inhabilitación absoluta de 9 a 12 años. El tipo penal no contempla ninguna

¹³⁸⁰ PÉREZ CEPEDA, A.I., *Globalización*, cit., p. 275.

¹³⁸¹ Sobre esta pena, vid., por todos, PUENTE ABA, L.M., *La pena de inhabilitación absoluta*, Granada, Comares, 2012.

¹³⁸² TERRADILLOS BASOCO, J.M./ GALLARDO GARCÍA, R.M., "Trata", cit., p. 188.

¹³⁸³ Plantea esta cuestión en el ámbito de los delitos relativos a la prostitución MORALES PRATS, F./ GARCÍA ALBERO, R., "Título VIII", cit., p. 1373.

¹³⁸⁴ MANZANARES SAMANIEGO considera con este modo de calcular la pena se da "un rodeo innecesario a la vez que se invierte el orden lógico de las cualificaciones y las penas". Vid. MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *Comentarios al Código Penal (Tras las Leyes Orgánicas 1/2015, de 30 de marzo y 2/2015, de 30 de marzo)*, La Ley, Madrid, 2016, p. 694.

diferencia punitiva si concurren varias circunstancias del apartado 4 y el apartado 5¹³⁸⁵.

Existe también una previsión penológica específica para los casos en los que la intervención del funcionario público en la trata tenga lugar en el marco del crimen organizado. Según el apartado 6 del artículo 177 bis, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la comisión de la trata de seres humanos, se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el tipo básico e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena. Si dicho culpable es además un funcionario público que se prevale de su cargo, el artículo 177 bis 6 dice expresamente que si concurre la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo se impondrán las penas señaladas en *este* en su mitad superior. A pesar de la poco clara redacción de este precepto, la doctrina entiende que con “este” el legislador se refiere al artículo 177 bis 5¹³⁸⁶. Por lo tanto, en casos de corrupción relacionada con la trata en el marco del crimen organizado, se aplicará una pena de prisión de 10 a 12 años y una pena de inhabilitación absoluta de 9 a 12 años. Al obligar a imponer las penas previstas en apartado 5 en su mitad superior, se impide la posibilidad de imponer las penas de inhabilitación especial, previstas únicamente en apartado 6¹³⁸⁷. Se deduce de esta interpretación que el legislador ha querido dar prioridad a la pena de inhabilitación absoluta frente a la inhabilitación profesional¹³⁸⁸.

No existe una previsión clara acerca de la pena a imponer si, además de cometer el delito prevaliéndose de su condición de funcionario público e integrado en una organización delictiva, concurre alguna de las circunstancias del artículo 177 bis 4, por ejemplo, si la víctima es especialmente vulnerable. La solución más lógica parece ser aplicar la pena de prisión superior en grado y la inhabilitación absoluta con base en el artículo 177 bis 5, en su mitad superior (por concurrir alguna de las circunstancias del apartado 4), y de nuevo, en su mitad superior (según lo previsto en el apartado 6)¹³⁸⁹. Como resultado, la pena prevista para estos casos sería de 11 a 12 años de prisión, y de 10 años y 6 meses a 12 años de inhabilitación absoluta.

Según lo previsto en el inciso final del artículo 177 bis 6, si el funcionario público que se prevale de su cargo para cometer un delito de trata fuese además

¹³⁸⁵ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito*, cit., p. 457; VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Título VII bis”, cit., p. 1260.

¹³⁸⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Título VII bis”, cit., pp. 1260-1261; MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *Comentarios*, cit., p. 694; DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito*, cit., pp. 156-157.

¹³⁸⁷ Si, por el contrario, se entendiese que con “este” el legislador hace referencia al apartado 6, la duración de la pena de prisión no variaría, pero no sería posible imponer la pena de inhabilitación absoluta como pena principal. Únicamente cabría su imposición como pena accesoria si la pena de prisión impuesta superase los 10 años, con base en el artículo 55 CP.

¹³⁸⁸ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Título VII bis”, cit., pp. 1260-1261.

¹³⁸⁹ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Título VII bis”, cit., pp. 1260-1261.

el jefe, administrador o encargado de una organización o asociación delictiva, la pena se elevará en todo caso a la inmediatamente superior en grado. Así, tanto la pena de prisión como la de inhabilitación absoluta podrían llegar hasta los 18 años.

Finalmente, hay que tener en cuenta que las penas previstas expresamente en el artículo 177 bis no son las únicas consecuencias jurídicas que pueden imponerse a los penados por este delito. Desde la reforma operada por la LO 1/2015, la trata de seres humanos está incluida en la lista de delitos por los que se puede imponer alguna o algunas de las penas de alejamiento del artículo 48 CP (art. 57 CP). Además, también desde 2015, es posible decretar el decomiso ampliado de los bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condenada por trata (art. 127 bis). Asimismo, desde 2016 la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido que el delito de trata de seres humanos obliga a sancionar tantos delitos como víctimas, con arreglo a las normas que regulan el concurso real¹³⁹⁰.

Por todo ello, no cabe duda de que el elevado umbral punitivo al que puede llegarse en estos casos resulta excesivo y desproporcionado¹³⁹¹. Las penas máximas que pueden alcanzarse no solo superan con creces lo exigido por la normativa internacional¹³⁹², sino que además pueden ser incluso más elevadas que las previstas para delitos como el homicidio.

3. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA CORRUPCIÓN RELACIONADA CON LA TRATA

Pese a que, en teoría, la respuesta del Derecho Penal frente al fenómeno de la corrupción relacionada con la trata propuesta por organizaciones internacionales, europeas y nacionales se ha centrado en la obligatoriedad de agravar la conducta de los funcionarios públicos que intervienen en la comisión de este delito, la aplicación de esta disposición en la práctica es muy limitada. De hecho, el subtipo agravado del artículo 177 bis apartado 5 no ha sido aplicado nunca hasta la fecha, ni tampoco ha habido condenas a funcionarios públicos como cómplices del tipo básico de la trata. Esto no significa que el fenómeno delictivo descrito en capítulos anteriores no exista en España, sino que, como veremos, su tratamiento jurisprudencial ha seguido otros cauces.

Independientemente de la participación de funcionarios públicos, una gran parte de los casos de trata siguen reconduciéndose a otras figuras delictivas, tanto en la fase de investigación como en el enjuiciamiento. Muchos supuestos fácticos que podrían encajar en lo previsto en el artículo 177 bis siguen siendo

¹³⁹⁰ STS 538/2016, de 17 de junio.

¹³⁹¹ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito*, cit., p. 458; VILLACAMPA ESTIARTE, C., "Título VII bis", cit., pp. 1260-1261.

¹³⁹² La Directiva 2011/36/UE, con una redacción más que cuestionable, exige que la trata se castigue "con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos 5 años" y "de una duración máxima de la menos 10 años" en ciertos supuestos agravados (art. 4).

castigados a través del favorecimiento de la inmigración ilegal, los delitos relativos a la prostitución o los delitos contra los derechos de los trabajadores. Esta confusión es, en parte, el resultado de la evolución legislativa de la trata de seres humanos en el Código Penal. En un primer momento, la trata de seres humanos se tipificó como una modalidad de los delitos relativos a la prostitución forzada. La Ley Orgánica 11/1999 introdujo un nuevo párrafo en el artículo 188 para penalizar la facilitación de la entrada, estancia o salida del territorio nacional de personas, con fines de explotación sexual, empleando violencia, intimidación, engaño o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima. Más adelante, en 2003, se eliminó este párrafo del artículo 188 y se agregó una nueva sección al artículo 318 bis, relativo al favorecimiento de la inmigración irregular. Con este cambio, la trata de personas pasó a concebirse como una forma de tráfico ilícito de migrantes, agravada por haber sido cometida con fines de explotación sexual. No fue hasta la reforma del Código Penal llevada a cabo por la LO 5/2010¹³⁹³ cuando se introdujo por primera vez el delito de trata de seres humanos como una figura autónoma. El vaivén de enfoques en la criminalización de esta conducta y el hecho de que su tipificación como una figura independiente sea relativamente reciente hacen que las autoridades tiendan a reconducir estos casos a figuras delictivas similares con las que están más familiarizadas. Además de por la novedad, la complejidad con la que se ha definido la trata de seres humanos y las dificultades probatorias que conlleva animan también a que, con el fin de asegurar una condena, potenciales supuestos de trata no sean identificados ni castigados como tales¹³⁹⁴.

Por otra parte, el modo en que se ha definido la trata en la legislación explica que frecuentemente se deba acudir a otras figuras delictivas para garantizar el respeto a los principios generales del Derecho Penal, particularmente la presunción de inocencia. La trata se configura en el Código Penal como un proceso hacia la explotación que se extiende en el tiempo y que engloba la comisión de diferentes acciones que podrían constituir otros delitos por separado. Esto hace que frecuentemente solo se puedan castigar las conductas delictivas concretas que se estaban realizando cuando se detecta el delito, ante la imposibilidad de probar la intervención del sujeto activo en todo el

¹³⁹³ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

¹³⁹⁴ Este fenómeno se ha constatado como una tendencia generalizada a nivel internacional en la investigación y enjuiciamiento de la trata. Vid. FARREL, A./ OWENS, C./ McDEVITT, J., "New laws but few cases: understanding the challenges to the investigation and prosecution of human trafficking cases", *Crime, Law and Social Change*, 61, 2014, pp. 139-168; SKILBREI, M., "Barriers to Prosecution of Human Trafficking. Identifying General Challenges from a Specific Case", en MIRANDA RODRIGUES, A./ JOÃO GUIA, M. (Coords.), *Livro de Atas. Conferência Internacional 18 de Outubro Dia Europeu contra o Tráfico de Seres Humanos*, Instituto Jurídico Faculdade de Direito, Coimbra, 2017, p. 69. En España, el Defensor del Pueblo ha señalado también que el bajo número de condenas por trata se debe, en parte, al hecho de que estos casos son perseguidos como otro tipo de delitos. Vid. DEFENSOR DEL PUEBLO, *La trata de seres humanos en España: víctimas invisibles*, cit., p. 54.

proceso. Dicho de otro modo, no siempre que se identifique a un sujeto que somete a mujeres extranjeras a explotación sexual va a ser posible probar que se cumplen los requisitos del artículo 177 bis, aunque estas mujeres hayan pasado efectivamente por todo el proceso de la trata. Del mismo modo, un sujeto que colabore en la entrada irregular de migrantes en territorio español solo podrá ser castigado por el artículo 318 bis, pues será muy poco probable que pueda probarse la finalidad de explotación en ese momento, aunque dicha intención efectivamente concurra. Así pues, dado que la participación de funcionarios públicos en casos de trata suele detectarse en la fase de transporte y explotación de las víctimas, la calificación jurídica de estos hechos es usualmente la correspondiente a acciones concretas realizadas durante esas fases, y no la correspondiente al proceso completo de la trata.

Por todo ello, el análisis del tratamiento jurisprudencial del fenómeno de la corrupción relacionada con la trata en España no puede limitarse al ámbito del artículo 177 bis, sino que ha de tenerse en cuenta la participación de funcionarios públicos en otros delitos estrechamente relacionados con este. Para ello, se ofrece en las siguientes páginas un estudio de la jurisprudencia diferenciando entre las dos etapas en las que suelen identificarse estos casos: el transporte y la explotación.

3.1. Durante la fase de transporte

Si la infracción se detecta en la fase de transporte, al no poder probar la finalidad de explotación, se aplicará algún delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros del artículo 318 bis¹³⁹⁵. En este sentido, son varias las condenas por delitos de facilitación de la inmigración clandestina agravados por prevalimiento de la condición de funcionario público (artículo 318 bis 4 CP). La SAP Oviedo 126/2012, de 23 de febrero, confirmada por la STS 1077/2012, de 28 de diciembre, considera responsable en concepto de autor del mencionado subtipo agravado del artículo 318 bis a un miembro del Cuerpo Nacional de Policía destinado en el servicio de extranjería por haber facilitado la entrada irregular de mujeres extranjeras en España con el fin de que ejerciesen la prostitución en los pisos que este tenía alquilados. En concreto, el acusado acudió al aeropuerto acompañado de otro policía destinado allí y, tras hacerse con una tarjeta de visita, accedió con su acompañante al filtro del control de pasajeros, donde estuvieron esperando la llegada del vuelo, charlando con los compañeros que allí estaban. Si bien no consta que hubiese realizado ninguna gestión “extra” por no haber planteado problema alguno la entrada, se considera que la conducta es encuadrable en el subtipo agravado porque, al tratarse de compañeros de profesión, el control sobre las chicas sería menos estricto. En este caso, no se planteó la aplicación del delito de trata y se absolvió al acusado de un delito de

¹³⁹⁵ Al respecto, vid., capítulo II, sección 6.

prostitución del artículo 188 CP al no haberse podido acreditar la concurrencia de violencia, intimidación, engaño o abuso de situación de necesidad o vulnerabilidad.

A pesar de que no se haga referencia a una posible finalidad de explotación, son útiles a efectos de ilustrar el tratamiento jurisprudencial de la participación de funcionarios públicos en el transporte transnacional de posibles víctimas de trata las siguientes condenas por favorecimiento de la inmigración irregular. La SAP Cádiz 46/2015, de 13 de abril, condena a un miembro del Cuerpo Nacional de Policía, encargado del control de la habilitación legal para acceder a territorio peninsular a ciudadanos extranjeros, como autor del mencionado delito agravado, por haber ignorado, previa recepción de una remuneración, pasaportes falsos de ciudadanos marroquíes, autorizando su paso desde Ceuta a Algeciras a través del transbordador que une estas ciudades. En un caso similar, la SAP Málaga 19/2013, de 21 de marzo condena a un guardia civil destinado en los puestos fronterizos de Melilla, quien, valiéndose de su condición de agente de la autoridad y actuando en común acuerdo con quien transportaba en su vehículo a un inmigrante irregular, franquea su paso, facilitando su entrada irregular en territorio español¹³⁹⁶. El Tribunal Supremo, en la STS 727/2004, de 10 de junio, condenó por el mismo subtipo agravado a un funcionario de policía que facilitó la entrada irregular de ciudadanos marroquíes en la península, exhibiendo sus credenciales y afirmando que “era compañero y que estaba todo correcto”. El mismo resultado tuvo la SAP Málaga 10/2011, de 4 de febrero, en la que se condenó a un agente de la Guardia Civil por permitir la entrada en territorio nacional, a cambio de dinero y servicios sexuales de mujeres dedicadas a la prostitución, a inmigrantes carentes de documentación legal para ello¹³⁹⁷.

En otras ocasiones, la intervención del funcionario en la comisión del delito tiene lugar en el ejercicio de las funciones propias de su cargo y es constitutiva de alguna modalidad de abuso tipificado en el Código Penal. Como vimos, la concurrencia de alguno de estos delitos especiales debería desplazar la aplicación del subtipo agravado en aras a garantizar que no se vulnera el principio *ne bis in ídem*. No obstante, en ocasiones el delito de favorecimiento de la inmigración clandestina agravado por prevalerse de la condición de funcionario público concurre con otros delitos como la falsedad en documento

¹³⁹⁶ Esta conducta ha dado lugar a varias condenas por el mismo subtipo agravado. Otro ejemplo es SAP Málaga 49/2011, de 25 de noviembre, que condenó a un funcionario del Cuerpo Nacional de Policía que prestaba sus servicios en las fronteras con Marruecos por introducir en la península, a cambio de dinero, a inmigrantes subsaharianos utilizando el espacio que el maletero de su vehículo tenía habilitado para la rueda de repuesto, aprovechándose de que, por su condición pública, no tenía que guardar colas de espera ni su vehículo era jamás sometido a controles.

¹³⁹⁷ En este caso, el tribunal absolvió al agente del delito de cohecho del que el Ministerio Fiscal también le acusaba porque no pudo quedar suficientemente acreditada la participación en los hechos enjuiciados de la persona que le había otorgado las dádivas.

público. La SAP Cádiz 34/2009, de 19 de marzo, recoge la condena como autor de estos dos delitos en relación de concurso medial a un funcionario de la Capitanía Marítima que proporcionaba a migrantes documentos en los que aparecían como tripulantes de barcos para que pudiesen así cruzar de Ceuta a la Península.

En estos casos es común que se plantee la posibilidad de aplicar un delito de cohecho junto con el delito de inmigración clandestina o, en su caso, de trata de personas. La SAP Ceuta 108/2008, de 15 de mayo, condenó a un agente de la Guardia Civil encargado del control de acceso de vehículos del punto fronterizo de El Tarajal por permitir, a cambio de una cantidad de dinero, que una persona extranjera pudiera acceder a territorio nacional careciendo de las autorizaciones necesarias para ello, teniendo conciencia de sus circunstancias. De nuevo, llama la atención que se haya aplicado conjuntamente el delito de cohecho y el 318 bis en su modalidad agravada por prevalerse de la condición pública¹³⁹⁸. En un caso similar, los tribunales llegan a una solución totalmente diferente. La SAP Málaga 48/2005, confirmada por la STS 1294/2006, de 27 de diciembre, condenó por cohecho y absolvió del delito del artículo 318 bis CP a un agente del Cuerpo Nacional de Policía encargado del control de documentación de viajeros quien, a cambio de cantidades de dinero, prestaba su colaboración a una red dedicada al tráfico de personas, para que los trasladados pudiesen pasar irregularmente los mecanismos de seguridad sin ser advertidos. El propio Tribunal Supremo señala que es posible que el recurrente esté en lo cierto cuando argumenta la incoherencia de ser condenado por delito de cohecho al tiempo que es absuelto del delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros¹³⁹⁹. Pero no se argumenta más esta posición, ni se menciona, como parecería lógico, la posibilidad de incurrir en un bis in ídem de aplicarse el cohecho junto con el subtipo agravado por prevalimiento del carácter público.

Ciertamente, ninguna de las estas posiciones adoptadas por la jurisprudencia parece la más acertada para solucionar el concurso entre los delitos contra la Administración Pública (habitualmente el cohecho) y la modalidad agravada del tráfico de inmigrantes (lo que también podría aplicarse a la trata y a la posterior explotación). Teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente en relación con el prevalimiento de la condición de funcionario público, autoridad o agente de esta, la aplicación de las modalidades agravadas por esta circunstancia y el delito de cohecho supone una vulneración del principio non bis in ídem. Consecuentemente, se propone como respuesta a estas conductas la aplicación del correspondiente tipo básico (arts. 318 bis, 177 bis o

¹³⁹⁸ Aunque la sentencia no hace ninguna referencia al prevalimiento, puede deducirse la aplicación del subtipo agravado del hecho de que se haya impuesto una pena de inhabilitación absoluta al guardia civil, pero no al otro autor de la misma conducta, que era un particular.

¹³⁹⁹ Aunque la sentencia no lo explica, entendemos aquí que la contradicción se produce porque, para acreditar que el funcionario realizó un acto contrario a los deberes inherentes a su cargo a los efectos del artículo 419 CP, es necesario probar que facilitó la entrada irregular de migrantes, lo que, a su vez, constituye la conducta típica del artículo 318 bis CP.

incluso 188 bis CP) y el cohecho (u otro delito contra la Administración pública) en relación de concurso medial.

3.2. Durante la fase de explotación

Más habitual es que la corrupción relacionada con la trata se detecte durante la fase de explotación, particularmente cuando esta se produce en la prostitución. Son varios los casos en los que se ha acusado a policías o guardia civiles de acudir con frecuencia a locales en los que se explota sexualmente a mujeres, en ocasiones víctimas de trata, donde consumen bebidas y servicios sexuales gratis, a cambio de ofrecer protección al negocio, impidiendo la persecución del delito. En estos supuestos, la jurisprudencia es muy variada en atención a las circunstancias concretas de cada caso, sin que tampoco se haya acudido nunca al subtipo agravado del artículo 177 bis.

En ocasiones se ha aplicado la omisión del deber de perseguir delitos del artículo 408 CP. Así, la STS 853/2015, de 18 de diciembre, condena en estos términos a un policía local, quien a pesar de tener conocimiento de que un grupo de mujeres podrían haber sido víctimas de trata y estaban siendo obligadas a ejercer la prostitución, no denunció la situación. El tribunal consideró que el hecho de que el policía mantuviese una relación sentimental con una de las víctimas, a la que en alguna ocasión llevó al lugar donde ejercía la prostitución junto con alguna compañera, muestra que, cuanto menos, tenía motivos firmes para sospechar que las mujeres estaban siendo explotadas. Es obvio que en estos supuestos deviene clave la prueba del elemento subjetivo del delito, tal y como demuestra la SAP Salamanca 11/2007, de 25 de abril. En ella se condena a un funcionario del Cuerpo Nacional de Policía que se abstuvo de realizar “cualquier actividad de represión, denuncia, restricción o persecución” de la explotación sexual de mujeres que habían sido “introducidas en España por redes dedicadas al tráfico de personas, sin documentación, privadas de recursos e ingresos y debiendo entregar [...] los beneficios obtenidos con la prostitución”. La sentencia considera probado que el acusado tenía “cumplido conocimiento” de estas circunstancias por su relación con la regente del local donde la explotación tenía lugar, al que acudía “asiduamente”. Sin embargo, en esta misma sentencia, se absuelve a un Inspector Jefe de Policía, que en “dos o tres ocasiones” acudió a los mismos locales, por no poderse acreditar que tuviera “cabal conocimiento” de lo que allí ocurría.

Cuando la mera presencia de la autoridad o funcionario en el local no implica únicamente una omisión de su obligación de perseguir delitos, sino que además facilita directamente la comisión del delito, puede considerarse al sujeto como cómplice de un delito relativo a la prostitución, o de trata, en su caso. La STS 438/2004, de 29 de marzo, condena como cómplice del delito de

determinación coactiva a la prostitución a un sargento de la Guardia Civil que “ayudaba con su presencia policial” al propietario de un club “con el que había entablado una estrecha relación de amistad” a que este pudiese obligar a varias mujeres, todas ellas extranjeras con visado caducado, a ejercer la prostitución. El sargento solía patrullar, cumpliendo “una función de vigilancia”, las inmediaciones del local, donde también utilizaba los servicios sexuales y consumía alcohol libremente sin abonar nada por ningún concepto, “tanto uniformado como de paisano”. Todo ello causaba un fuerte temor en las mujeres que les impedía denunciar su situación de explotación laboral y sexual. En este caso se planteó la posibilidad de agravar la conducta del sargento de la Guardia Civil por prevalerse de su cargo para participar en el delito de prostitución coactiva. El Tribunal Supremo, aplicando el criterio que después adoptaría la Circular 5/2011 para la trata, entiende que al tratarse de meros cómplices no sería posible agravar la conducta del sujeto activo, aunque efectivamente se hubiese prevalido de su cargo para facilitar la comisión del delito¹⁴⁰⁰.

Un tercer cauce por el que la jurisprudencia ha llevado este tipo de conductas es el delito de cohecho. En la STS 552/2015, de 23 de septiembre, se planteó la posible condena por cohecho y delitos relativos a la prostitución agravados por prevalimiento de la condición de funcionario público a varios miembros del Cuerpo Nacional de Policía. En este caso, los propietarios de un club en el que explotaban sexualmente a varias mujeres extranjeras¹⁴⁰¹, con el fin de asegurar la obtención de las máximas ganancias y evitar el perjuicio que podían ocasionarles los controles e inspecciones policiales, desarrollaron “una estrategia dirigida a beneficiar económicamente a algunos miembros del Cuerpo Nacional de Policía directamente responsables de tales inspecciones por su cargo y destino, mediante pagos directos, regalos y otros beneficios, aparte ofrecerles el acceso al club y sus servicios de bar y habitaciones gratuitas”. Entre las dádivas, la sentencia menciona pagos mensuales que oscilaban entre los 3000 y los 6000 euros, relojes de lujo, estancias en hoteles de cinco estrellas para toda la familia e incluso el pago de una operación de cirugía plástica para la hija de uno de los policías. De este modo, se aseguraban de que los agentes o bien omitirían las inspecciones o les proporcionarían información directa sobre cuando iban a producirse. El tribunal de primera instancia condenó a los agentes por delitos de cohecho¹⁴⁰², pero absolvió a todos ellos del delito de favorecimiento de la prostitución. La Audiencia Provincial de Barcelona entendió que en los policías “no concurre el elemento de lucrarse con la explotación de la prostitución ajena en el sentido que venimos indicando con vinculación a la explotación del negocio conociendo las condiciones de control y subordinación de las mujeres que la

¹⁴⁰⁰ Vid. sección 2.4. de este capítulo.

¹⁴⁰¹ Los propietarios del club fueron condenados en primera instancia por un delito continuado de inducción a la prostitución, entre otros. SAP Barcelona de 27 de mayo de 2014.

¹⁴⁰² A algunos se les condenó además por omisión del deber de perseguir delitos y falsificación de documento oficial.

ejercían, y con aprovechamiento de la dificultad que ellas padecían”. Se consideró además que “no existió hasta donde se ha probado ganancia directa, sino la vinculación en favorecer a los Clubs, a través de la recepción de dinero o ventajas para si o sus familiares, lo que nos constriñe a las conductas del posible cohecho, y a la omisión de perseguir delitos”. No obstante, posteriormente, el Tribunal Supremo absolvió también del delito de cohecho a la mayoría de ellos por carecer las condenas de soporte probatorio.

Esta misma línea jurisprudencial se siguió en la SAP Álava 257/2010, de 13 de julio. En esta se condenó por cohecho y revelación de secretos a un agente del Cuerpo Nacional de Policía quien, a cambio de dinero, informaba al propietario de un club de los momentos en que se ejecutarían operativos de la Brigada de Extranjería Provincial, para así poder ocultar a las mujeres que ejercían la prostitución, las cuales se encontraban en situación irregular. El agente se ofreció además para “facilitar matrículas, documentos de “tías” o cualquier otra cosa que necesite [el dueño del club], a través del ordenador”¹⁴⁰³.

Se condenó también por cohecho a dos guardias civiles que frecuentaban, sin pagar por consumiciones ni servicios sexuales, un club en el que ejercían la prostitución “mujeres que eran introducidas ilegalmente en España, a las que se les exigía una cantidad de dinero que tenían que saldar con el ejercicio de la prostitución [...] en aprovechamiento exclusivo de los propietarios del local”¹⁴⁰⁴. Los acusados fueron absueltos de un delito continuado de omisión del deber de perseguir delitos porque no se pudo acreditar que conociesen estas circunstancias. No obstante, aunque no pudo probarse que los sujetos dejaran de realizar actos propios de su cargo, el tribunal consideró que sí existió cohecho porque las dádivas se otorgaron en atención a sus cargos.

A esta solución se llegó también en el macro-caso de corrupción policial denunciado en Ronda, en el que se acusó a cinco agentes del Cuerpo Nacional de Policía y a un agente de la Guardia Civil por comportamientos semejantes a los

¹⁴⁰³ En este caso, se condena al propietario del club únicamente por cohecho, mientras que se le absuelve del delito de explotación de la prostitución ajena y de favorecimiento de la inmigración ilegal con destino a la prostitución (en la actualidad sería un delito de trata del artículo 177 bis). Con respecto al primero de ellos, el tribunal considera que no existen indicios de que se haya empleado violencia, intimidación, engaño o abuso de situación de necesidad o vulnerabilidad para determinar a las mujeres a ejercer la prostitución. De un modo bastante desafortunado en mi opinión, la sala considera que no existe una situación de explotación sexual, a pesar de que el dueño del club fijaba horarios, salidas del local, tarifas de servicios, imponía multas si las mujeres llegaban tarde a trabajar y retenía sus pasaportes hasta el pago de la deuda contraída por el viaje a España. El tribunal apoya también esta posición en el hecho de que “son directamente las mujeres quienes acuden al club y llaman para trabajar allí”, sin que el dueño “haya acudido nunca al extranjero para buscar mujeres”. SAP Álava 257/2010, de 13 de julio.

¹⁴⁰⁴ SAP Cuenca 15/2007, de 12 de julio. A pesar de esta descripción de la situación de las mujeres que ejercían la prostitución en el local, la sentencia no hace ninguna referencia a un posible delito de trata de seres humanos o relativo a la explotación sexual.

explicados anteriormente¹⁴⁰⁵. Aunque el Ministerio Fiscal calificó definitivamente los hechos como cohecho y omisión del deber de perseguir delitos, fue imposible acreditar en el juicio oral que los acusados “supieran, con certeza, que en los clubs de alterne se estuviera traficando con droga ni que los encargados de los clubs pudieran estar lucrándose explotando la prostitución ajena”¹⁴⁰⁶. Tampoco se pudo acreditar “que las personas que regentaban tales establecimientos les abonaran cantidad alguna, ni en dinero, ni en especie, por ningún concepto”, ni que los funcionarios hubiesen exigido dádiva alguna. Únicamente pudo probarse la recepción de copas y servicios sexuales en atención a su cargo con respecto al inspector jefe de la comisaría, que fue condenado por un delito continuado de cohecho.

En efecto, las dificultades probatorias son una constante a la hora de juzgar este tipo de conductas. Son varias las sentencias en las que la imposibilidad de probar los hechos por los que se acusaba ha desembocado en la absolución de los acusados de los delitos de cohecho y/u omisión del deber de perseguir delitos¹⁴⁰⁷. Es particularmente interesante en este sentido la SAP Baleares 70/2003, de 30 de junio, en la que se absuelve a un funcionario público del delito de favorecimiento o facilitación del tráfico ilegal de personas para la explotación sexual, prevaleciendo de su condición de funcionario público, previsto en ese momento en el artículo 318 bis 4 CP, y del delito de omisión del deber de perseguir delitos. Se trataba de un jefe de Comisaría de Policía que conocía la condición de extranjeras irregulares y la actividad de prostitución que desarrollaban seis mujeres colombianas en un local que frecuentaba, sin que se pudiese acreditar que el acusado supiera que “habían venido engañadas y que se abusaba de su situación de necesidad”¹⁴⁰⁸, ni que este “hubiera desplegado una actividad [...] favorecedora o facilitadora de su estancia ilegal”.

¹⁴⁰⁵ SAP Málaga 268/2013, de 6 de mayo.

¹⁴⁰⁶ En este caso, los propietarios del club fueron absueltos del delito de prostitución del artículo 188.1 CP al no haber quedado acreditado que “las mujeres se hubieran prostituido contra su voluntad o forzadas por situaciones de miseria, ni tampoco que estuvieran sometidas a condiciones laborales particularmente severas, pudiendo elegir entre residir dentro o fuera de los establecimientos y decidir si iban o no a trabajar o, en su caso, la duración de su jornada de trabajo”.

¹⁴⁰⁷ SAP Alicante 65/2000, de 15 de junio; STS 837/2003, de 30 de mayo, que casa parcialmente una Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 19 de octubre de 2001. También se absolvió por falta de pruebas a un inspector de trabajo acusado de beneficiar, a cambio de la obtención de beneficios económicos, al dueño de un club de Vigo en el que ejercían la prostitución entre 35 y 40 mujeres sin permiso de residencia o trabajo. No fue posible acreditar que hubiese recibido una dádiva ni que los actos administrativos que realizó en relación con el club hubiesen favorecido indebidamente a su dueño.

¹⁴⁰⁸ Los dueños del club fueron condenados por delitos contra los ciudadanos extranjeros y no por delitos relativos a la prostitución, ya que el tribunal no consideró que existiese una situación de explotación sexual, pues las mujeres disfrutaban de libertad de movimientos, disponían de llaves del apartamento donde residían, carecían de cualquier control y tuvieron siempre en su poder sus pasaportes.

También puede ocurrir que la descripción fáctica contenida en la sentencia mencione el vínculo entre la corrupción y algún posible delito relacionado con la explotación, sin que sea posible identificar a los funcionarios públicos involucrados en dicha conducta. En la SAP Santa Cruz de Tenerife 11/2013, de 9 de enero, se constata la colaboración de policías con una red dedicada a la prostitución de menores en los hechos probados, sin que pueda llegar a probarse quiénes son. Afirma la sentencia que uno de los acusados, “con la finalidad de garantizar la seguridad de su actividad delictiva, [...] contaba con la connivencia de al menos dos funcionarios de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado que le proporciona información obtenida en las bases de datos policiales y acerca de detenciones practicadas o proyectadas sobre miembros de su organización, lo cual le permitía anticiparse a los intentos policiales de desarticular su organización criminal, o influir en las declaraciones judiciales de detenidos que pudieran perjudicarlo en sus declaraciones, sin que la investigación haya permitido la concreta identificación de estos miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado”.

En alguna ocasión, incluso se ha considerado que la recepción de beneficios por parte de guardias civiles como gratificación por los servicios prestados a un club de alterne es materia susceptible de sanción disciplinaria, en aplicación de las normas internas del cuerpo de la Guardia Civil, pero no por vía penal¹⁴⁰⁹.

Pero sin duda, lo más habitual es que las dificultades probatorias en las investigaciones conduzcan al sobreseimiento. El auto de la AP de Lugo 335/2019, de 20 de marzo, decreta el sobreseimiento provisional de los delitos de “colaboración al ejercicio de la prostitución, omisión del deber de perseguir delitos, cohecho y malversación de caudales públicos, respecto de dos agentes de la guardia civil, [...] al no existir acusación personada que sostenga la acción penal y haberlo solicitado el ministerio fiscal”¹⁴¹⁰. Otro ejemplo reciente es el auto de la AP Valencia 845/2019, de 25 de junio, que confirma el sobreseimiento de una causa en la que se acusaba al jefe de la Policía Local y el Alcalde de Loriguilla de obligar a personas que debían cumplir pena de trabajos en beneficio de la comunidad, mediante abuso de superioridad, aprovechamiento de su situación de vulnerabilidad e intimidación, a realizar tareas que no cumplían los requisitos exigidos legalmente. La instructora consideraba que los hechos podrían ser susceptibles de ser considerados como trata de seres humanos, delitos contra los derechos de los trabajadores, malversación, cohecho, omisión del deber de perseguir delitos y apropiación indebida, pero no fue posible acreditar ninguna de estas acusaciones.

¹⁴⁰⁹ Auto de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 1ª) de 7 de septiembre de 2002.

¹⁴¹⁰ Este caso posiblemente esté vinculado con la Operación Carioca, pero no hay nada en el auto que permita afirmarlo con certeza.

Muchos casos alcanzan gran difusión en los medios durante la fase de instrucción por la gravedad de las conductas investigadas, pero acaban desinflándose en instrucciones extremadamente largas y complejas que normalmente conducen al sobreseimiento de la causa. La Operación Carioca constituye un claro ejemplo de esto. Según la información publicada en prensa, en este caso se investigó una extensa red corrupta de policías y guardias civiles que ofrecían protección a los dueños de varios clubes de Lugo donde se explotaba sexualmente a mujeres migrantes, algunas de ellas todavía menores¹⁴¹¹. De acuerdo con las declaraciones de los testigos, algunos agentes no pagaban las copas, tenían sexo gratis cuando lo deseaban y accedían a los establecimientos por una puerta reservada al personal. Además, los clubes implicados patrocinaban el equipo de fútbol de la Policía Nacional. A cambio, los agentes avisarían sobre inspecciones, facilitarían la entrada y estancia irregular de las víctimas y coartarían su libertad a la hora de denunciar su situación¹⁴¹². Los testigos refirieron también que entre las funciones de uno de los funcionarios públicos estaba recoger a las víctimas en el aeropuerto y trasladarlas a los clubes donde eran obligadas a mantener sexo con clientes. Algunos medios añaden que uno de los policías era el encargado de “probar” a las chicas tras su llegada¹⁴¹³ y que controlaba el libro donde se anotaba la actividad de las mujeres prostituidas. La gravedad de los hechos investigados dio lugar a una petición¹⁴¹⁴ de que la Xunta de Galicia se personase en la causa en defensa de los derechos de las mujeres y menores víctimas de la explotación en base a la ley gallega de violencia de género¹⁴¹⁵. Tras una década de instrucción en la que se llegó a imputar a decenas de personas, la mayor investigación por corrupción relacionada con la trata sexual realizada hasta la fecha finalizó con solo cinco acusados, entre ellos dos agentes de la Guardia Civil, por delitos de cohecho y omisión del deber de perseguir delitos¹⁴¹⁶.

¹⁴¹¹ https://elpais.com/sociedad/2019/03/25/actualidad/1553538224_348830.html

¹⁴¹² https://elpais.com/sociedad/2019/06/16/actualidad/1560702688_907602.html; <https://ctxt.es/es/20190814/Politica/27760/lugo-queens-operacion-carioca-miguel-olarte-xose-manuel-pereiro.htm>

¹⁴¹³ https://elpais.com/sociedad/2019/06/16/actualidad/1560702688_907602.html

¹⁴¹⁴ https://elpais.com/ccaa/2019/07/01/galicia/1561980131_587542.html

¹⁴¹⁵ El artículo 31 de la Ley 11/2007, de 27 de julio, gallega para la prevención y el tratamiento integral de la violencia de género establece que la Xunta de Galicia podrá acordar su personamiento en los procedimientos penales instados por causa de violencia de género, en calidad de parte perjudicada civilmente, de conformidad con lo establecido en el artículo 110 LECr.

¹⁴¹⁶ https://www.lavozdeg Galicia.es/noticia/galicia/2019/03/27/jueza-lara-desinfla-operacion-carioca-tras-diez-anos-instruccion-reduce-cinco-acusados/0003_201903G27P129910.htm; https://elpais.com/ccaa/2019/12/16/galicia/1576497927_743298.html

4. CONCLUSIONES. PROPUESTAS PARA LA MEJOR PERSECUCIÓN PENAL Y PREVENCIÓN DE LA CORRUPCIÓN RELACIONADA CON LA TRATA

El análisis de la evolución histórica de la legislación en la materia muestra que la persecución penal de los culpables ha sido siempre la principal (si no la única) estrategia para acabar con la trata de seres humanos. Cuando a principios del siglo XX las políticas públicas a nivel internacional vinculan la trata con la criminalidad organizada transnacional, esta estrategia criminocéntrica, es decir, basada en el castigo penal del culpable, se acentúa. No es de sorprender que, dado que es en este contexto en el que se comienza a prestar atención a los posibles vínculos entre la trata y la corrupción, las medidas para combatir este fenómeno hayan seguido los mismos derroteros. Muestra de ello es el compromiso internacional adquirido por los Estados de investigar, procesar y sancionar a los funcionarios públicos involucrados en la trata de personas, según lo previsto en el Plan de Acción Mundial de la ONU de 2010.

En efecto, la persecución penal de los culpables de conductas corruptas relacionadas con la trata ha de ser una prioridad y los poderes públicos han de destinar más esfuerzos y recursos a mejorarla, pues esta presenta todavía muchas carencias. Sin embargo, la auténtica erradicación de estas prácticas no pasa exclusivamente por la represión penal, sino que deben adoptarse también mecanismos efectivos de prevención. No hay que olvidar que, al tratarse de conductas facilitadoras de la trata, impedir que estos casos de corrupción ocurran implica evitar, o al menos dificultar, que la trata llegue a existir y que la situación de explotación se perpetúe.

Teniendo en cuenta lo anterior, en las siguientes páginas se aportan una serie de sugerencias para hacer frente a las dificultades específicas en la investigación, enjuiciamiento y sanción, así como en la prevención, de los casos de corrupción relacionada con la trata. Aunque estas mejoras tienen relevancia para la lucha contra la trata en general, no se pretende analizar aquí qué mejoras son necesarias en este ámbito, pues esto excedería, con mucho, el objeto de este estudio.

a) Mejoras en la investigación

La primera y más evidente de las carencias en la respuesta penal frente a la trata en España, tal y como muestra el análisis de la jurisprudencia, es la dificultad para conseguir pruebas en las que fundamentar las condenas. Hay que tener en cuenta que los dos fenómenos delictivos que aquí se interrelacionan presentan de por sí importantes dificultades probatorias, que obviamente, se exacerban al combinarse. A los problemas para probar que se ha realizado un acto contrario a los deberes del cargo o la recepción de una dádiva, por ejemplo, se suma aquí la dificultad añadida de acreditar que se ha abusado de una situación de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, que se ha usado intimidación o que se conocía o compartía la finalidad de explotación. Ante la imposibilidad de prueba, como se

ha visto, el resultado es y ha de ser el sobreseimiento o la absolución, pues lo contrario supondría una intolerable vulneración del *in dubio pro reo*. Es necesario evitar la impunidad en la corrupción relacionada con la trata, pero esto no ha de buscarse a través de una rebaja de las garantías procesales ni vulnerando los derechos del reo, sino reconociendo las dificultades existentes y mejorando la investigación del delito.

Los funcionarios públicos encargados de la investigación y persecución penal de casos relacionados con la trata manifiestan habitualmente que no es posible alcanzar condenas debido a que las víctimas suelen ser reacias a testificar¹⁴¹⁷. El miedo a ser sancionadas o deportadas, cuando se encuentran en una situación migratoria irregular, o a ser detenidas por posibles actividades delictivas cometidas como consecuencia de la trata, son solo algunos de los factores que desincentivan a las víctimas a denunciar su situación. Hay que tener en cuenta que debido a la perspectiva securitaria que se ha adoptado en España, las personas tratadas son identificadas en primer lugar como migrantes ilegales, y solo secundariamente como víctimas de un delito¹⁴¹⁸. A todo ello hay que sumarle la importante desconfianza que muchas personas tratadas sienten hacia las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, a las que consideran corruptas, bien por experiencias propias o porque así se lo han indicado los tratantes¹⁴¹⁹. Si las propias víctimas presencian la relación de connivencia entre los tratantes y los agentes, parece poco probable que vayan a declarar ante ellos, y mucho menos contra ellos. Es inconcebible que una víctima de trata sexual vaya a relatar su experiencia al funcionario que ayer tomaba copas con su explotador o con el que incluso fue obligada a mantener relaciones sexuales¹⁴²⁰, o que declare sobre las posibles conductas corruptas de este ante sus compañeros.

Por ello, es fundamental mejorar los mecanismos de protección de las víctimas en el proceso penal para evitar cualquier tipo de represalias. Garantizar el anonimato y la protección de víctimas y testigos es particularmente problemático cuando el caso involucra a funcionarios de justicia o policiales¹⁴²¹. El Consejo de Europa sugiere a los Estados ofrecer a las víctimas la posibilidad de testificar a través de audio o vídeo y de participar en programas de protección de

¹⁴¹⁷ VANDENBERG, M., "Complicity", cit., p. 323.

¹⁴¹⁸ FARALDO CABANA, P., "¿Dónde estás las víctimas de la trata de personas? Obstáculos a la identificación de las víctimas de trata en España", en MIRANDA RODRIGUES, A./ JOÃO GUIA, M. (Coords.), *Livro de Atas. Conferência Internacional 18 de Outubro Dia Europeu contra o Tráfico de Seres Humanos*, Instituto Jurídico Faculdade de Direito, Coimbra, 2017, pp. 144 y ss; PÉREZ MACHÍO, A.I., "Trata de personas con fines de explotación laboral. La globalización del delito y su incidencia en la criminalización de la victimización irregular", *Estudios penales y criminológicos*, núm. 26, 2016, pp. 404-405.

¹⁴¹⁹ UNODC, *The Role of Corruption*, cit. p. 12.

¹⁴²⁰ VANDENBERG, M., "Complicity", cit., p. 323.

¹⁴²¹ UNODC, *The Role of Corruption*, cit., p. 31; BEZLOV, T./ YORDANOVA, M./ STOYNOVA, N., *Corruption and Trafficking in Women*, cit., pp. 23-24.

testigos que den la posibilidad de cambios de domicilio e identidad¹⁴²². En España la aprobación del Estatuto de la víctima del delito¹⁴²³ ha introducido algunas mejoras en este sentido. En él se recogen diversas medidas para proteger a las víctimas durante las investigaciones penales, como el derecho a evitar el contacto entre las víctimas y sus familiares con el acusado (art. 20), la protección de su intimidad (art. 22), o el derecho a que la toma de declaración se realice por una persona del mismo sexo, si la víctima ha sido objeto de trata con fines de explotación sexual, en dependencias adecuadas a tal fin y por profesionales que hayan recibido una formación especial para reducir o limitar perjuicios a la víctima (art. 25). Durante la fase de enjuiciamiento se reconoce a la víctima la posibilidad de declarar sin estar presente en la sala de vistas, mediante la utilización de tecnologías de la comunicación, de realizar la vista oral sin público, o de evitar que se le formulen preguntas relativas a su vida privada que no tengan relación con los hechos enjuiciados (art. 25). A pesar de reconocer las ventajas de esta nueva regulación, todavía no ha resuelto el problema planteado por el hecho de que, aunque las identidades de las víctimas pueden permanecer ocultas durante la investigación del caso, los jueces deben divulgarlas a solicitud de cualquiera de las partes una vez que comience el juicio oral¹⁴²⁴.

Dicho lo anterior, es importante matizar que la colaboración con la justicia no ha de ser en ningún caso un requisito o condición para ofrecer a las víctimas los mecanismos de protección que la ley les reconoce. La Directiva 2011/36/UE establece expresamente que la asistencia y apoyo a las víctimas de trata no puede supeditarse a la voluntad de estas de cooperar en la investigación penal. La normativa y las autoridades españolas, obviando este mandato europeo, siguen vinculando el otorgamiento del periodo de restablecimiento y reflexión a la intención de la víctima de colaborar en la investigación del delito, en lugar de tener como objetivo prioritario su protección¹⁴²⁵. Además, debe garantizarse que las

¹⁴²² CONSEJO DE EUROPA, *Trafficking in Human Beings and Corruption*, cit., p. 13.

¹⁴²³ Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

¹⁴²⁴ Sobre protección de las víctimas de trata en España vid. TORRES ROSELL, N./ VILLACAMPA ESTIARTE, C., "Protección jurídica", cit., pp. 22-23.

¹⁴²⁵ De acuerdo con el artículo 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, cuando las autoridades competentes estimen que existen motivos razonables para creer que una persona extranjera en situación irregular ha sido víctima de trata de seres humanos, propondrán la concesión de un período de restablecimiento y reflexión de, al menos, 90 días, durante el cual la víctima deberá decidir si coopera o no con las autoridades. Este período, que además solo está previsto para personas en situación administrativa irregular, condiciona esta protección a la cooperación con las autoridades. Este aspecto ha sido denunciado desde el Parlamento Europeo (SCHERRER, A./ WERNER, H., *Trafficking in Human Beings from a Gender Perspective. Directive 2011/36/EU*, European Implementation Assessment, European Parliament Research Service, Bruselas, 2016, p. 19), y también ampliamente en trabajos académicos. Vid, por todos, FARALDO CABANA, P., "¿Dónde estás las víctimas de la trata de personas?", cit., p. 156; PÉREZ MACHÍO, A.I., "Trata de personas con fines de explotación laboral", cit., pp. 404-405; MILANO, V., "Protección de las víctimas de trata con fines de explotación sexual: estándares internacionales en materia de enforque de derechos humanos y retos relativos a su aplicación en España", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 32, 2016, pp. 43-46.

víctimas no serán sancionadas ni por su estatus migratorio ni por los posibles delitos que hayan podido cometer como consecuencia de la trata, es decir, debe asegurarse el cumplimiento de la cláusula de levantamiento de la pena prevista en el apartado 11 del artículo 177 bis. Sin embargo, varios trabajos previos ponen en evidencia que, en la práctica, las víctimas de trata no solo no son identificadas como tales, sino que además son sancionadas y detenidas en CIEs¹⁴²⁶, e incluso acaban en prisión por delitos cometidos como consecuencia de situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que habían sido sometidas¹⁴²⁷.

Por otro lado, teniendo en cuenta la desconfianza de las víctimas frente a las autoridades a la que antes se hacía referencia, es más probable que la información sobre posibles casos de corrupción relacionada con la trata llegue con más facilidad a las organizaciones que ofrecen apoyo a las víctimas, normalmente ONGs, que a la policía¹⁴²⁸. Es por ello que se recomienda habilitar y potenciar canales de comunicación directa con estas organizaciones, como por ejemplo, líneas telefónicas, que permitan a las víctimas denunciar presiones por parte de funcionarios públicos con los que entren en contacto¹⁴²⁹. Con esto en mente, debe potenciarse la cooperación entre las autoridades públicas y estas organizaciones a través de protocolos formales¹⁴³⁰. Un estudio publicado por el Parlamento Europeo en 2016 calificó la cooperación entre las ONGs y las autoridades públicas en España de “insatisfactoria”¹⁴³¹. Para mejorar esta situación, se creó en 2016 la figura del Interlocutor Social en la Trata de Seres Humanos, que pretende fortalecer los canales de comunicación entre la Policía Nacional y la Guardia Civil y las organizaciones que ofrecen servicios de apoyo a las víctimas de trata, si bien su relevancia en la práctica ha sido escasa¹⁴³². Esto se debe a que el ámbito territorial del Interlocutor es la provincia o la comunidad autónoma, mientras que la colaboración entre autoridades y ONGs suele darse a nivel local y ser mucho más directa e informal, basada normalmente en la relación personal entre los agentes y el personal de estas instituciones.

¹⁴²⁶ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *Mujeres en el CIE: Género, Inmigración e Internamiento*, Tercera Prensa, Donostia, 2013, pp. 42 y ss.

¹⁴²⁷ VILLACAMPA ESTIARTE, C./ TORRES ROSELL, N., “Mujeres víctimas de trata en prisión en España”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 8, 2012, pp. 411-494.

¹⁴²⁸ CONSEJO DE EUROPA, *Trafficking in Human Beings and Corruption*, cit., p. 14; IBA, *Human Trafficking and Public Corruption*, cit., p. 49.

¹⁴²⁹ STOYNOVA, N./ RUSEV, A./ YORDANOVA, M., *Corruption and Trafficking*, cit., p. 32.

¹⁴³⁰ CONSEJO DE EUROPA, *Trafficking in Human Beings and Corruption*, cit., pp. 13-14; DEFENSOR DEL PUEBLO, *La trata de seres humanos en España: víctimas invisibles*, cit., p. 8; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ DE LIÉVANA, G./ WAISMAN, V., “‘Lost in Translation’: Assessment of the (Non)-Implementation of the Trafficking Directive from a Gender Perspective in Spain”, *Journal of Human Rights Practice*, vol. 9, núm. 3, 2017, pp. 513 y ss.

¹⁴³¹ SCHERRER, A./ WERNER, H., *Trafficking in Human Beings from a Gender Perspective*, cit.

¹⁴³² La creación de esta figura se enmarca en la Instrucción 6/2016, de la Secretaría de Estado de Seguridad, sobre actuaciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en la lucha contra la trata de seres humanos y en la colaboración con las organizaciones y entidades con experiencia acreditada en la asistencia a las víctimas.

En general, con independencia de sus vínculos con la trata, la corrupción suele denunciarse muy poco. Según Transparencia Internacional, un 45% de personas que han sufrido algún incidente corrupto en el mundo manifiestan que no lo han denunciado por miedo a represalias¹⁴³³. Por este motivo, se debe mejorar la protección de los denunciantes de casos de corrupción, aunque no sean las víctimas del delito. La correcta implementación de la Directiva 2019/1937, de 23 de octubre de 2019, sobre la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, conocida coloquialmente como *Whistleblower Directive*, obligará a modificar la Ley española de protección de testigos¹⁴³⁴, lo que presumiblemente tendrá un efecto positivo en las denuncias sobre corrupción relacionada con la trata.

Por otra parte, el carácter transnacional de la mayoría de casos de trata puede también dificultar las investigaciones. Como vimos, varias sentencias hacen referencia a la imposibilidad de perseguir penalmente conductas corruptas relacionadas con la trata realizadas con funcionarios de terceros países. En este sentido, resulta clave mejorar la cooperación internacional en la investigación¹⁴³⁵. La corrupción, sea real o percibida, puede provocar falta de confianza entre diferentes instituciones, impidiendo la cooperación efectiva y el éxito de las operaciones contra la trata¹⁴³⁶. Por eso, para mejorar esta situación, Transparencia Internacional recomienda formar grupos internacionales de trabajo compuestos por representantes de los principales países de origen y destino, incluidos expertos en lucha contra la trata y anticorrupción para desarrollar propuestas para mejorar la cooperación¹⁴³⁷. El uso de Equipos de Investigación Conjunta y la adopción de tratados de asistencia judicial recíproca mejorarían esta situación y permitirían compartir pruebas que posibiliten el enjuiciamiento con garantías de cualquier funcionario corrupto a lo largo de todo el proceso de la trata¹⁴³⁸. El Consejo de Europa recomienda mejorar la asistencia mutua en el continente a través del establecimiento de puntos de contacto directo entre autoridades de diferentes Estados y de redes judiciales (siguiendo el ejemplo de la Red Judicial Europea), a través de la publicación de directrices para la cooperación en la materia (como el proyecto PACO), y el aprovechamiento de

¹⁴³³ TRANSPARENCIA INTERNACIONAL, *Global Corruption Barometer*, 2013, p. 23.

¹⁴³⁴ LO 19/1994, de 23 de diciembre, de protección de testigos y peritos en causas criminales.

¹⁴³⁵ UNGIFT, *Corruption and Human Trafficking*, cit., p. 11; OCDE, *Developing a Framework*, cit., p. 26.

¹⁴³⁶ CONSEJO DE EUROPA, *Trafficking in Human Beings and Corruption*, cit., p. 3; HOLMES, L., "Human Trafficking", cit., p. 114.

¹⁴³⁷ BROWN, S., *Breaking the Chain: Corruption and Human Trafficking*, Transparencia Internacional, 2001. <http://archive.transparency.org/news_room/in_focus/2011/breaking_the_chain_corruption_and_human_trafficking>

¹⁴³⁸ KENDALL, V., "Greasing the Palm", cit., p. 45.

las oportunidades que ofrecen Europol y Eurojust¹⁴³⁹. Además, la cooperación internacional también se ve dificultada por la diversidad de definiciones de trata en distintos países. Aunque desde 2000 exista una definición consensuada a nivel internacional, la del Protocolo de Palermo, esta deja un amplio margen de interpretación a los Estados que hace que, en la práctica, cada país entienda o no por trata situaciones muy diversas¹⁴⁴⁰.

Finalmente, no solo debe mejorarse la cooperación entre agencias de distintos países, sino también entre órganos especializados en la lucha contra la trata y la corrupción dentro del mismo país. A la hora de investigar un caso de trata no pueden pasarse por alto las posibles evidencias sobre la intervención de los funcionarios públicos en el delito¹⁴⁴¹. El desarrollo de unidades de investigación interdisciplinarias permitirá a los expertos en ambos campos intercambiar diferentes puntos de vista, compartir recursos y, en definitiva, crear estrategias más efectivas que eviten una innecesaria duplicidad de esfuerzos y que agilicen las investigaciones¹⁴⁴².

b) Mejoras en el enjuiciamiento y condena

Incluso cuando fuese posible probar todos los hechos investigados durante la instrucción, la calificación jurídica de estos dista de ser sencilla. Como se ha visto en este capítulo, el subtipo agravado del apartado 5 del artículo 177 bis tiene una aplicación muy limitada. Con carácter general, únicamente dará lugar a la agravación el prevalimiento de la condición de autoridad, agente o funcionario público que no implique un abuso en el abuso de las funciones inherentes al cargo. Solo de modo excepcional podría incluirse un abuso de funciones utilizado para facilitar la trata, siempre que no estuviese tipificado en otra figura del Código, lo cual es muy poco probable. Además, solo podrá aplicarse este subtipo agravado si concurre en la conducta del funcionario público alguna de las acciones, medios y finalidades de explotación que castigan la trata. Por ello, como muestra la casuística, lo más habitual será que se plantee únicamente la aplicación de algún delito contra la Administración pública, normalmente el cohecho, la omisión del deber de perseguir delitos, o la falsedad documental cometida por funcionario público.

En relación con la posible participación de funcionarios públicos en la trata es importante mencionar aquí la propuesta de modificación del artículo 177

¹⁴³⁹ CONSEJO DE EUROPA, *Trafficking in Human Beings and Corruption*, cit., pp. 13-14. Sobre este tipo de recomendaciones para mejorar la investigación transfronteriza vid. también STOYNOVA, N./RUSEV, A./YORDANOVA, M., *Corruption and Trafficking*, cit., p. 33.

¹⁴⁴⁰ HOLMES, L., "Human Trafficking", cit., p. 114.

¹⁴⁴¹ HOLMES, L., "Human Trafficking", cit., p. 112; STOYNOVA, N./RUSEV, A./YORDANOVA, M., *Corruption and Trafficking*, cit., p. 30.

¹⁴⁴² CONSEJO DE EUROPA, *Trafficking in Human Beings and Corruption*, cit., pp. 13-14; UNODC, *The Role of Corruption*, cit., p. 30; UNGIFT, *Corruption and Human Trafficking*, cit., p. 6; STOYNOVA, N./RUSEV, A./YORDANOVA, M., *Corruption and Trafficking*, cit., p. 42.

bis CP que recoge el Borrador de proyecto de ley integral contra la trata de seres humanos y en particular con fines de explotación sexual. Se propone en este Borrador, elaborado en 2018, sancionar con pena de prisión de uno a tres años a quien, sin la debida autorización, revele a otra persona información adquirida en el curso de sus funciones oficiales y que permitan la identificación de una víctima, testigo o perito o personal de entidades especializadas en una causa seguida por delito de trata de seres humanos. Esta propuesta parece hacerse eco de alguno de los supuestos de corrupción relacionada con la trata a los que se hacía referencia en el capítulo IV. En particular, de adoptarse tal y como se propone en el Borrador, podría ser de aplicación, por ejemplo, a los casos de funcionarios públicos que vendan información a los tratantes sobre el lugar donde se encuentran las víctimas. No obstante, esta propuesta de inclusión de un apartado 13 en el (ya excesivamente extenso) artículo 177 bis CP debe rechazarse. Por una parte, porque como apunta VILLACAMPA ESTIARTE, “resulta cuanto menos sistemáticamente discutible que una conducta de revelación de secretos se ubique en el delito de trata de seres humanos”¹⁴⁴³. Pero, además, porque el desvalor de estas conductas ya se encuentra recogido en el delito de violación de secretos (art. 417 CP), que prevé además penas mayores que las que se proponen para esta nueva conducta a incluir en el artículo 177 bis. Tanto la violación de secretos como el cohecho, la omisión del deber de perseguir delitos, o cualquier otro delito contra la Administración pública o la Administración de justicia en que pueda incurrir el funcionario público que abusa de sus funciones para colaborar con la trata podrá, en su caso, aplicarse en relación de concurso medial con el tipo básico del artículo 177 bis CP.

En cuanto a la sanción, se valora positivamente que desde 2015 se contemple la aplicación de penas de alejamiento y del decomiso ampliado. En relación con el decomiso, es necesario recordar que lo que genera verdaderas ganancias no es la trata sino la explotación, que constituye, según el ordenamiento jurídico español, un delito diferente¹⁴⁴⁴. Así, la inclusión de la trata en la lista del artículo 127 bis permitiría el decomiso de bienes relacionados con los correspondientes delitos de explotación y también con los delitos de corrupción si hay indicios objetivos fundados de su origen ilícito. Esta consecuencia accesoria que priva al autor del delito de los beneficios derivados de este parece más adecuada para desincentivar la comisión del delito que el exceso punitivo al que puede llegarse con la duración de la pena de prisión, que debería revisarse.

¹⁴⁴³ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “¿Es necesaria una Ley integral contra la trata de seres humanos?”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 33, 2020, p. 35.

¹⁴⁴⁴ Vid. secciones 3.1 y 7 del capítulo II.

c) Mejoras en la prevención del delito y protección de las víctimas

En cualquier caso, la experiencia hasta el momento ha demostrado que la mera sanción penal de la corrupción relacionada con la trata resulta insuficiente y que debe ir acompañada de medidas efectivas, realistas y prácticas de prevención del delito¹⁴⁴⁵.

Entre las medidas preventivas que han resultado más eficaces se encuentra el proporcionar formación específica a todos aquellos funcionarios públicos que pueden entrar en contacto con las víctimas durante el desempeño de sus funciones. Se ha demostrado que incluso seminarios cortos de pocas horas de duración pueden cambiar las actitudes de los funcionarios públicos hacia la corrupción y la trata, haciendo que estos estén más dispuestos a identificar a las víctimas y denunciar a sus compañeros corruptos¹⁴⁴⁶. La experiencia muestra que el primer funcionario público con quien es probable que se encuentre una víctima de trata será un agente de policía y no un político, un juez o diplomático, y que si este agente no ha sido formado para identificar a víctimas de trata y comprender los elementos claves de este delito, existe un mayor riesgo de que el delito no se identifique adecuadamente¹⁴⁴⁷. Es imprescindible que estos funcionarios públicos sepan qué es la trata, cómo identificarla y qué medidas de protección hay disponibles para las víctimas en la actualidad. Algo que parece tan obvio todavía presenta deficiencias en España. Un estudio con profesionales del ámbito del proceso penal realizado por TORRES ROSELL y VILLACAMPA ESTIARTE muestra que la mayoría de ellos desconocen el contenido del Protocolo Marco para la Protección de las Víctimas de Trata de Seres Humanos¹⁴⁴⁸. En concreto, 8 de los 28 entrevistados manifestaron no saber ni siquiera sobre qué se les preguntaba¹⁴⁴⁹. Tal vez sería conveniente explorar soluciones como las que se llevan a cabo en el ámbito comparado. En los Países Bajos, por ejemplo, siendo conscientes de que las unidades policiales especializadas en la lucha contra la trata sexual están especialmente expuestas a la corrupción, se requiere realizar un curso de 256 horas y aprobar tres exámenes para poder integrarse en estas unidades¹⁴⁵⁰.

En general, es necesario trabajar en la sensibilización del personal público que pueda entrar en contacto con víctimas sobre este fenómeno delictivo. Además, teniendo en cuenta que los datos actuales tanto a nivel nacional como internacional muestran que la mayoría de víctimas identificadas son mujeres,

¹⁴⁴⁵ UNGIFT, *Corruption and Human Trafficking*, cit., p. 5.

¹⁴⁴⁶ HOLMES, L., "Human Trafficking", cit., p. 107.

¹⁴⁴⁷ OCDE, *Developing a Framework*, cit., p. 29.

¹⁴⁴⁸ TORRES ROSELL, N./ VILLACAMPA ESTIARTE, C., "Protección jurídica", cit., pp. 12 y ss.

¹⁴⁴⁹ Ibid.

¹⁴⁵⁰ IBA, *Human Trafficking and Public Corruption*, cit., p. 39.

resulta clave incorporar en la formación específica la perspectiva de género¹⁴⁵¹. Existen numerosos estereotipos asociados a las víctimas de trata que imposibilitan la detección de otros casos que escapan de esa concepción simplista de un fenómeno extremadamente complejo y diverso¹⁴⁵². En este sentido, es importante destacar que, adoptar una perspectiva de género no significa, como se ha venido haciendo hasta el momento, centrarse exclusivamente en la trata de mujeres con fines de explotación sexual, sino reconocer que este delito afecta a hombres y mujeres de formas distintas¹⁴⁵³.

La formación en materia de trata debe incorporar medidas contra la corrupción¹⁴⁵⁴. De este modo, no solo se contribuye a la creación y refuerzo de una cultura de cumplimiento de la ley, sino que además se mejora la identificación de los casos de corrupción relacionada con la trata¹⁴⁵⁵. Es importante que los propios funcionarios sean conscientes de en qué lugares, momentos o servicios existen más riesgos de que un funcionario público pueda facilitar la trata de seres humanos para poder prevenirlos¹⁴⁵⁶. En este sentido, podría ser de utilidad desarrollar un sistema como el “*barrier-model*” de los Países Bajos, según el cual se identifican seis aspectos clave (o “barreras”) en la prevención e identificación de la trata a las que se ha de prestar especial atención¹⁴⁵⁷. El estudio de casos, como el realizado en el capítulo IV de este trabajo, aporta información basada en la evidencia con la que se podrían desarrollar estrategias específicas de mitigación de riesgos para cada sector. Por ejemplo, con lo analizado en este trabajo y en otros estudios en el ámbito comparado, se sabe que en los países de destino, como es España, los sectores más susceptibles a la corrupción son los niveles más básicos de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y otros funcionarios encargados de tareas relacionadas con la concesión de permisos de residencia y trabajo, mientras que en los países de origen se constata una corrupción más sistémica, que afectaría tanto a las escalas básicas como a los rangos más altos de la policía y el poder judicial, alcanzando incluso a los

¹⁴⁵¹ ESADZE, L., “Corruption, Gender and Trafficking”, cit., p. 18; DEMAS, R., “All Hands on Deck”, cit., p. 212; LLORIA GARCÍA, P., “El delito”, cit., p. 399; GUIASOLA LERMA, C., “Formas Contemporáneas de esclavitud”, cit., pp. 207 y ss.

¹⁴⁵² OUDE BREUIL, B.C, et al., “Human Trafficking revisited”, cit., pp. 31-44; RODRÍGUEZ LÓPEZ, S., “(De)Constructing Stereotypes: Media Representations, Social Perceptions, and Legal Responses to Human Trafficking”, *Journal of Human Trafficking*, vol. 4, núm. 1, 2018, pp. 61-71.

¹⁴⁵³ FARALDO CABANA, P., “Gender Dimension of Human Trafficking”, cit., pp. 249-266; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ DE LIÉVANA, G./ WAISMAN, V., “Lost in Translation”, cit., pp. 508 y ss.

¹⁴⁵⁴ IBA, *Human Trafficking and Public Corruption*, cit., p. 40.

¹⁴⁵⁵ *Ibid.*, cit., p. 39.

¹⁴⁵⁶ UNODC, *The Role of Corruption*, cit., p. 28; KENDALL, V., “Greasing the Palm”, cit., p. 41.

¹⁴⁵⁷ En el “*barrier-model*” se identifican los siguientes aspectos: captación, entrada e identificación, estatus migratorio, alojamiento, trabajo, aspectos económicos. Al respecto, vid. VAN DER PIJL, Y./ OUDE BREUIL, B.C./ SIEGEL, D., “Is There such Thing as “Global Sex Trafficking”? A Patchwork Tale on Useful (Mis)Understandings”, *Crime, Law and Social Change*, núm. 56, 2010, pp. 567-582. Consultar también: <https://www.teamwork-against-trafficking-for-labour-exploitation.nl/documents/barrier-model>

políticos¹⁴⁵⁸. Se necesita una supervisión activa y consecuente sobre el personal en instituciones en riesgo de corrupción, especialmente cuando hay evidencia de conexiones y lealtades dudosas¹⁴⁵⁹.

Esta tarea de identificación de puntos críticos podría ser mucho más sencilla y precisa si se contase con una base de datos sistemática de casos de corrupción relacionada con la trata, que paliase la actual escasez de información precisa en la materia¹⁴⁶⁰. Si bien la ONU ya cuenta con un portal online que permite acceder a documentos oficiales sobre casos de trata en todo el mundo, todavía es muy poca la información disponible¹⁴⁶¹.

Con este conocimiento específico sobre los tipos de corrupción que pueden tener lugar a lo largo del proceso de trata se podrían aprobar códigos de conducta que contemplen pequeñas medidas concretas para evitar la corrupción como que las decisiones en aspectos críticos fuesen tomadas por al menos dos personas, mayor supervisión de decisiones discrecionales, cambios aleatorios en la asignación y duración de turnos y tareas asignadas a los funcionarios¹⁴⁶². Se ha propuesto también que siempre haya más de un funcionario en las reuniones con víctimas o testigos y en las inspecciones en los lugares donde suele tener lugar la explotación¹⁴⁶³. En el caso de los clubes donde se sospecha que se explota sexualmente a mujeres, la UNODC recomienda que las inspecciones se lleven a cabo por al menos una funcionaria¹⁴⁶⁴. Sería importante que los códigos de conducta incluyesen disposiciones encaminadas a evitar posibles conflictos de intereses que pudiesen desembocar en la intervención de los funcionarios en la trata, como el de ocuparse de la seguridad de los clubes donde se ejerce la prostitución como segunda actividad profesional. Además, con el objetivo de mejorar la transparencia de las instituciones en las que puedan existir riesgos, podrían introducirse mecanismos relacionados con la declaración de ingresos y patrimonio de los funcionarios¹⁴⁶⁵.

¹⁴⁵⁸ SBERNA, S., *Corruption and Trafficking in Women*, cit., pp. 8 y ss.; STOYNOVA, N./ RUSEV, A./ YORDANOVA, M., *Corruption and Trafficking*, cit., p. 33.

¹⁴⁵⁹ STOYNOVA, N./ RUSEV, A./ YORDANOVA, M., *Corruption and Trafficking*, cit., p. 33.

¹⁴⁶⁰ UNODC, *The Role of Corruption*, cit., pp. 30-31; ESADZE, L., "Corruption, Gender and Trafficking", cit. p. 17; HOLMES, L., "Human Trafficking", cit., p. 106; BEZLOV, T./ YORDANOVA, M./ STOYNOVA, N., *Corruption and Trafficking in Women*, cit., p. 24; UNGIFT, *Corruption and Human Trafficking*, cit., p. 11; IBA, *Human Trafficking and Public Corruption*, cit., p. 50.

¹⁴⁶¹ En el caso de España, por ejemplo, solo aparece información sobre 9 casos de trata. Enlace al sitio web: <https://sherloc.unodc.org/cld/v3/htms/cldb/index.html?lng=en>.

¹⁴⁶² UNODC, *The Role of Corruption*, cit., p. 29; UNGIFT, *Corruption and Human Trafficking*, cit., p. 49; UNODC, *Corruption and the Smuggling of Migrants*, Vienna, 2013, p. 25.

¹⁴⁶³ UNODC, *The Role of Corruption*, cit., p. 28.

¹⁴⁶⁴ UNODC, *The Role of Corruption*, cit., p. 29.

¹⁴⁶⁵ ESADZE, L., "Corruption, Gender and Trafficking", cit., p. 17; STOYNOVA, N./ RUSEV, A./ YORDANOVA, M., *Corruption and Trafficking*, cit., p. 33.

En definitiva, resulta clave incorporar medidas contra la corrupción en las políticas públicas integrales de lucha contra la trata¹⁴⁶⁶. Aunque no se trate de un fenómeno endémico ni necesario en todos los casos de trata, como se ha llegado a afirmar en algunos estudios, su incidencia es lo suficientemente relevante como para se deba tener en cuenta en las estrategias nacionales anti-trata. No obstante, en España se han aprobado dos Planes integrales de lucha contra la trata con fines de explotación sexual, el primero en 2010 y el segundo en 2015, y ninguno de ellos hace mención alguna a medidas para evitar la posible participación de funcionarios públicos en la trata de seres humanos¹⁴⁶⁷. La aprobación de una futura Ley integral contra la trata podría ser una buena ocasión para introducir en la legislación española alguna de las mejoras aquí propuestas. Esta ley permitiría además poner fin a la gran dispersión normativa existente en la materia y recoger en una sola norma los diferentes aspectos que afectan al fenómeno de la trata, desde aspectos preventivos, educativos, sociales y de asistencia a las víctimas, hasta la normativa procesal, laboral, administrativa, civil, penal y penitenciaria¹⁴⁶⁸.

Pero para que esos instrumentos sean verdaderamente efectivos en la práctica, se requieren recursos y voluntad política por parte de los poderes públicos para evitar y sancionar este tipo de conductas¹⁴⁶⁹. Es imprescindible que el Estado tome conciencia de su responsabilidad si los funcionarios públicos incumplen su obligación de proteger a las víctimas y perseguir la trata. Así lo ha afirmado la justicia europea. Como muestra el caso *Rantsev c. Chipre y Rusia*¹⁴⁷⁰, los Estados deben ser sancionados por vulnerar sus obligaciones de investigar situaciones de posible trata y de tomar medidas operativas para proteger a las víctimas en virtud de normativa europea en materia de derechos humanos. Según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), esta obligación derivada del artículo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) surge cuando se demuestra que las autoridades estatales conocían, o deberían haber conocido, circunstancias que diesen lugar a una sospecha creíble de que un individuo estaba en riesgo real e inmediato de ser víctima de trata, y no adoptaron las medidas apropiadas para sacar a dicho individuo de esa situación de riesgo. Eso podría suceder cuando, como en el caso de Rantsev, a pesar de las denuncias de

¹⁴⁶⁶ UNODC, *The Role of Corruption*, cit., p. 27; SBERNA, S., *Corruption and Trafficking in Women*, cit., p. 22; OCDE, *Developing a Framework*, cit., p. 26.

¹⁴⁶⁷ Abordan el estudio de estos planes desde una perspectiva crítica: PUENTE ABA, L.M./ IGLESIAS SKULJ, A., "The Spanish Action Plan Against Trafficking in Women: Policies and Outcomes (2008-2011)", en JOÃO GUIA, M. (Ed.), *The Illegal Business of Human Trafficking*, Cham, Springer, 2015, pp. 71-85; PÉREZ MACHÍO, A.I., "Trata de personas con fines de explotación laboral", cit., pp. 417 y ss.

¹⁴⁶⁸ Sobre si es necesario o no aprobar una ley integral sobre trata en España, vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C., "¿Es necesaria una Ley integral contra la trata de seres humanos?", cit., pp. 1-57; LLORIA GARCÍA, P., "El delito", cit. pp. 394 y ss.

¹⁴⁶⁹ HOLMES, L., "Human Trafficking", cit., p. 114; PÉREZ GONZÁLEZ, C., "Corrupción y trata de seres humanos", cit., p. 320.

¹⁴⁷⁰ Caso Rantsev c. Chipre y Rusia, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, núm. 25965/04, de 7 de enero de 2010.

corrupción relacionada con la trata, las autoridades no investigan la situación y no protegen a las víctimas¹⁴⁷¹.

¹⁴⁷¹ Sobre la posible atribución de responsabilidad al Estado por prácticas corruptas que facilitan u obstaculizan la sanción de la trata, vid. PÉREZ GONZÁLEZ, C., “Corrupción y trata de seres humanos”, cit., pp. 316 y ss. Según esta autora, esta responsabilidad se basa en la Resolución 56/83, de 28 de enero de 2002, de la Asamblea General de Naciones Unidas (A/RES/56/83), donde se establece que “el comportamiento de un órgano del Estado o de una persona o entidad facultada para ejercer atribuciones del poder público se considerará hecho del Estado según el Derecho internacional si el órgano, persona o entidad actúa en esa condición, aunque se exceda en su competencia o contravenga sus instrucciones”. Sobre este tema, vid. GALLAGHER, A.T., *The International Law*, cit., pp. 235 y ss.

CONCLUSIONES

Este apartado reúne las principales conclusiones de este trabajo. Para facilitar su exposición, estas ideas se sintetizan en tesis numeradas que, a su vez, se agrupan en torno a los cinco capítulos en los que se divide la tesis doctoral.

CAPÍTULO I

- I. La normativa internacional en materia de trata de seres humanos se ha centrado históricamente en tres aspectos: prostitución, inmigración irregular y crimen organizado. La ecuación de trata y prostitución en las políticas públicas, presente ya en los convenios sobre la denominada “trata de blancas”, hace que la respuesta frente a la trata se limite a un tipo muy concreto de víctimas (mujeres vulnerables e inocentes, que no quieren migrar, ni mucho menos ejercer la prostitución), excluyendo a aquellas personas que no encajan en esta concepción estereotipada. Sin abandonar este primer paradigma, la normativa internacional ha intentado también combatir la trata a través de la limitación de la movilidad de las personas migrantes, al asociar esta con la inmigración irregular. Finalmente, la vinculación de la trata al crimen organizado transnacional ha acentuado la perspectiva criminocéntrica, quedando la asistencia y protección de las víctimas en un segundo plano.
- II. El origen de la normativa internacional sobre corrupción se encuentra en la prohibición de los sobornos a funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales. Con la aprobación de diversos tratados internacionales y regionales se produce un cambio de un enfoque que permite perseguir la corrupción transnacional aunque no esté vinculada a los negocios. Esta tendencia se consolida con la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que se aproxima al fenómeno de la corrupción desde la perspectiva de la lucha contra el crimen organizado.
- III. La legislación internacional sobre trata de seres humanos y corrupción, desarrollada en un principio de modo completamente desconectado, encuentra en la lucha contra el crimen organizado transnacional un importante punto de conexión. A raíz de este vínculo, comienza a abordarse en las políticas públicas, de modo muy incipiente, el papel de la corrupción en la trata de seres humanos. En coherencia con la estrategia de securitización en la que se enmarcan, las primeras (y únicas) medidas adoptadas se centran exclusivamente en la represión penal de posibles conductas corruptas relacionadas con la trata.

CAPÍTULO II

- IV.** El concepto jurídico de trata de seres humanos trata de abarcar en un solo tipo penal una realidad criminológica extremadamente diversa y compleja. Para ello, tanto la legislación internacional, como la europea y la española, parten de un tipo mixto alternativo configurado a partir de tres elementos esenciales: las acciones típicas, los medios comisivos y las finalidades de explotación. De este modo se pretende reconocer los vínculos con la prostitución, la inmigración irregular y el crimen organizado, sin que el concepto de trata quede limitado a estos aspectos.
- V.** De acuerdo con la legislación actual, el delito de trata castiga el proceso hacia la explotación, excluyendo la efectiva materialización de dicha explotación. Las acciones típicas solo serán punibles si se realizan en el marco de un proceso para conseguir el control sobre una persona para poder así explotarla. De este modo, la trata no se limita a un proceso movilizador, entendido como el transporte de personas, sino que abarca también el traslado de dominio que, de facto, se ejerza sobre una persona.
- VI.** Los medios comisivos determinan la irrelevancia del consentimiento de la víctima mayor de edad. Estos medios han de concurrir desde la captación y mantenerse posteriormente o ser sustituidos por otros. La prueba del uso de medios es imprescindible para afirmar que estamos ante un caso de trata, pues lo contrario supondría una presunción de culpabilidad en contra del reo y una negación de la autonomía de las personas migrantes.
- VII.** El delito de trata se consuma con la existencia de una finalidad de explotación, sin que sea necesario que dicha explotación llegue a producirse. Se excluye así la comisión por imprudencia, requiriendo en todo caso dolo directo. El elemento subjetivo del tipo se satisface cuando el sujeto activo realiza alguna de las acciones típicas con el objetivo de ser él mismo quien explote a la víctima, pero también cuando actúa con la finalidad de que la víctima sea explotada por un tercero. Ante la ausencia de un concepto general de explotación, habrá que atender a lo dispuesto por la legislación interna e internacional vinculante para cada Estado sobre cada modalidad de explotación prevista expresamente en su definición de trata.
- VIII.** Aunque a nivel teórico las diferencias entre los delitos de trata de seres humanos y tráfico de migrantes están relativamente claras, su distinción en la práctica es extremadamente compleja. Se trata de conductas habitualmente coincidentes, siendo frecuente que el delito de tráfico termine convirtiéndose en trata al aparecer de modo sobrevenido la explotación como único modo de hacer frente al pago de la deuda derivada de los gastos de transporte. La existencia de dos delitos distintos está basada en la diferenciación que históricamente se ha hecho entre mujeres migrantes inocentes que son tratadas y, por ello, merecedoras de

protección, y migrantes irregulares culpables, que deben ser sancionados. Una concepción que, a todas luces, debe superarse.

- IX.** Es necesario repensar la respuesta jurídico-penal frente a la trata de seres humanos para dar más importancia a la explotación que al proceso hacia esta. La definición jurídico-penal de trata resulta inadecuada para dar respuesta a la realidad criminológica actual conformada por personas migrantes que desean desplazarse a otro país y encuentran allí situaciones de explotación. Los medios comisivos no inciden en el proceso movilizador, sino en el establecimiento y mantenimiento de la situación de explotación. Además, resulta incoherente y vulnera el principio de proporcionalidad, castigar con más pena el proceso conducente a esta que la explotación en sí misma. En este sentido, es especialmente escandalosa la falta de tipificación expresa en el Código Penal español de los trabajos forzados y la esclavitud, que debería corregirse. Por ello, se propone aquí, de lege ferenda, distinguir entre el delito de tráfico, con independencia de su finalidad, y el correspondiente delito de explotación efectiva, agravando aquellas conductas en las que se comercie o trate con las personas explotadas.

CAPÍTULO III

- X.** El término corrupción es un concepto propio de la sociología y la ciencia política en el que se engloban una serie de conductas que pueden tener relevancia penal. Ante la imposibilidad de alcanzar una definición unívoca y universal de corrupción, se ofrece aquí una aproximación al concepto jurídico-penal de corrupción, a partir del análisis de sus características (concepción descriptiva) y de las figuras delictivas que lo conforman (concepción normativa).
- XI.** A partir de las definiciones de corrupción contenidas en Derecho internacional y europeo, así como de las declaraciones de diversas organizaciones internacionales, pueden deducirse los requisitos fundamentales que toda figura delictiva que se considere corrupción debe tener. Estas serían: el abuso o prevalimiento de una posición de poder público y la obtención de un beneficio privado. Adicionalmente, suelen estar presentes en los delitos de corrupción, aunque no se consideran imprescindibles, el daño al interés público, la concurrencia de al menos dos partes y el carácter secreto o subrepticio.
- XII.** Tomando como referencia el ordenamiento jurídico español, puede considerarse entonces que las figuras delictivas que conforman la corrupción, es decir, la concepción normativa, son el cohecho, el tráfico de influencias, la apropiación indebida del patrimonio público, las negociaciones prohibidas a funcionarios públicos y el uso de secretos o información privilegiada. Otros delitos contra la Administración pública, como por ejemplo la prevaricación, la administración desleal de patrimonio

público, el abandono de destino y la omisión del deber de perseguir delitos, se considerarán corrupción siempre que se realicen a cambio de obtener un beneficio privado.

- XIII.** La corrupción relacionada con la trata puede definirse como cualquier abuso o prevalimiento de una posición de poder público para cometer o facilitar la trata obteniendo con ello un beneficio privado. Esto incluye todas las figuras delictivas que conforman el concepto de corrupción antes expuestas realizadas con el objetivo de favorecer la trata de seres humanos. Además de estas, se incluye también el subtipo agravado previsto en el apartado 5 del artículo 177 bis CP, que castiga a quien cometa el delito de trata prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de esta o funcionario público.

CAPÍTULO IV

- XIV.** El conocimiento sobre la incidencia de la corrupción en la trata es muy limitado, como también son escasos los estudios sobre los tratantes en general. A las dificultades para acceder a testimonios directos de las víctimas, se suma la falta de disposición de los funcionarios para ofrecer información sobre compañeros vinculados a la trata. Además, puesto que la corrupción ha sido generalmente un aspecto olvidado en las políticas públicas contra la trata, no se suelen recopilar datos oficiales específicos sobre este asunto.
- XV.** La corrupción y la trata de seres humanos están estrechamente relacionados. A partir de estudios cuantitativos previos puede afirmarse la existencia de correlaciones estadísticas a nivel macro entre los niveles de percepción de la corrupción y el nivel de cumplimiento de estándares internacionales contra la trata. Así, los países más corruptos serían también los que presentan más casos de trata y viceversa. No obstante, de estas correlaciones no puede deducirse que la corrupción contribuya a empeorar la situación de la trata, pues es posible que exista un tercer factor que explique el aumento o disminución de ambas variables.
- XVI.** La corrupción puede incluirse entre los *push factors* de la trata, en la medida en que contribuye a crear situaciones de desigualdad y circunstancias socioeconómicas en los países de origen que pueden favorecer la aparición de casos de trata. Asimismo, aunque su relevancia sea mucho menor, la corrupción puede encontrarse también entre los *pull factors*, si se considera que la posibilidad de contar con la colaboración de funcionarios públicos puede tener cierta influencia en la elección de los países de destino. A pesar de lo anterior, no es posible afirmar que la corrupción constituya un elemento imprescindible para la aparición de la trata.

XVII. El estudio de casos en Europa entre 2009 y 2018 permite concluir que son varios los sectores de la Administración pública donde existe riesgo de corrupción relacionada con la trata. Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, por su mayor exposición y trato directo con víctimas y tratantes, constituyen el sector más proclive a este tipo de prácticas. La corrupción de autoridades fronterizas tiene una incidencia menor en Europa tras la creación del Espacio Schengen. Sin embargo, sigue estando presente cuando las víctimas proceden de terceros Estados. En este sentido, cada vez tiene mayor importancia la intervención en la trata del personal encargado de CIEs y de la concesión de asilo y refugio. La corrupción de funcionarios de embajadas y oficinas consulares de países europeos en el extranjero tiene que ver con la concesión de visados para facilitar el transporte de víctimas de trata, pero, sobre todo, con la explotación en tareas domésticas. La corrupción política y judicial está también presente, aunque los casos denunciados en Europa son bastante anecdóticos. Finalmente, destaca por su creciente relevancia la posible intervención en la trata de inspectores laborales, personal sanitario y de servicios sociales.

XVIII. La corrupción es un elemento facilitador de la trata de seres humanos. La participación de funcionarios públicos en la trata puede facilitar la comisión del delito, tanto en la fase de captación, como en el transporte y la explotación. Además, la corrupción puede impedir la persecución e investigación del delito, así como la adecuada protección de las víctimas.

CAPÍTULO V

XIX. La respuesta del legislador penal español frente al fenómeno de la corrupción relacionada con la trata se manifiesta en la creación de un subtipo agravado recogido en el artículo 177 bis 5 del Código Penal. Para su aplicación, además de lo exigido para el tipo básico de la trata, deben concurrir tres elementos. El elemento personal requiere que el sujeto activo posea la condición de funcionario público a efectos penales de acuerdo con el artículo 24 CP. El elemento material implica que el sujeto se aprovecha su condición pública para cometer el delito con mayor facilidad y menos riesgo, sin que sea necesario que este tenga competencias específicas en materia de trata. Si ese aprovechamiento implica un abuso en el ejercicio de las funciones propias del cargo que esté tipificado como delito en la parte especial del Código Penal, no será posible acudir al subtipo agravado. Procederá en estos supuestos aplicar el tipo básico en concurso medial con el delito contra la Administración pública de que se trate. Finalmente, el elemento subjetivo exige que el sujeto tenga un ánimo específico de subordinar la condición de funcionario público al servicio de su propósito delictivo. Dado que el tipo dice expresamente “los que realicen los hechos”, no podrá aplicarse esta agravación a los funcionarios públicos cómplices, lo que limita significativamente su ámbito de aplicación.

- XX.** El subtipo agravado del artículo 177 bis 5 no ha sido aplicado nunca por la jurisprudencia española, ni tampoco hay condenas a funcionarios públicos como cómplices del delito de trata. Puesto que la participación de funcionarios públicos en la trata suele detectarse en la fase de transporte y explotación, los hechos se castigan como tráfico de migrantes o facilitación de la inmigración irregular (art. 318 bis CP) o como delitos relativos a la prostitución (arts. 187 y ss. CP). Las dificultades para probar la intervención del sujeto activo en todo el proceso de trata impiden la aplicación del artículo 177 bis. Es también frecuente que la jurisprudencia obvie la intervención en el delito de trata y castigue únicamente el abuso de funciones (cohecho, omisión del deber de perseguir delitos, falsedad en documento público, revelación de secretos, etc.), lo que debería evitarse. En general, la imposibilidad de probar este tipo de hechos hace que las absoluciones y el sobreseimiento sean una constante.
- XXI.** La persecución penal de los funcionarios públicos involucrados en la trata en España presenta carencias significativas. La desconfianza de las personas tratadas en los poderes públicos, exacerbada cuando han sido testigos de la participación de funcionarios públicos en sus propios procesos de trata y explotación, desincentiva a las víctimas a denunciar o testificar. Por este motivo, uno de los avances clave en la investigación de estas conductas consiste en mejorar los mecanismos de protección de las víctimas en el proceso penal. Debe potenciarse también la comunicación con organizaciones de apoyo a las víctimas, a las que es probable que llegue información sobre casos de corrupción relacionada con la trata. Asimismo, contribuiría a solventar las dificultades probatorias existentes, la mejora de la protección de los denunciantes, la intensificación de la cooperación internacional en la investigación de estas conductas, y el fomento de la colaboración entre unidades especiales anti-trata y anti-corrupción.
- XXII.** En lo que al enjuiciamiento y condena se refiere, es importante garantizar la aplicación del artículo 177 bis 5 cuando hay un prevalimiento de la condición pública, pero también la del tipo básico en concurso con el correspondiente delito contra la Administración Pública cuando el abuso sirva como medio para facilitar la trata. Los delitos de cohecho, revelación de secretos, u omisión del deber de perseguir delitos, por poner algunos ejemplos, no contienen por sí mismos todo el desvalor de la conducta corrupta relacionada con la trata.
- XXIII.** La mera represión penal de la corrupción relacionada con la trata resulta insuficiente. Es necesario adoptar también medidas efectivas de prevención del delito. Entre ellas, destaca la inclusión de la corrupción en los programas de formación específica sobre trata, para que los funcionarios públicos sean capaces de identificar con claridad dónde existen riesgos de que este tipo de conductas se produzcan y así evitar que ocurran. Asimismo, es menester

mejorar la sensibilización de funcionarios públicos que potencialmente puedan entrar en contacto con víctimas de trata, llevada a cabo desde una perspectiva de género. Por otra parte, podría ser también útil la adopción de códigos de conducta, que fomenten buenas prácticas y la creación de un ambiente de respeto a la legalidad.

XXIV. En definitiva, aunque no se trata de un fenómeno endémico ni imprescindible para todos los casos de trata, es importante que los poderes públicos tomen conciencia de la importancia de este tipo de corrupción. Evitar y sancionar la corrupción relacionada con la trata forma parte de la responsabilidad del Estado de investigar la trata y, lo que es más importante, de su obligación de prevenirla y garantizar la debida asistencia y protección de las víctimas.

INTRODUCTION AND CONCLUSIONS IN ENGLISH

INTRODUCTION

Human trafficking is a global crime that affects thousands of people around the world. The International Labour Organisation (OIT) estimates that around 40 million people are victims of so-called modern slavery¹⁴⁷². In Europe, 20,532 victims of human trafficking were identified between 2015 and 2016¹⁴⁷³. In Spain, the Intelligence Centre against Terrorism and Organised Crime (CITCO) reported in its most recent balance sheet that, just in 2018, 117 victims of sex trafficking, 94 of labour trafficking and 16 of trafficking for other purposes were identified¹⁴⁷⁴. In addition, the profits derived from human trafficking continue to grow, to the extent that it has been considered the fastest growing criminal activity in the world, from which 150 billion dollars are illegally obtained each year¹⁴⁷⁵.

In order to put an end to this alarming situation, the international community has taken several measures, the most important of which has been the entering into force of the UN Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, especially Women and Children, adopted on the 15th November 2000 (hereinafter referred to as Palermo Protocol). Although 178 States have currently ratified this Protocol¹⁴⁷⁶, human trafficking is still considered a “high-profit low-risk venture”¹⁴⁷⁷. The number of convictions for human trafficking is generally very low. 16% of the 132 countries analyzed in the 2012 Global Report on Trafficking in Persons carried out by the United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) did not record any convictions in this regard between 2007 and 2010¹⁴⁷⁸. This international trend can be identified in Spain too. In their most recent report, the Spanish Ombudsman highlighted the serious deficiencies in the process of identifying victims and the low number of convictions for human trafficking¹⁴⁷⁹. Generally, although the number of

¹⁴⁷² OIT, *Global Estimates of Modern Slavery: Forced Labour and Forced Marriage*, Geneva, 2017.

¹⁴⁷³ COMISIÓN EUROPEA, *Data Collection on Trafficking in Human Beings in the EU*, Belgium, 2018.

¹⁴⁷⁴ CITCO, *Trata de seres humanos en España. Balance estadístico 2014-2018*, 2019.

¹⁴⁷⁵ OIT, *Profits and Poverty: The Economics of Forced Labour*, Geneva, 2014.

¹⁴⁷⁶ Information about the current state of ratifications available at: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-12-a&chapter=18&clang=en

¹⁴⁷⁷ TREMBLAY, M./ KARBASSI, C., *Corruption and Human Trafficking*, Transparency International Working Papers, Berlín 2011, p. 2; SHELLEY, L., “Human Trafficking as a Form of Transnational Organized Crime” en LEE, M. (Ed.), *Human Trafficking*, Willan Publishing, Cullompton, 2007, p. 117.

¹⁴⁷⁸ UNODC, *Global Report on Trafficking in Persons*, New York, 2012, p. 7.

¹⁴⁷⁹ DEFENSOR DEL PUEBLO, *La trata de seres humanos en España: víctimas invisibles*, Madrid, 2012, p. 54.

convictions has increased worldwide in recent years, there are still significant areas of impunity¹⁴⁸⁰.

One of the multiple explanations offered by criminology and sociology for the persistence and impunity of human trafficking in our society is its close relationship with corruption in the public sector. Although this topic has hardly been studied, previous research has pointed out that human trafficking and corruption are intertwined phenomena, and that corruption is an important factor that prevents adequate compliance with the three anti-trafficking policies: prevention, persecution and protection.

Most research on this topic has focussed on looking for correlations between levels of perceived corruption and the extent to which States attempt to combat human trafficking. These studies show that those countries where corruption is considered more widespread are also those that present lower levels of compliance with international anti-trafficking commitments, and vice versa¹⁴⁸¹. Likewise, other investigations go a step further by arguing that corruption is actually an important causal factor in human trafficking¹⁴⁸². This thesis has also been adopted by various international organisations, which even claim that human trafficking simply could not exist without public corruption¹⁴⁸³.

Beyond these studies, which mainly contain quantitative macro-level data, very little is actually known about human trafficking-related corruption. Research in this area faces the same difficulties that affect all research on human trafficking in general: the lack of reliable data. First, due to the clandestine nature of trafficking itself, access to direct testimonies from victims and perpetrators is quite limited¹⁴⁸⁴. On the other hand, the existence of multiple concepts of

¹⁴⁸⁰ UNODC, *Global Report on Trafficking in Persons*, New York, 2018, p. 23.

¹⁴⁸¹ Among others, CHO, S./ DREHER, A./ NEUMAYER, E., "Determinants of Anti-Trafficking Policies: Evidence from a New Index", *The Scandinavian Journal of Economics*, vol. 116, núm. 2, 2014, pp. 429-454; VAN DIJK, J./ KLERX-VAN MIERLO, F., *Indicators of Corruption: Further Explorations of the Link between Corruption and Implementation Failure in Anti-Trafficking Policies*, International Victimology Institute Working Paper, Tilburg, 2011.

¹⁴⁸² For example: BALES, K., "What Predicts Human Trafficking?", *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*, vol. 31, núm. 2, 2007, pp. 269-279; SACCO STUDNICKA, A.C., "Corruption and Human Trafficking in Brazil: Findings from a Multi-Modal Approach", *European Journal of Criminology*, vol. 7, núm. 1, 2010, pp. 29-43.

¹⁴⁸³ UNGIFT, *Corruption and Human Trafficking: the Grease that Facilitates the Crime*, Background paper presented at the Vienna Forum to Fight Human Trafficking, 13-15 February 2008; UNODC, *The Role of Corruption in Trafficking in Human Beings*, UNODC Issue Paper, Vienna, 2011; OCDE, *Developing a Framework for Combatting Corruption Related to Trafficking in Persons*, 2014.

¹⁴⁸⁴ GOŹDZIAK, E.M., "Data Matters: Issues and Challenges for Research on Human Trafficking", in DRAGIEWICZ, M. (Ed.), *Global Human Trafficking. Critical Issues and Contexts*, Routledge, New York, 2015, pp. 25-28. MERRY, S.E., *The Seductions of Quantification. Measuring Human Rights, Gender Violence, and Sex Trafficking*, Chicago-London, 2016, p. 124; KANGASPUTA, K., "Collecting Data on Human Trafficking: Availability, Reliability and Comparability of Trafficking Data", en SAVONA, E.U./STEFANIZZI, S. (Eds.), *Measuring Human Trafficking: Complexities and Pitfalls*, Springer, 2007, pp. 27-36; DI NICOLA, A., "Researching into Human Trafficking: Issues and Problems", in LEE, M. (Ed.), *Human Trafficking*, Routledge, New York, 2012, pp. 53-56.

trafficking (or different interpretations of the same legal definition) may introduce distortions in studies that compare various sources. Without a carefully-delimited conceptual framework, it is difficult to compare or aggregate different investigations, because it is not clear whether they are all discussing the same thing¹⁴⁸⁵.

In addition, and in relation to the above, it is important to bear in mind that there is currently no reliable method to quantify trafficking¹⁴⁸⁶. On the one hand, official data will always exclude an uncertain dark figure of cases that are never identified by the authorities¹⁴⁸⁷. This figure is estimated to be especially high in trafficking, because many victims never report their situation, since they fear reprisals from traffickers and/or being deported due to their irregular immigration status. On the other hand, it is also important to question the veracity or accuracy of large figures, which may have been generated to attract attention and resources for anti-trafficking campaigns¹⁴⁸⁸. Numbers have the ability to create certainty in spaces of ambiguity, but, regardless of how much credibility they acquire from being constantly cited, it cannot be ignored that they might have been obtained from questionable sources and methodologies¹⁴⁸⁹.

The above difficulties are exacerbated in relation to the corrupt behaviour of public officials involved in human trafficking. Most national and international reports routinely omit any information regarding the links between corruption and human trafficking. Very few governments study the problem, and if they do, the information obtained is almost never made public because it is considered sensitive¹⁴⁹⁰. For all these reasons, the analysis of the role played by public corruption in human trafficking has been identified as “one of the main gaps” in the academic literature on trafficking¹⁴⁹¹.

If criminological research on this matter is scarce, studies about the Criminal Law response to human trafficking-related corruption are practically

¹⁴⁸⁵ MCCARTHY, L.A., “Human Trafficking and the New Slavery”, *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 10, 2014, p. 235; MERRY, S.E., *The Seductions of Quantification*, cit., p. 124; KANGASPUTA, K., “Collecting Data on Human Trafficking: Availability, Reliability and Comparability of Trafficking Data”, in SAVONA, E.U./STEFANIZZI, S. (Eds.), *Measuring Human Trafficking: Complexities and Pitfalls*, Springer, 2007, pp. 27-36; DI NICOLA, A., “Researching into Human Trafficking”, cit., pp. 50-53.

¹⁴⁸⁶ KANGASPUTA, K., “Collecting Data on Human Trafficking”, cit., pp. 60-65.

¹⁴⁸⁷ VAN DER LEUN, J., “Criminal Policy, Migration Policy and Trafficking in Human Beings: Addressing the Dark Figure”, in MIRANDA RODRIGUES, A./ JOÃO GUIA, M. (Coords.), *Livro de Atas. Conferência Internacional 18 de Outubro Dia Europeu contra o Tráfico de Seres Humanos*, Instituto Jurídico Faculdade de Direito, Coimbra, 2017, pp. 41-50; KANGASPUTA, K., “Collecting Data on Human Trafficking”, cit., pp. 29-30.

¹⁴⁸⁸ WEITZER, R., “New Directions in Research on Human Trafficking”, *ANNALS, AAPSS*, 653, May 2014, pp. 6-24.

¹⁴⁸⁹ MERRY, S.E., *The Seductions of Quantification*, cit., p. 127.

¹⁴⁹⁰ GOUNEV, P./ BEZLOV, T., *Examining the Links between Organised Crime and Corruption*, CSD, 2010, p. 33; UNODC, *The Role of Corruption*, cit., p. 4 and p. 10.

¹⁴⁹¹ KANGASPUTA, K., “Collecting Data on Human Trafficking”, cit., p. 66.

non-existent. Although corruption has historically been absent from public policies against trafficking, since 2010, the States enrolled in the United Nations Global Plan of Action to Combat Trafficking in Persons have committed themselves to investigating, prosecuting and punishing corrupt public officials who engage in or facilitate trafficking in persons. Consequently, the most recent legislation at the regional and national level provides for the criminalisation of corrupt behaviour related to human trafficking. For example, article 24 of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings (hereinafter Warsaw Convention) and article 4.3 of Directive 2011/36/EU explicitly foresee that the commission of a human trafficking offence by a public official in the performance of their duties shall be regarded as an aggravating circumstance. In order to comply with these international obligations, the Spanish Penal Code (art. 177 bis 5) foresees a higher penalty for those who commit human trafficking by taking advantage of their public status. The application of this aggravating circumstance raises a series of difficulties that have not yet been addressed by academic literature.

Thus, this doctoral thesis has two main objectives:

- Examining the links between human trafficking and corruption.
- Critically analysing the Criminal Law response to trafficking-related corruption.

In order to address the two main research questions raised above, this dissertation focusses first on the development of a conceptual framework, which addresses the historical evolution of legislation concerning these crimes, and examines the legal concepts of human trafficking and corruption. To carry out this task, mainly theoretical methods based on bibliographic research have been used. With the aim of revealing the historical origin and development of the concepts studied, original sources from the different periods of study have been consulted, some of them dating back to the beginning of the 20th century. Additionally, the study of the definitions of trafficking in human beings and corruption has been carried out by means of an analysis of international, European and Spanish legislation, case-law and academic literature. The comparative law method has also been used, paying attention to some elements of the legislation in neighbouring countries. The results obtained from this part of the research are reflected in chapters I, II and III of the thesis.

Secondly, taking into account the conceptual framework defined above, the dissertation focusses on the analytical framework, which consists of three parts. The first part is a criminological study on the connections between human trafficking and corruption. In addition to a literature review, this task is carried out by means of an analysis of cases of public officials involved in trafficking reported in 41 European countries between 2009 and 2018. Qualitative content

analysis was the method used to scrutinise reports published by more than a dozen different regional and international institutions, as well as cases available at the UNODC Human Trafficking Case Law database.

Subsequently, the Criminal Law response to trafficking-related corruption in Spain is addressed. To do so, this dissertation analyses the scope of application of article 177 bis 5 of the Spanish Criminal Code, which sanctions any public authority, agent or official who commits human trafficking by taking advantage of their public condition. In order to illustrate the disparity between the law and its practical application, this analysis of the legislation is complemented by a critical review of the judicial response to public officials' involvement in human trafficking. Finally, with all the information obtained, a series of proposals are made to improve the prevention and prosecution of these behaviours. All these aspects are presented in chapters IV and V.

CONCLUSIONS

This section brings together the main conclusions of the dissertation. To facilitate their presentation, ideas have been enumerated and classified by chapter.

CHAPTER I

THE HISTORICAL EVOLUTION OF INTERNATIONAL LEGISLATION AGAINST HUMAN TRAFFICKING AND CORRUPTION

- I.** International legislation regarding human trafficking has historically focussed on three aspects: prostitution, irregular immigration and organised crime. The equation of trafficking and prostitution in public policies, which was already present in international legal instruments against the so-called “white slave trade”, limits the scope of trafficking to a very specific type of victim (vulnerable and innocent women, who did not want to migrate and did not know they would be prostitutes), excluding those who do not fit this stereotypical conception, especially victims of labour trafficking. Without abandoning this first paradigm, international regulations have also tried to combat trafficking by reducing migrants’ mobility, as a consequence of a simplistic association made between trafficking and irregular immigration. Finally, international policies have mainly focussed on human trafficking as a form of transnational organised crime, which has emphasised a crime-centred response that overlooks victims’ assistance and protection.
- II.** International regulations against corruption have their origin in the prohibition of bribing foreign public officials in business transactions, which was initially contained in the Foreign Corrupt Practices Act, passed in the United States in 1977. With the subsequent approval of various international and regional treaties, there was a change of focus to allow the prosecution of transnational corruption even if it is not related to business. This trend was consolidated with the approval of the United Nations Convention against Corruption (UNCAC), which approaches the phenomenon of corruption from the perspective of the fight against organised crime.
- III.** International law against human trafficking and corruption, which originally developed in completely disconnected ways, converge when both of them are tackled from the perspective of the fight against transnational organised crime. As a result of this alignment, the role of corruption starts to be addressed in public policies against human trafficking, although in a very incipient manner. In line with the securitisation strategy in which they are framed, the first (and only) measures adopted in this sense focus exclusively on the criminal prosecution of corrupt practices related to human trafficking.

CHAPTER II

THE CONCEPT OF HUMAN TRAFFICKING: A SINGLE LEGAL DEFINITION FOR MULTIPLE CRIMINOLOGICAL REALITIES

- IV. The legal concept of human trafficking tries to encompass an extremely diverse and complex criminological reality in a single definition. To do so, international, European and Spanish legislation provide for an offence that requires three essential elements: actions, means and exploitative purposes. Thus, the definition intends to recognise the links with forced prostitution, irregular immigration and organised crime, without limiting the scope of trafficking to these aspects.
- V. According to current legislation, the crime of human trafficking punishes the process towards exploitation, excluding the effective materialisation of said exploitation. The actions foreseen in the definition will only be punishable if they are carried out within a process for gaining control over a person in order to exploit them. Therefore, trafficking is not limited to a process of mobility, understood as the transportation of persons, but also includes the transfer of the ownership that, *de facto*, is exercised over a person.
- VI. The use of means determines the irrelevance of adult victims' consent. These means must be present from the recruitment stage and must be subsequently maintained or replaced by others. For this reason, the proof of the use of means is essential to achieve a conviction for human trafficking; failure to do so would constitute a violation of the presumption of innocence and a denial of migrants' agency.
- VII. The crime of human trafficking is completed by the mere existence of the purpose to exploit somebody; it is not necessary that exploitation actually takes place. Thus, as a specific exploitation purpose is always required, human trafficking cannot be committed with negligence. Direct intent must always be present. This requirement of the *mens rea* is fulfilled when perpetrators perform any of the actions foreseen in the definition, with the aim of exploiting the victim themselves, but also when they act with the aim of the victim being exploited by a third party. In the absence of a general concept of exploitation, it is necessary to pay attention to how internal and international legislation define each type of exploitation that is expressly included in the concept of human trafficking adopted by each State.
- VIII. Although at the theoretical level the differences between human trafficking and migrant smuggling are relatively clear, the distinction between them in practice is extremely complex. Both legal definitions describe behaviours that usually coincide. Smuggling often ends up becoming

trafficking when exploitation emerges as the only way to repay the debt derived from transportation costs. The existence of two separate crimes is based on the differentiation that has historically been made between innocent and vulnerable women who were trafficked, and, therefore, deserving of protection; and guilty irregular migrants, who must be punished. A vision that clearly must be overcome.

- IX.** It is necessary to rethink the Criminal Law response to human trafficking to give more importance to exploitation than to the process towards it. The legal definition of human trafficking is inadequate for responding to the current criminological reality made up of migrants who willingly move to another country and encounter situations of exploitation there. In practice, the means rarely affect the mobilisation process, but rather the establishment and maintenance of a situation of exploitation. In addition, one of the consequences of this way of defining trafficking is that the process leading to exploitation is often more harshly punished than the exploitation itself, which is incoherent and violates the principle of proportionality. In this sense, it is especially outrageous that the Spanish Criminal Code does not expressly criminalise forced labour and slavery, which should be amended. For this reason, here it is proposed that a distinction should be made between smuggling and the corresponding crime of effective exploitation, providing for an aggravating circumstance when the exploited persons were an object of trade.

CHAPTER III

AN APPROACH TO THE CONCEPT OF CORRUPTION

- X.** The term corruption is a specific concept in sociology and political science that encompasses a series of behaviours that may have relevance for Criminal Law. Given the impossibility of reaching a univocal and universal definition of corruption, here an approach to the legal-criminal concept of corruption is offered, based on an analysis of its characteristics (descriptive approach) and of the criminal figures that comprise it (normative approach).
- XI.** From the definitions of corruption contained in international and European law, as well as the declarations of various international organisations, it is possible to infer the fundamental characteristics that every crime that is considered corruption must have (descriptive approach). These would be, at least, abusing or taking advantage of a position of public power, for private gain. Additionally, the damage to the public interest, the concurrence of at least two parties, and the secret nature of the behaviour are usually present in corruption crimes, although they are not considered essential elements.

- XII.** Taking the Spanish legal system as a reference, the criminal figures that can be considered corruption, and therefore constitute the normative approach, are: bribery, trading in influence, misappropriation of public assets, negotiations prohibited to public officials and the use of secrets or inside information. Other crimes against the public Administration, such as embezzlement, handing down arbitrary resolutions (*prevaricación*), abandoning a public post and the omission of the duty to prosecute crimes, will be considered corruption as long as they are carried out for private gain.
- XIII.** Trafficking-related corruption can be defined as any abuse of a position of public power to commit or facilitate human trafficking for private gain. This includes all the above-mentioned crimes that make up the concept of corruption when they are carried out with the objective of favouring human trafficking. In addition to these, trafficking-related corruption also integrates the aggravating circumstance that must be applied to public officials who take advantage of their public status to commit human trafficking (article 177 bis 5 of the Spanish Criminal Code).

CHAPTER IV

THE PHENOMENON OF HUMAN TRAFFICKING-RELATED CORRUPTION

- XIV.** Knowledge about the role of corruption in human trafficking is very limited, as are studies on traffickers in general. This is partly caused because of the difficulties in accessing direct testimonies from victims and perpetrators, and the unwillingness of public officials to disclose information about colleagues involved in human trafficking. Furthermore, since corruption has generally been a neglected aspect in anti-trafficking policies, specific official data on this issue is rarely collected.
- XV.** Corruption and human trafficking are interrelated phenomena. Previous quantitative studies have demonstrated the existence of statistical correlations between the levels of perceived corruption and the level of compliance with international standards against human trafficking. Thus, those countries perceived to be more corrupt are those that present more difficulties when combatting human trafficking and vice versa. However, these correlations on their own do not suffice to sustain the thesis according to which corruption contributes to worsening the trafficking situation, since it is possible that there is a third factor that explains the increase or decrease of both variables.
- XVI.** Corruption can be included among the push factors of human trafficking, insofar as it contributes to creating situations of inequality and

socioeconomic circumstances in the countries of origin that can favour the appearance of trafficking. Likewise, although its relevance in this category is very limited, corruption can also be included among the pull factors, if we consider that the possibility of achieving public complicity that facilitates trafficking may have some influence on the choice of destination countries. Nevertheless, despite the above, it is not possible to affirm that corruption constitutes an essential element for the appearance of trafficking.

XVII. The study of cases in Europe between 2009 and 2018 allows us to conclude that there are several sectors of the public Administration where opportunities for trafficking-related corruption may arise. The police constitutes the public sector that is most prone to this behaviour, since police officers are more exposed and likely to contact victims and traffickers directly. Corruption of border authorities has had a lower incidence in Europe since the creation of the Schengen Area. However, it is still present when the victims come from non-EU countries. In this sense, the involvement in trafficking of public officials in charge of granting asylum and refuge, and staff working in detention centres for migrants is increasingly important. Corruption in embassies and consular offices of European countries abroad often has to do with the granting of visas to facilitate the transportation of trafficking victims, but, above all, it is related to exploitation in domestic work. Political and judicial corruption are also present, although the cases reported in Europe are very anecdotal. Finally, the involvement of labour inspectors, as well as healthcare and social services personnel, is remarkable due to its growing relevance.

XVIII. Corruption is a facilitator of human trafficking. The participation of public officials in trafficking can ease the commission of the crime, from recruitment to transport and exploitation. Furthermore, corruption can impede the prosecution and investigation of the crime, as well as the adequate protection of victims.

CHAPTER V

THE CRIMINAL LAW RESPONSE TO HUMAN TRAFFICKING-RELATED CORRUPTION IN SPAIN

XIX. The only measure adopted in Spain to tackle human trafficking-related corruption has been the inclusion of an aggravating circumstance in article 177 bis 5 of the Criminal Code. The application of this aggravating circumstance requires not only that all the elements of human trafficking are fulfilled, but also three additional requirements. First, the perpetrator must be a public official in accordance with article 24 of the Spanish Criminal Code (personal element). This public official must have taken advantage of their

public condition to commit the crime with greater ease and less risk (material element). It is not necessary that their official tasks are directly related to human trafficking. When the involvement in human trafficking consists of an abuse in the performance of the public official's duties, then this conduct should be punished as the correspondent crime against the public Administration and a normal crime of human trafficking. In this case, it is not possible to apply this aggravated form of human trafficking together with the specific crime of abuse of public office without violating the *non bis in idem* principle. Finally, the perpetrator must have the specific intent to use their public condition to facilitate their criminal purpose (subjective element). Given that the legal provision refers to "those who carry out the acts", this aggravated form of human trafficking cannot be used to punish public officials who are mere accomplices. For these reasons, this aggravating circumstance has a very limited scope of application.

XX. The aggravating circumstance provided for in article 177 bis 5 of the Spanish Criminal Code has never been applied, and there have never been any convictions of public officials as accomplices in the crime of human trafficking in Spain. However, this does not mean that these conducts do not exist. Since trafficking-related corruption is usually detected either in the transportation or in the exploitation phase, these behaviours are punished as migrant smuggling or facilitation of irregular immigration (art. 318 bis) or as crimes related to forced prostitution (arts. 187 et seq.). The difficulties in demonstrating public officials' involvement in the process towards exploitation, as trafficking is defined in Spain, prevent the application of article 177 bis. It is also frequent that the judges obviate the involvement in human trafficking and punish only the abuse of functions (bribery, omission of the duty to prosecute crimes, falsification in public documents, disclosure of secrets, etc.), which should be avoided. In general, the impossibility of finding evidence means that most cases end up with acquittals and dismissals.

XXI. The criminal prosecution of public officials involved in human trafficking in Spain has significant shortcomings. The distrust of trafficked persons in public authorities, exacerbated when they have witnessed the participation of public officials in their own trafficking and exploitation processes, discourages victims from reporting or testifying. For this reason, one of the key advances in the investigation of these behaviours would consist of improving the mechanisms for the protection of victims in the criminal process. Communication with organisations offering support to the victims, which are likely to receive information on trafficking-related corruption cases, should also be enhanced. Other factors that would also contribute to solving existing evidentiary difficulties are: improving whistle-blowers'

protection, intensifying international cooperation in the investigation of these conducts, and promoting collaboration between special anti-trafficking and anti-corruption units.

XXII. Regarding prosecution and conviction, it is important to guarantee the application of article 177 bis of the Spanish Criminal Code when public officials are involved in human trafficking, either in its aggravated modality (when perpetrators take advantage of their public condition to commit the crime), or together with the corresponding crime against the public Administration (when they have abused their public functions). It cannot be forgotten that crimes such as bribery, disclosure of secrets or inside information, or omission of the duty to prosecute crimes do not suffice to sanction the serious attack on human dignity and freedom that trafficking represents.

XXIII. The mere criminal repression of corruption related to trafficking is utterly insufficient. It is also necessary to adopt effective crime prevention measures. One of them would be the inclusion of corruption in specific training programs on human trafficking, so that public officials are able to clearly identify the sectors and moments in which this type of conduct is likely to occur, and therefore be prepared to prevent it. Likewise, it is necessary to increase awareness among public officials who may potentially come into contact with trafficking victims, paying special attention to gender issues. On the other hand, the adoption of codes of conduct that promote good practices and the creation of an environment of respect for the law would also be useful.

XXIV. In short, although it is not an endemic or essential phenomenon for all cases of trafficking, it is important that governments become aware of the importance of this type of corruption. Preventing and punishing trafficking-related corruption is part of the State's responsibility to investigate human trafficking and, more importantly, it pertains to its obligation to prevent it and to guarantee victims' assistance and protection.

BIBLIOGRAFÍA

- ABOGACÍA DEL ESTADO, *Delitos cometidos por funcionarios públicos*, Francis Lefebvre, Madrid, 2019.
- ABRAMSON, K., "Beyond Consent, towards Safeguarding Human Rights: Implementing the United Nations Trafficking Protocol", *Harvard International Law Journal*, vol. 44, núm. 2, 2003, pp. 473-502.
- ACALE SÁNCHEZ, M., *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas. Especial referencia a los delitos de agresión y abuso sexuales*, Reus Editorial, Madrid, 2019.
- ACALE SÁNCHEZ, M., "Limitaciones criminológicas y normativas del concepto de corrupción", en PUENTE ABA, L.M. (Dir.)/ FUENTES LOUREIRO, M.A./ RODRÍGUEZ LÓPEZ, S. (Coords.), *La proyección de la corrupción en el ámbito penal: análisis de una realidad transversal*, Comares, Granada, 2017, pp. 3-40.
- AGBU, O., "Corruption and Human Trafficking: The Nigerian Case", *West Africa Review*, vol. 4, núm. 1, 2003, pp. 1-13.
- AGUADO LÓPEZ, S., "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (6): delitos relativos a la prostitución, explotación sexual y corrupción de menores. Disposiciones comunes", en BOIX REIG, J. (Dir.), *Derecho Penal. Parte Especial*, vol. I, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2016, pp. 425-463.
- ALLAIN, J., "No Effective Trafficking Definition Exists: Domestic Implementation of the Palermo Protocol", *Albanian Government Law Review*, vol. 7, núm. 1, 2014, pp. 111-142.
- ALLAIN, J., *Slavery in International Law of Human Exploitation and Trafficking*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2013.
- ALLAIN, J./ BALES, K., "Slavery and Its Definition", *Global Dialogue*, vol. 14, núm. 2, 2012, pp. 1-8.
- ALLSOPP, J./ MANIERI, M.G., "The EU Anti-Smuggling Framework: Direct and indirect effects on the provision of humanitarian assistance to irregular migrants", en CARRERA, S./ GUILD, E., *Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings: Policy Dilemmas in the EU*, Centre for European Policy Studies (CEPS), Bruselas, 2016, pp. 81-92.
- ALONSO PÉREZ, F., *Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el nuevo Código Penal*, Dykinson, Madrid, 2000.
- ÁLVAREZ VIZCAYA, M., *Libertad de expresión y principio de autoridad: el delito desacato*, Bosch, Barcelona, 1993.
- ANARTE BORRALLO, E./ AGUADO LÓPEZ, S., "Lesiones y tráfico de órganos humanos", en BOIX REIG, J. (Coord.), *Derecho Penal. Parte especial*, vol. 1, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2016, pp. 127-192.
- ANDERS, G./ NUITJEN, M., "Corruption and the Secret of Law: An Introduction", en ANDERS, G./ NUITJEN, M. (Eds.), *Corruption and the Secret of Law. A Legal Anthropological Perspective*, Ashgate, Burlington, 2007, pp. 1-26.

- ANDERSON, B./ ANDRIJASEVIC, A., "Sex, Slaves and Citizens: the Politics of Anti-Trafficking", *Soundings*, núm. 40, 2008, pp. 135-145.
- ANDRIJASEVIC, R., "Trafficking: not a neutral concept", en CARRERA, S./ GUILD, E., *Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings: Policy Dilemmas in the EU*, Centre for European Policy Studies (CEPS), Bruselas, 2016, pp. 58-64.
- ANTI-SLAVERY INTERNATIONAL, *Trafficking for Forced Criminal Activities and Begging in Europe: Exploratory Study and Good Practice Examples (RACE in Europe Project Research and Guidance Report)*, Londres, 2014.
- ANTI-SLAVERY INTERNATIONAL/TRANSPARENCY INTERNATIONAL/ UNODC, *The Role of Corruption in Trafficking in Persons*, Background paper para el evento "The Role of Corruption in Trafficking in Persons", en la Tercera Sesión de la Conferencia de los Estados Parte de la UNCAC, celebrada en Doha el 11 de noviembre de 2009. https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Corruption_and_trafficking_Doha_final.pdf
- ANTONOPOULOS, G.A./ TAGAROV, N., "Greece: The Politics of Crime", en GOUNEV, P./ RUGGIERO, V. (Eds.), *Corruption and Organized Crime in Europe. Illegal Partnership*, Routledge, London, 2012, pp. 125-143.
- ARIAS EIBE, M.J., *Responsabilidad criminal. Circunstancias modificativas y su fundamento en el Código Penal. Una visión desde la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Bosch Penal, Barcelona, 2007.
- ARNONE, M./ BORLINI, L.S., *Corruption: Economic Analysis and International Law*, Edwards Elgar, Cheltenham, 2014.
- ARROYO ZAPATERO, L.A., "Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos", en ARROYO ZAPATERO, L.A. / BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Coords.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca, 2001, pp. 25-43.
- ARTAZA VARELA, O., "La utilidad del concepto de corrupción de cara a la delimitación de la conducta típica en el delito de cohecho", *Política criminal*, vol. 11, núm. 21, julio 2016, pp. 307-339.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Prevención y eliminación del matrimonio infantil, precoz y forzado. Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, A/HRC/26/22, de 2 de abril de 2014.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *UN Global Plan of Action to Combat Trafficking in Persons*, 2010, A/RES/64/293.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Interpretative notes for the official records of the negotiation of the United Nations Convention against Transnational and Organized Crime and the Protocols Thereto, A/55/383/Add.1, 3 noviembre de 2000.
- ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, *Trata de mujeres y niñas*, A/RES/49/166, 24 de febrero de 1995.

- BACIO TERRACINO, J., *The International Legal Framework against Corruption. States' Obligations to Prevent and Repress Corruption*, Intersentia, Cambridge, 2012.
- BALES, K., *Disposable people: new slavery in the global economy*, Berkeley, UCP, 2012.
- BALES, K./ TRODD, Z./ WILLIAMSON, A.K., *Modern Slavery: a Beginner's Guide*, Oneworld, Oxford, 2011.
- BALES, K., "What Predicts Human Trafficking?", *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*, vol. 31, núm. 2, 2007, pp. 269-279.
- BALES, K., *Understanding Global Slavery*, University of California Press, Berkely-Los Angeles-Londres, 2005.
- BENITO SÁNCHEZ, C.D., "El fenómeno de la corrupción y su tratamiento desde las instancias supranacionales" en SANZ MULAS, N., (Coord.), *Dos décadas de reformas penales*, Comares, Granada, 2008, pp. 219-253.
- BEZLOV, T./ YORDANOVA, M./ STOYNOVA, N., *Corruption and Trafficking in Women. The case of Bulgaria*, Deliverable del Proyecto Europeo "Anticorruption Policies Revisited. Global Trends and European Responses to the Challenge of Corruption (ANTICORRP)", 2012-2017, 7 de septiembre de 2016.
- BHOOLA, U., "Los nuevos retos para la erradicación de las formas contemporáneas de esclavitud", en PÉREZ ALONSO, E. (Dir.), *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 53-61.
- BOERSMA, M., *Corruption: a Violation of Human Rights and a Crime under International Law?*, Intersentia, Cambridge, 2012.
- BOLAÑOS VÁSQUEZ, H.J., "Regulación jurídico-penal de la trata de personas según el Protocolo de Palermo. Aplicación práctica desde la teoría del delito", *Revista de derecho migratorio y extranjería*, núm. 34, 2013, pp. 295-314.
- BONET PÉREZ, J., "La interpretación de los conceptos de esclavitud y de otras prácticas análogas a la luz del ordenamiento jurídico internacional: aproximación teórica y jurisdiccional", en PÉREZ ALONSO, E. (Dir.), *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 183-209.
- BORG JANSSON, D., *Modern Slavery: A Comparative Study of the Definition of Trafficking in Persons*, Brill Nijhoff, Leiden, 2015.
- BORJA JIMÉNEZ, E., *La aplicación de las circunstancias del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- BRAVO, K.E., "Exploiting the Analogy between Modern Trafficking in Humans and the Transatlantic Slave Trade", *Boston University International Law Journal*, vol. 25, 2007, pp. 207-295.
- BROOKS, G., *Criminology of corruption: theoretical approaches*, Palgrave Mcmillan, London, 2016.

- BROWN, A.J., "What are We Trying to Measure? Reviewing the Basics of Corruption Definition" en SAMPFORD, C./ SHACKLOCK, A./ CONNORS, C./ GALTUNG, F. (Eds.), *Measuring Corruption*, Ashgate publishing, Aldershot, 2007, pp. 57-79.
- BROWN, S., *Breaking the Chain: Corruption and Human Trafficking*, Transparencia Internacional, 2001.
- BRUCH, E.M., "Models Wanted: the Search for an Effective Response to Human Trafficking", *The Stanford Journal of International Law*, vol. 40, núm. 1, 2004, pp. 1-45.
- BURKE, M.C., "Introduction to Human Trafficking: Definitions and Prevalence", en BURKE, M.C., *Human Trafficking: International Perspective*, Routledge, Nueva York, 2013, pp. 3-23.
- BUSSELL, J., "Typologies of Corruption: A Pragmatic Approach" en ROSE-ACKERMAN, S./ LAGUNES, P. (Eds.), *Greed, Corruption, and the Modern State. Essays in Political Economy*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham-Northampton, 2015, pp. 21-45.
- CAMPANA, P./ VARESE, F., "Exploitation in Human Trafficking and Smuggling", *European Journal on Criminal Policy and Research*, vol. 22, 2015, pp. 89-105.
- CANO PAÑOS, M.A., "De la trata de seres humanos", en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado*, Dykinson, Madrid, 2015.
- CAPLAN, A./ DOMINGUEZ-GIL, B./ MATESANZ, R./ PRIOR, C., *Trafficking in organs, tissues and cells and trafficking in human beings for the purpose of the removal of organs: Joint Council of Europe/United Nations Study*, Estrasburgo, 2009.
- CAPOUS-DESYLLAS, M., "A Critique of the Global Trafficking Discourse and U.S. Policy", *Journal of Sociology & Social Welfare*, vol. 34, núm. 4, 2007, pp. 57-80.
- CARTER, D., "A Forecast of Growth in Organized Crime in Europe: New Challenges for Law Enforcement", *Police Studies*, vol. 15, núm. 2, 1992, pp. 62-74.
- CARUSO FONTÁN, M.V., "El concepto de corrupción. Su evolución hacia un nuevo delito de fraude en el deporte como forma de corrupción en el sector privado", *Nueva Época*, núm. 9, 2009, pp. 145-172.
- CASTRESANA FERNÁNDEZ, C., "Corrupción, globalización y delincuencia organizada", en RODRÍGUEZ GARCÍA, N./ FABIÁN CAPARRÓS, E.A., (Coord.), *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Ratio Legis, Salamanca, 2004.
- CHO, S./ DREHER, A./ NEUMAYER, E., "Determinants of Anti-Trafficking Policies: Evidence from a New Index", *The Scandinavian Journal of Economics*, vol. 116, núm. 2, 2014, pp. 429-454.
- CHO, S.Y., "Modelling for Determinants of Human Trafficking", *Economics of Security Working Paper 70*, Berlin, 2012.
- CHUANG, J.A., "Contemporary Debt Bondage, "Self-Exploitation", and the Limits of the Trafficking Definition", en KOTISWARAN, P. (Eds.), *Revisiting the Law*

- and Governance of Trafficking, Forced Labor and Modern Slavery*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 112-133.
- CITCO, *Trata de seres humanos en España. Balance estadístico 2014-2018*, 2019.
- CLIMENT DURÁN, C., *Detenciones ilegales cometidas por autoridad o funcionario público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- COBO DEL ROSAL, M./ VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho Penal. Parte general*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- COMISIÓN EUROPEA, *Data Collection on Trafficking in Human Beings in the EU*, Belgium, 2018.
- COMISIÓN EUROPEA, *Report of the Experts Group on Trafficking in Human Beings*, Bruselas, 22 de diciembre de 2004.
- CONSEJO DE EUROPA, *Trafficking in human beings: Internet recruitment*, Directorate General of Human Rights and Legal Affairs, Estrasburgo, 2007.
- CONSEJO DE EUROPA, *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings*, Council of Europe Treaty Series num. 197, Varsovia, 2005.
- CONSEJO DE EUROPA, *Trafficking in Human Beings and Corruption*, informe presentado en el seminario regional celebrado en el marco del Programa contra la corrupción y el crimen organizado en el sudeste de Europa (PACO), en Portoroz, Eslovenia, en junio de 2002.
- COOTE, W.A. (Secretary International Bureau for the Suppression of the White Slavery), "The World's Congress and the White Slave Traffic in England", en CLIFFORD, R., *The Great War on White Slavery*, Garland Publishing, Nueva York- Londres, 1979, p. 399-404.
- COTELO LÓPEZ, C., "Artículos 369 y 370 del Código Penal: tipos agravados en el tráfico de drogas", en CIMÁS GIMÉNEZ, M. C. (Dir.), *Delitos contra la salud pública. Novedades jurisprudenciales. Nuevos hábitos, nuevos consumos*, CGPJ, Madrid, 2007, pp. 107-164.
- CUERDA ARNAU, M.L., "Lección X. Torturas y otros delitos contra la integridad moral. Trata de seres humanos", en GONZALEZ CUSSAC, J.L. (Coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, 2019, pp. 187-207.
- CUGAT MAURI, M., "El tráfico de influencias: un tipo prescindible", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 16, 2014, pp. 1-23.
- CUOMARASWAMY, R., Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences on trafficking in women, women's migration and violence against women, submitted in accordance with Commission on Human Rights resolution 1997/44, E/CN.4/2000/68.
- DANAILOVA-TRAINOR, G./ BELSER, P., *Globalization and the Illicit Market for Human Trafficking: an Empirical Analysis of Supply and Demand*, ILO Working Paper núm. 78, Ginebra, 2006.
- DANDURAND, Y./ JAHN, J., "The Failing International Legal Framework on Migrant Smuggling and Human Trafficking", en WINTERDYK, J./ JONES, J. (Eds.), *The*

- Palgrave International Handbook of Human Trafficking*, Palgrave Macmillan, Cham, 2019, pp. 1-19.
- DAS, J./ DI RIENZO, C.E./ LANIER, D., "Anti-Human Trafficking Policy Compliance: The Role of Corruption", *International Journal of Management and Marketing Research*, vol. 9, núm. 2, 2016, pp. 101-111.
- DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El delito de trata de seres humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- DAY, S., "The Re-emergence of Trafficking: Sex Work between Slavery and Freedom", *Journal of the Anthropological Institute*, vol. 16, núm. 4, 2010, pp. 816-834.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., "Iniciativas internacionales contra la corrupción", *Eguzkilore*, núm. 17, 2003, pp. 5-26.
- DE LA MATA BARRANCO, N.J., "El funcionario ante el Derecho Penal", *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 20, 2010, pp. 17-78.
- DE LA MATA BARRANCO, N.J., "La lucha contra la corrupción política", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 18-1, 2016, pp. 1-25.
- DE LA MATA BARRANCO, N.J., "La participación del funcionario público en delitos comunes y especiales. Autoría y cooperación. Toma de decisión en órganos colegiados", en ASUA BATARRITA, A. (Ed.), *Delitos contra la Administración pública*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997, pp. 95-115.
- DE LA MATA BARRANCO, N.J., *Derecho Penal Europeo y legislación española. Las reformas del Código Penal. Actualizado a la reforma penal 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- DE SOUSA, L., "Hard responses to corruption: Penal standards and the repression of corruption in Britain, France and Portugal", *Crime, Law and Social Change*, núm. 38, 2002, pp. 267-294.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho Penal del trabajo: los delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R., "Título VII bis. De la trata de seres humanos", en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal*, Tomo II, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 463-469.
- DEFENSOR DEL PUEBLO, *La trata de seres humanos en España: víctimas invisibles*, Madrid, 2012.
- DEL TORO MARZAL, A. "Comentario al artículo 119 CP", en CORDOBA RODA, J./ RODRÍGUEZ MOURULLO, G./ DEL TORO MARZAL, A./ CASABÓ RUIZ, J.R., *Comentarios al Código Penal*. Tomo II, Ediciones Ariel, Barcelona, 1972, pp. 734-735.
- DELEGACIÓN DEL GOBIERNO PARA LA VIOLENCIA DE GÉNERO, *Directrices para la Detección de víctimas de trata en Europa*, Informe elaborado en el marco del proyecto europeo "Desarrollo de directrices y procedimientos comunes para la detección de víctimas de trata" (Euro TrafGuID), 2013.

<http://www.violenciagenero.igualdad.mpr.gob.es/otrasFormas/trata/delectarla/pdf/ManualDirectricesDeteccionTSH.pdf>

- DEMAS, R., "All Hands on Deck: Collaborative Global Strategies in the Battle against Corruption and Human Trafficking in Africa", *University of St. Thomas Law Journal*, vol. 6, núm. 1, 2008, pp. 204-220.
- DI NICOLA, A., "Researching into Human Trafficking: Issues and Problems", LEE, M. (Ed.), *Human Trafficking*, Routledge, New York, 2012, pp. 49-72.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Derecho Penal español*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- DIMITRIADI, A., "The Interrelationship between Trafficking and Irregular Migration", en CARRERA, S./ GUILD, E., *Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings: Policy Dilemmas in the EU*, Centre for European Policy Studies (CEPS), Bruselas, 2016, pp. 64-70.
- DIRIENZO, C., "Compliance with Anti-Trafficking Policies: the Mediating Effect of Corruption", *Crime, Law and Social Change*, vol. 70, 2018, pp. 525-541.
- DOEZEMA, J., "Loose Women or Lost Women: the Re-emergence of the Myth of 'White Slavery' in Contemporary Discourses of 'Trafficking in Women'", *Gender Issues*, vol. 18, núm. 1, 2000, pp. 23-50.
- DOTTRIDGE, M., "Trafficked and Exploited: The Urgent Need for Coherence in International Law", en KOTISWARAN, P. (Eds.), *Revisiting the Law and Governance of Trafficking, Forced Labor and Modern Slavery*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 59-82.
- EDUARDO ABOSO, G., *La trata de personas. La criminalidad organizada en la explotación laboral y sexual*, BdF, Montevideo, 2013.
- ELLIOT, J., *The Role of Consent in Human Trafficking*, Routledge, Abingdon, 2016.
- ESADZE, L., "Corruption, Gender and Trafficking in Women: Possible Correlations and Legal Solutions", presentado en el congreso: "14th International Anti-Corruption Conference", Bangkok, 10 de noviembre de 2010. Disponible en: <http://iacconference.org/documents/Microsoft PowerPoint - 14 IACC WS LondaEsadzePowerPointtrafficking.pdf>
- ESPALIÚ BERDUD, C., "La definición de esclavitud en el Derecho Internacional a comienzos del siglo XXI", *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 28, 2014, pp. 1-36.
- ESQUINAS VALVERDE, P., "Lección 6. El delito de trata de seres humanos", en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. (Dir.)/ ESQUINAS VALVERDE, M.R. (Coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 109-120.
- ESSER, L.B./ DETTMEIJER-VERMEULER, C.E., "The Prominent Role of National Judges in Interpreting the International Definition of Human Trafficking", *Anti-Trafficking Review*, vol. 6, 2016, pp. 91-105.
- EUROPOL, *Child trafficking for the exploitation in forced criminal activities and forced begging*, La Haya, 2014.
- EUROPOL, *European Migrant Smuggling Centre, 4th Annual Report-2019*, 15 de mayo de 2020. Disponible en:

<https://www.europol.europa.eu/publications-documents/emsc-4th-annual-activity-report-%E2%80%932019>.

EUROPOL, *Situation Report. Trafficking in human beings in the EU*, Europol Public Information num. 765175, La Haya, 2016.

FABIÁN CAPARRÓS, E.A., “La corrupción de los servidores públicos extranjeros e internacionales: anotaciones para un Derecho Penal globalizado”, en RODRÍGUEZ GARCÍA, N./ FABIÁN CAPARRÓS, E.A., (Coord.), *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Ratio Legis, Salamanca, 2004.

FARALDO CABANA, P., “¿Dónde estás las víctimas de la trata de personas? Obstáculos a la identificación de las víctimas de trata en España”, en MIRANDA RODRIGUES, A./ JOÃO GUIA, M. (Coords.), *Livro de Atas. Conferência Internacional 18 de Outubro Dia Europeu contra o Tráfico de Seres Humanos*, Instituto Jurídico Faculdade de Direito, Coimbra, 2017, pp. 143-168.

FARALDO CABANA, P., “Gender Dimension of Human Trafficking. Interferences from the Legal Culture. The Spanish Case”, *Security Dialogues*, vol. 8, núm. 2, pp. 249-266.

FARRALES, M.J., “What is Corruption?: A History of Corruption Studies and the Great Definitions Debate”, *SSRN Electronic Journal*, 2005.

FARREL, A./ OWENS, C./ MCDEVITT, J., “New laws but few cases: understanding the challenges to the investigation and prosecution of human trafficking cases”, *Crime, Law and Social Change*, 61, 2014, pp. 139-168.

FERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Algunas reflexiones sobre la corrupción política”, en FABIÁN CAPARRÓS, E.A./ PÉREZ CEPEDA, A.I., *Estudios sobre corrupción*, Ratio Legis, Salamanca, 2010, pp. 39-74.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ DE LIÉVANA, G./ WAISMAN, V., “‘Lost in Translation’: Assessment of the (Non)-Implementation of the Trafficking Directive from a Gender Perspective in Spain”, *Journal of Human Rights Practice*, núm. 9, 2017, pp. 504-525.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (UNIDAD DE EXTRANJERÍA), *Notas informativas y diligencias de seguimiento. Año 2015*, Madrid, 2015. En: [https://www.fiscal.es/fiscal/PA WebApp SGNTJ NFIS/descarga/NOTAS_INFORMATIVAS Y DILIGENCIAS DE SEGUIMIENTO 2015?idFile=1e016a34-59c1-45cf-9c6c-df22f8e39acc](https://www.fiscal.es/fiscal/PA%20WebApp%20SGNTJ%20NFIS/descarga/NOTAS_INFORMATIVAS_Y_DILIGENCIAS_DE_SEGUIMIENTO_2015?idFile=1e016a34-59c1-45cf-9c6c-df22f8e39acc).

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 5/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración*, Madrid, 2011. En: [https://www.fiscal.es/fiscal/PA WebApp SGNTJ NFIS/descarga/memoria2012_vol1_circu_05.pdf?idFile=f899b5a5-3799-4389-a0c7-9530996f9829](https://www.fiscal.es/fiscal/PA%20WebApp%20SGNTJ%20NFIS/descarga/memoria2012_vol1_circu_05.pdf?idFile=f899b5a5-3799-4389-a0c7-9530996f9829).

FISHER, H., “The Suppression of Slavery in International Law”, *The International Law Quarterly*, vol. 3, núm. 1, 1950, pp. 28-51.

FISMAN, R./ GOLDEN, M.A., *Corruption: What Everyone Needs to Know*, Oxford University Press, Oxford, 2017.

- FRIEDRICH, C.J., *The Pathology of Politics: Violence, Betrayal, Corruption, Secrecy and Propaganda*, Harper and Row, New York, 1972.
- GALLAGHER, A.T., "The International Legal Definition of "Trafficking in Persons": Scope and Application", en KOTISWARAN, P. (Eds.), *Revisiting the Law and Governance of Trafficking, Forced Labor and Modern Slavery*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 83-111.
- GALLAGHER, A.T., *The International Law of Human Trafficking*, Cambridge University Press, Nueva York, 2010.
- GALLAGHER, A.T./ DAVID, F., *The International Law of Migrant Smuggling*, Cambridge University Press, Nueva York, 2014.
- GANZENMÜLLER ROIG, C./ ESCUDERO MORATALLA, F./ FRIGOLA VALLINA, J., "Circunstancias que agravan la responsabilidad criminal (Capítulo VI. Art. 22CP)", en GANZENMÜLLER ROIG, C./ SOTO NIETO, F./ HERRÁIZ PAGES, J./ ESCUDERO MORATALLA J.F./ FRIGOLA VALLINA, J., *Eximentes, atenuantes y agravantes en el Código Penal de 1995. Personas criminalmente responsables. Comentarios de los artículos 19 a 31 del Código Penal de 1995*, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 187-254.
- GARCÍA ARÁN, M., "Capítulo I. Introducción", en GARCÍA ARÁN, M. (Coord.), *Trata de personas y explotación sexual*, Comares, Granada, 2006, pp. 1-31.
- GARCÍA ARÁN, M., "Trata de personas y regulación de la prostitución", en PÉREZ ALONSO, E. (Dir.), *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 655-676.
- GARCÍA ESPAÑA, E., *El premio a la colaboración con la justicia. Especial consideración a la corrupción administrativa*, Comares, Granada, 2006.
- GARCÍA ESPAÑA, E./ RODRÍGUEZ CANDELA, J.L., "Delitos contra los derechos de los extranjeros (art. 318 bis del Código Penal)", *Actualidad Penal*, núm. 29, 2002, pp. 723-751.
- GARCÍA SÁNCHEZ, B., "¿Es posible y necesario un concepto unitario de corrupción? Persecución de los delitos de corrupción en los últimos años", en PASTOR PALOMAR, A./ JIMÉNEZ GARCÍA, F./ ROPERIO CARRASCO, J. (Dirs.), *Blanqueo de capitales y corrupción. Interacciones para su erradicación desde el derecho internacional y los sistemas nacionales*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 227-251.
- GARCÍA SEDANO, T., "El tipo de trata de seres humanos", *La Ley Penal*, núm. 109, julio-agosto 2014, pp. 1-12.
- GARCÍA SEDANO, T., "En las antípodas del trabajo decente: el trabajo forzoso", *Lan Harremanak: Revista de Relaciones Laborales*, núm. 39, 2018, pp. 13-25.
- GARCIANDÍA GARMENDIA, R., "La aplicación de las normas de Derecho Internacional contra la corrupción", *Anuario español de Derecho internacional*, núm. 24, 2008, pp. 241-269.
- GARDINER, J., "Defining Corruption", en PUNCH, M./ KOLTHOFF, E./ VAN DER VIJER, K./ VAN VLIET, B. (Eds.), *Coping with Corruption in a Borderless World*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer-Boston, 1993, pp. 21-38.

- GAVILÁN RUBIO, M., “Los delitos relativos a la prostitución en la actual legislación penal”, *La Ley Penal*, núm. 109, julio-agosto 2014, pp. 1-6.
- GEORGIEVA, I., *Using Transparency against Corruption in Public Procurement: A comparative Analysis of the Transparency Rules and their Failure to Combat Corruption*, Springer International Publisher, Cham, 2017.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Lección XXIII. Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VII): Estafas”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 399-420.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Presente y futuro de las circunstancias modificativas”, *Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial*, núm. 7, 1995, pp. 1-19.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, 2ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.
- GONZÁLEZ JIMÉNEZ, M./ PIETSCHMANN, H./ COMÍN, F./ PÉREZ, J. (Coords.), *Instituciones y corrupción en la historia*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1998.
- GONZÁLEZ ROMANILLOS, J.A., “El procedimiento civil como medio de control de la corrupción política: Formula Octaviana y crimen repetundarum”, *Foro, Nueva Época*, núm extra 0, 2004, pp. 391-400.
- GONZÁLEZ RUS, J.J., “Concepto penal de “corrupción””, en CANCIO MELIÁ, M., et al. (Eds.), *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, vol. II, UAM Ediciones, Madrid, 2019, pp. 1035-1048.
- GOODEY, J., “Sex Trafficking in Women from Central and East European Countries: Promoting a ‘Victim-centred’ and ‘Woman-centred’ Approach”, *Feminist Review*, núm. 76, 2004, pp. 26-45.
- GOUNEV, P./ BEZLOV, T., *Examining the Links between Organised Crime and Corruption*, CSD, 2010.
- GOUNEV, P./ DZHEKOVA, R./ BEZLOV, T., *Anti-Corruption Measures in EU Border Control*, CSD, 2012.
- GOYENA HUERTA, J., “Capítulo VIII. Prevalimiento del carácter público”, en ARROYO DE LAS HERAS, A./ GOYENA HUERTA, J./ MUÑOZ CUESTA, J. (Coord.), *Las Circunstancias Agravantes en el Código Penal de 1995*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 151-166.
- GOŹDZIAK, E.M., “Data Matters: Issues and Challenges for Reseach on Human Trafficking”, en DRAGIEWICZ, M. (Ed.), *Global Human Trafficking. Critical Issues and Contexts*, Routledge, New York, 2015, pp. 23-38.
- GRITTNER, F.K., *White Slavery: Myth, Ideology and American Law*, Garland, New York, 1990.
- GUARDIOLA LAGO, M.J., *El Tráfico de Personas en el Derecho Penal Español*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2007.
- GUISASOLA LERMA, C., “Formas contemporáneas de esclavitud y trata de seres humanos: una perspectiva de género”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 39, 2019, pp. 175-215.

- GUSTAVSON, M., *Auditing good government in Africa: Public sector reform, professional norms and the development discourse*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2014.
- GUTH, A., "Human Trafficking in the Philippines: the need for an effective anti-corruption program", *Trends in Organized Crime*, vol. 13, 2010, pp. 147-166.
- HEIDENHEIMER, A.J./ JOHNSTON, M./ LEVINE V.T., *Political Corruption: a Handbook*, Transaction Publishers, New Brunswick, 1989.
- HOLMES, L., "Human Trafficking & Corruption: Triple Victimization?", en FRIESENDORF, C. (Ed.), *Strategies Against Human Trafficking: The Role of the Security Sector*, DCAF, Viena-Ginebra, 2009, pp. 83-114.
- HOLMES, L., *Corruption: A Very Short Introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- HOUGH, D., *Analysing Corruption*, Agenda Publishing, Nueva York, 2018.
- HOUGH, D., *Corruption, Anti-Corruption and Governance*, Basingstoke, New York, Palgrave MacMillan, 2013.
- HOWARD, D., "Twenty-first Century Slavery: Reconciling Diplomatic Immunity and the Rule of Law in the Obama Era", *Alabama Civil Rights & Civil Liberties Law Review*, vol. 3, 2012, pp. 121-140.
- HUDA, S., *Report of the Special Rapporteur on Trafficking in Persons, especially women and children on her mission to Bosnia and Herzegovina, 21 to 28 february 2005*, E/CN.4/2006/62/Add.2, 30 de noviembre de 2005.
- HUISMAN, W./ VANDE WALLE, G., "The criminology of corruption" en DE GRAAF, G./ VON MARAVIC, P./ WAGENAAR, P. (Eds.), *The good cause: theoretical perspectives on corruption*, Budrich, Opladen, 2010, pp. 115-145.
- HUSSEIN, R.A., "The existing tensions in the defining of human trafficking at a UK and international level: a critical overview", *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*, vol. 39, núm. 2, 2015, pp. 129-138.
- IGLESIAS SKULJ, A., "De la trata de seres humanos: Artículo 177 bis CP", en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 593-601.
- IGLESIAS SKULJ, A., "Delitos contra los ciudadanos extranjeros", en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.)/ MATALLÍN EVANGELIO, A. (Coord.)/ GÓRRIZ ROYO, E., (Coord.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 941-947.
- IGLESIAS SKULJ, A., *La trata de mujeres con fines de explotación sexual: una aproximación político-criminal y de género*, Didot, Buenos Aires, 2013.
- IGLESIAS SKULJ, A./ PUENTE ABA, L.M. (Coords.), *Sistema penal y perspectiva de género: trabajo sexual y trata de personas*, Comares, Granada, 2012.
- INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION (IBA), *Human Trafficking and Public Corruption. A Report by the IBA's Presidential Task Force against Human Trafficking*, 2016. Disponible en:

<https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=E34FFA1D-8038-4AEC-A631-E0E2A7E0AD86>

- IRWIN, M.A., "White Slavery as a Metaphor: Anatomy of a Moral Panic", *Ex Post Facto: The History Journal*, vol. 5, 1996, pp. 1-35.
- IVORY, R., *Corruption, Asset Recovery, and the Protection of Property in Public International Law. The Human Rights of Bad Guys*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.
- JAC-KUCHARSKI, A., "The Determinants of Human Trafficking: A US Case Study", *International Migration*, vol. 50, núm. 6, 2012, pp. 150-165.
- JAVATO MARTÍN, A.M., "El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales", *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm., 23, 2011, pp. 145-172.
- JIMÉNEZ GARCÍA, F., *La prevención y la lucha contra el blanqueo de capitales y la corrupción: Interacciones evolutivas en un Derecho Internacional Global*, Comares, Granada, 2015.
- JOBÉ, A., *The Causes and Consequences of Re-trafficking: Evidence from the IOM Human Trafficking Database*, International Organization for Migration, Ginebra, 2010.
- JOHNSTON, M., "The search for definitions: the vitality of politics and the issue of corruption", *International Social Science Journal*, vol. 48, núm. 149, 2008, pp. 321-335.
- JOKINEN, A., "Irregular Migration, Trafficking in Personas and Prevention of Exploitation", en CARRERA, S./ GUILD, E., *Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings: Policy Dilemmas in the EU*, Centre for European Policy Studies (CEPS), Bruselas, 2016, pp. 70-73.
- JONSSON, S., "The Complex Relationship between Police Corruption and Sex Trafficking in Origin Countries", *Journal of Human Trafficking*, vol. 5, núm. 2, 2019, pp. 109-129.
- JORDAN, A.D., *The Annotated Guide to the Complete UN Trafficking Protocol*, International Human Rights Law Group, Washington DC, 2002.
- JUDERÍAS, J., *La trata de blancas. Estudio acerca de este problema en España y en el Extranjero*, Madrid, 1911.
- KANGASPUTA, K., "Collecting Data on Human Trafficking: Availability, Reliability and Comparability of Trafficking Data", en SAVONA, E.U./STEFANIZZI, S. (Eds.), *Measuring Human Trafficking: Complexities and Pitfalls*, Springer, 2007, pp. 27-36.
- KAPPUS, J.H., "Does Immunity Mean Impunity? The Legal and Political Battle of Household Workers against Trafficking and the Exploitation by their Foreign Diplomat Employers", *Case Western Reserve Law Review*, vol. 61, 2010, pp. 269-307.
- KAUFMANN, D./ AART, K./ MASTRUZZI, M., *Governance Matters VIII: Aggregate and Individual Governance Indicators 1996-2008*, Policy Research Working Paper Series 4978, The World Bank, Washington D, 2009.

- KENDALL, V., "Greasing the Palm: An Argument for an Increased Focus on Public Corruption in the Fight against International Human Trafficking", *Cornell International Law Journal*, 2011, vol. 44, pp. 33-47.
- KINDHÄUSER, U., "Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código Penal alemán", *Política Criminal*, núm. 3, 2007, A1, pp. 1-18.
- KLITGAARD, R.E., *Controlling Corruption*, University of California Press, Berkeley, 1988.
- KNEPPER, P., "Measuring the Threat of Global Crime: Insights from Research by the League of Nations into the Traffic in Women", *Criminology*, vol. 50, núm. 3, 2012, pp. 777-809.
- KURER, O., "Corruption: an alternative approach to its definition and measurements", *Political Studies*, 2005, vol. 53, pp. 222-239.
- KURER, O., "Definitions of Corruption", en HEYWOOD, P.M. (Ed.), *Routledge Handbook of Political Corruption*, Routledge, Nueva York, 2015, pp. 30-41.
- LAMMASNIEMI, L., "International Legislation on White Slavery and Anti-Trafficking in the Early Twentieth Century", en WINTERDYK, J./ JONES, J. (Eds.), *The Palgrave International Handbook of Human Trafficking*, Palgrave, Chad, 2019.
- LEMAN, J./ JANSSENS, S., "An Analysis of Some Highly-Structured Networks of Human Smuggling and Trafficking from Albania and Bulgaria to Belgium", *Migration and Ethnic Themes*, vol. 22, núm. 3, 2006, pp. 231-245.
- LEZERTUA, M., "Opportunities for Corruption in Trafficking of Human Beings", presentación en la 11th International Anti-Corruption Conference, celebrada en Seúl (Corea del Sur), en mayo de 2003.
- LLORIA GARCÍA, P., "El delito de trata de seres humanos y la necesidad de creación de una Ley Integral", *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 39, 2019, pp. 353-402.
- LLORIA GARCÍA, P., "Lección XI. Trata de seres humanos", en BOIX REIG, J. (Dir.), *Derecho Penal. Parte especial*, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2016, pp. 329-351.
- LOBASZ, J.K., "Beyond Border Security: Feminist Approaches to Human Trafficking", *Security Studies*, núm. 18, vol. 2, 2009, pp. 319-344.
- LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., *Conceptualización jurídica de la trata de seres humanos con fines de explotación laboral*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- LYDAY, C., "The Shadow Market in Human Beings: An Anti-Corruption Perspective", presentado en el congreso: "10th International Anti-Corruption Conference", Praga, 7 a 11 de octubre de 2001. Disponible en: http://iacconference.org/documents/10th_iacc_workshop_THE_SHADOW_MARKET_IN_HUMAN_BEINGS.pdf
- MACHADO RUIZ, M.D., "Desmontando el discurso oficial sobre la trata de seres humanos", en LAURENZO COPELLO, P./ DURÁN MUÑOZ, R. (Coords.), *Diversidad cultural, género y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 605-630.

- MAGRO SERVET, V., *Manual práctico sobre agravantes y subtipos agravados en el Código Penal*, La Ley, Madrid, 2019.
- MAKEY, V., "Human Trafficking in the Post-Cold War Period: Towards a Comprehensive Approach", *Journal of International Affairs*, 29 de enero de 2013.
- MALEM SEÑA, J.F., "Derechos humanos y corrupción", *Crítica*, núm. 989, 2014, pp. 48-51.
- MALEM SEÑA, J.F., "La corrupción: algunas consideraciones conceptuales y contextuales", *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, núm. extra 104, vol. 2, 2016, pp. 25-41.
- MALEM SEÑA, J.F., *Globalización, comercio internacional y corrupción*, Gedisa, Barcelona, 2000.
- MALPANI, R., "Legal Aspects of Trafficking for Forced Labour Purposes in Europe", *ILO Working Paper*, núm. 48, Ginebra, 2006.
- MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *Comentarios al Código Penal (Tras las Leyes Orgánicas 1/2015, de 30 de marzo y 2/2015, de 30 de marzo)*, La Ley, Madrid, 2016.
- MAQUEDA ABREU, M.L., "Demasiados artificios en el discurso jurídico sobre la trata de seres humanos", en DE LA CUESTA AGUADO, P.M., et al., *Liber Amicorum. Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Juan M^a. Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 1197-1211.
- MAQUEDA ABREU, M.L., "Trata y esclavitud no son lo mismo, pero ¿qué son?", en SUAREZ LÓPEZ, J.M./ BARQUÍN SANZ, J./ BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F./JIMÉNEZ DÍAZ, M.J./ SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E. (Dir.), *Estudios Jurídicos Penales y Criminológicos. En Homenaje al Prof. Dr. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*, vol. II, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 1251-1264.
- MAQUEDA ABREU, M.L./LAURENZO COPELLO, P., *El Derecho Penal en casos. Parte general. Teoría y práctica*, 4^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- MAQUEDA ABREU, M. L., *El tráfico sexual de personas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- MARAVER GÓMEZ, M., "La trata de seres humanos" en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (Dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal: (operadas por la LO 5/2010, de 22 de junio, y 3-2011, de 28 de enero)*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 311-334.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., "Lección 14. Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y los concursos de delitos", ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. (Dir.)/ MORENO-TORRES HERRERA, M.R., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 225-238.
- MARTÍN LORENZO, M., "Concepto penal de funcionario y externalización de funciones públicas", en MAQUEDA ABREU, M.L./ MARTÍN LORENZO, M./ VENTURA PÜSCHEL, A. (Coords.), *Derecho Penal para un Estudio social y democrático de Derecho: estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieta*, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2016, pp. 209-229.

- MARTIN, A.T., "The Development of International Bribery Law", *Natural Resources and Environment*, vol. 14, núm. 2, 1999, pp. 95-102.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *Mujeres en el CIE: Género, Inmigración e Internamiento*, Tercera Prensa, Donostia, 2013.
- MARTÍNEZ PARDO, V.J., *Los delitos de tráfico de drogas: estudio jurisprudencial*, Edisofer, Madrid, 2013.
- MARTÍNEZ, J. S., "Antislavery Courts and the Dawn of International Human Rights Law", *The Yale Law Journal*, vol. 117, núm. 4, 2008, p. 550-641.
- MARTOS NÚÑEZ, J.A., "El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis del Código Penal", *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 32, 2012, pp. 97-130.
- MAYORDOMO RODRIGO, V., "Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas", *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 31, 2011, pp. 325-390.
- MAZA MARTÍN, J.M., *Circunstancias que excluyen o modifican la responsabilidad criminal (eximentes, atenuantes, agravantes y circunstancia mixta de parentesco). Resumen de doctrina Jurisprudencial sobre los artículos 20, 21, 22 y 23 del Código Penal*, La Ley, Madrid, 2007.
- MCCARTHY, L.A., "Human Trafficking and the New Slavery", *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 10, 2014, pp. 221-242.
- MCCARTHY, L.A., "Beyond Corruption. An Assessment of Russian Law Enforcement's Fight against Human Trafficking", *Demokratizatsiya*, vol. 18, núm. 1, 2010, pp. 5-27.
- MERRY, S.E., *The Seductions of Quantification. Measuring Human Rights, Gender Violence, and Sex Trafficking*, Chicago-Londres, 2016.
- MIKKELSEN, K.S., "In murky waters: a disentangling of corruption and related concepts", *Crime, Law and Social Change*, núm. 60, 2013, pp. 357-374.
- MILANO, V., "Protección de las víctimas de trata con fines de explotación sexual: estándares internacionales en materia de enfoque de derechos humanos y retos relativos a su aplicación en España", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 32, 2016, pp. 1-54.
- MILIVOJEVIC, S./ PICKERING, S., "Trafficking in People, 20 Years on Sex, Migration and Crime in the Global Anti-Trafficking Discourse and the Rise of the 'Global Trafficking Complex'", *Current Issues in Criminal Justice*, vol. 25, núm. 2, 2013, pp. 585-604.
- MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, Bosch Editor, Barcelona, 2000.
- MIR PUIG, S./ GÓMEZ MARTÍN, V., "Capítulo IV. De las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal", CORCOY BIDASOLO, M./ MIR PUIG, S. (Dirs.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 131-142.
- MITSILEGAS, V., "From National to Global, from Empirical to Legal: The Ambivalent Concept of Transnational Organized Crime", en BEARE, M.E. (Ed.), *Critical*

Reflections on Transnational Organized Crime, Money Laundering, and Corruption, University of Toronto Press, Toronto, 2003, pp. 55-87.

- MORALES HERNÁNDEZ, M.A., “Lucrarse de la prostitución ajena aun con el consentimiento de la persona prostituida: análisis del artículo 187 del Código Penal”, en PÉREZ ALONSO, E./ OLARTE ENCABO, S. (Dir.)/ MERCADO PACHECO, P./ RAMOS TAPIA, I. (Coords.), *Formas contemporáneas de esclavitud y Derechos Humanos en clave de globalización, género y trata de personas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 483-521.
- MORALES PRATS, F./ GARCÍA ALBERO, R., “Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.)/ MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios al Código Penal español*, vol. I, 7ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 1269-1405.
- MORCOM, C./ SCHLOENHARDT, A., *All about Sex?! The Evolution of Trafficking in Persons in International Law*, The University of Queensland Australia, Human Trafficking Working Group, Research Paper, marzo 2011.
- MORENO-TORRES HERRERA, M.R. (Dir.), *Lecciones de Derecho Penal: parte general*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- MORGAN, A.L., *Corruption: Causes, Consequences, and Policy Implications: A Literature Review*, Asia Foundation, San Francisco, 1998.
- MORÓN LERMA, E./ GARCÍA ARÁN, M./ JIMÉNEZ VILLAREJO, C., “Los tipos acogedores del tráfico de personas”, en GARCÍA ARÁN, M. (Coord.), *Trata de personas y explotación sexual*, Comares, Granada, 2006, pp. 197-255.
- MOYA GUILLEM, C., *La trata de seres humanos con fines de extracción de órganos. Análisis criminológico y jurídico-penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- MOYA GUILLEM, C., *La protección jurídica frente al tráfico de órganos humanos. Especial referencia a la tutela penal en España (art. 156 bis CP)*, Marcial Pons, Madrid, 2018.
- MOYA GUILLEM, C., “Aproximación crítica a la primera sentencia por tráfico de órganos (SAP de Barcelona 793/2016, de 16 de octubre”, *Diario La Ley*, núm. 8895, 2017.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 22ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- MUÑOZ CONDE, F./ GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal: parte general*, 10ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 17ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- MUÑOZ LORENTE, J., “Delito de tráfico de influencias”, *Eumonía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 7, septiembre 2014- febrero 2015, pp. 248-255.
- NAVARRO CARDOSO, F., “Cohecho pasivo subsiguiente o por recompensa”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 18, núm. 25, 2016, p. 1-40.
- NELKEN, D., “Human Trafficking and Legal Culture”, *Israel Law Review*, vol. 43, núm. 3, 2010, pp. 479-513.

- NGOZI EZEILO, J., *Report of the Special Rapporteur on Trafficking in Persons, especially women and children on her mission to Italy*, A/HRC/26/37/Add.4, 1 de abril de 2014.
- NICHOLS, C./ DANIEL, T./ BACARESE, A./ MATON, J./ HATCHARD, J., *Corruption and misuse of public office*, 3ª ed., Oxford University Press, Oxford-Nueva York, 2017.
- NICHOLS, P.M., "What is Organizational Corruption?", en ABLÄNDER, M.S./ HUDSON, S. (Eds.), *The Handbook of Business and Corruption. Cross-Sectorial Experiences*, Emerald Publishing, Bingley, 2017, pp. 3-23.
- NIETO GARCÍA, A., *Corrupción en la España democrática*, Ariel, Barcelona, 1997.
- NIETO GARCÍA, A.J., "Concurso penal de la trata de seres humanos y utilización de menores como mendigos", *Diario La Ley*, núm. 7867, 2012.
- NIETO GARCÍA, A.J., "La utilización de menores para la práctica de la mendicidad", *Diario La Ley*, núm. 7467, 2010, pp. 1-10.
- NIETO MARTÍN, A., "La privatización de la lucha contra la corrupción", *Cahiers de défense sociale*, núm. 37, 2011-2012, pp. 59-82.
- NÚÑEZ GARCÍA-SAUÇO, A., "La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción", en RODRÍGUEZ GARCÍA, N./ FABIÁN CAPARRÓS, A., (Coord.), *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Ratio Legis, Salamanca, 2004.
- NYE, J.S., "Corruption and Political Development: A Cost-Benefit Analysis", *The American Political Science Association*, vol. 67, núm. 2, 1967, pp. 417-427.
- OCDE, *Developing a Framework for Combatting Corruption related to Trafficking in Persons*, 2015.
- OCDE, *Glossary of statistical Terms*, 2013.
- OIT, *Global Estimates of Modern Slavery: Forced Labour and Forced Marriage*, Ginebra, 2017.
- OIT, *Profits and Poverty: The Economics of Forced Labour*, Ginebra, 2014.
- OIT, *Forced Labour and Human Trafficking: Casebook of Court Decisions*, 2009.
- OIT, *Una alianza global contra el trabajo forzoso*, Conferencia Internacional del Trabajo, 93ª reunión, 2005.
- OLAIZOLA NOGALES, I., "Concepto de funcionario público a efectos penales", en ASUA BATARRITA, A. (Ed.), *Delitos contra la Administración pública*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997, pp. 77-84.
- OLAIZOLA NOGALES, I., "Previsiones específicas en materia de penalidad. Inhabilitación y suspensión. La agravación genérica de prevalimiento de cargo", en ASUA BATARRITA, A. (Ed.), *Delitos contra la Administración pública*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997, pp. 85-93.
- OLAIZOLA NOGALES, I., *El delito de cohecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- OLESTI RAYO, A., "El Espacio Schengen y la Reinstauración de los controles en las fronteras interiores de los Estados Miembros de la Unión Europea", *REAF*, núm. 15, abril 2012, pp. 44-84.

- OLLUS, N., "Regulating forced labour and combating human trafficking: the relevance of historical definitions in a contemporary perspective", *Crime, Law and Social Change*, núm. 63, 2015, pp. 221-246.
- ORGANIZACIÓN PARA LA SEGURIDAD Y LA COOPERACIÓN EN EUROPA (OSCE), *Trafficking in Human Beings for the Purposes of Organ Removal in the OSCE Region*, Occasional Series Paper 6, julio de 2013.
- ORTS BERENGUER, E./ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Compendio de Derecho Penal*, 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- OTERO GONZÁLEZ, P., "La respuesta del Derecho Penal noruego a la corrupción: un modelo a seguir", en CASTRO MORENO, A./OTERO GONZÁLEZ, P. (Dir.)/ GARROCHO SALCEDO, A.M. (Coord.), *Corrupción y delitos: Aspectos de Derecho Penal Español y desde la perspectiva comparada*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 203-251.
- OUDE BREUIL, B.C./ SIEGEL, D./ VAN REENEN, P./ BEIJER, A./ ROOS, L., "Human Trafficking revisited: legal, enforcement and ethnographic narratives on sex trafficking to Western Europe", *Trends in Organised Crime*, vol. 14, 2011, pp. 30-46.
- PEARSON, Z., "An international human rights approach to corruption" en LARMOUR, P./ WOLANIN, N., *Corruption and Anti-Corruption*, Asia Pacific Press, Canberra, 2013, pp. 30-61.
- PÉREZ ALBALADEJO, M./ RUBIO LARA, P.A., "Delito de trata de seres humanos a la luz del derecho internacional y su influencia en la legislación española", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2016, pp. 169-224.
- PÉREZ ALONSO, E., "Tratamiento jurídico-penal de las formas contemporáneas de esclavitud", en PÉREZ ALONSO, E. (Dir.), *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 333-367.
- PÉREZ ALONSO, E., *Tráfico de personas e inmigración clandestina: un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- PÉREZ CEPEDA, A.I., "Lección X. La trata de seres humanos", en GÓMEZ RIVERO, M.C. (Dir.)/ NIETO MARTÍN, A./ PÉREZ CEPEDA, A.M./ CORTÉS BECHIARELLI, E./ NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Nociones Fundamentales de Derecho Penal. Parte especial*, 3ª ed., vol. I, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 239-251.
- PÉREZ CEPEDA, A.I./ BENITO SÁNCHEZ, D., *Trafficking in Human Beings: a Comparative Study of the International Legal Documents*, Europa Law Publishing, Groningen, 2014.
- PÉREZ CEPEDA, A.I., *Globalización, tráfico internacional de personas y Derecho Penal*, Comares, Granada, 2004.
- PÉREZ GONZÁLEZ, C., "Corrupción y trata de seres humanos", en JIMÉNEZ GARCÍA, F./ ROPERÓ CARRASCO, J. (Dir.)/ PASTOR PALOMAR, A. (Coord.), *Blanqueo de capitales y corrupción. Interacciones para su erradicación desde el Derecho internacional y los sistemas nacionales*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 305-320.

- PÉREZ MACHÍO, A.I., "Trata de personas con fines de explotación laboral. La globalización del delito y su incidencia en la criminalización de la victimización irregular", *Estudios penales y criminológicos*, núm. 26, 2016, pp. 371-446.
- PHILP, M., "Corruption Definition and Measurement", en SAMPFORD, C./ SHACKLOCK, A./ CONNORS, C./ GALTUNG, F. (Eds.), *Measuring Corruption*, Ashgate publishing, Aldershot, 2007, pp. 45-56.
- PHILP, M., "The Definition of Political Corruption" en HEYWOOD, P.M. (Ed.), *Routledge Handbook of Political Corruption*, Routledge, Nueva York, 2015, pp. 17-29.
- PICARELLI, J.T., "Historical Approaches to the Trade in Human Beings", en LEE, M. (Ed.), *Human Trafficking*, William Publishing, Devon, 2007.
- PLYWACZEWSKY, E., "Organised Crime in Poland: its Development From Real Socialism to Present Times" in PAOLI, L./ FIJNAUT, C. (Eds.) *Organised Crime in Europe*, Dordrecht, Springer, 2004, pp. 467-498.
- PODUMLJAK, M., *Corruption and Trafficking in Women. The Case of Croatia*, Deliverable del Proyecto Europeo "Anticorruption Policies Revisited. Global Trends and European Responses to the Challenge of Corruption (ANTICORRP)", 2012-2017, 7 de septiembre de 2016. Disponible en: <https://anticorrrp.eu/publications/corruption-and-trafficking-in-women-the-case-of-croatia/>
- PODUMLJAK, M., *Influence of Corruption on Trafficking in Humans*, ACTA Anti-Corruption Anti-Trafficking Action, Zagreb, 2005.
- POMARES CINTAS, E., "La metamorfosis del concepto de trata de blancas en el seno de la Sociedad de Naciones como paradigma del control de los flujos migratorios contemporáneos", en PÉREZ ALONSO, E./ OLARTE ENCABO, S. (Dir.)/ MERCADO PACHECO, P./ RAMOS TAPIA, I. (Coords.), *Formas contemporáneas de esclavitud y Derechos Humanos en clave de globalización, género y trata de personas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 625-646.
- POMARES CINTAS, E., "Directrices para el análisis y persecución penal de la explotación económica en condiciones de esclavitud o similares", en PÉREZ ALONSO, E. (Dir.), *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 775-793.
- POMARES CINTAS, E., *El Derecho Penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- POMARES CINTAS, E., "El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 13, 2011, pp. 1-31.
- POSADAS, A., "Combating Corruption under International Law", *Duke Journal of Comparative & International Law*, núm. 10, 2000, pp. 345-414.
- PUENTE ABA, L.M., "La pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público en delitos de corrupción relacionados con la contratación pública", *Estudios penales y criminológicos*, núm. 20, 2020, pp. 237-307.

- PUENTE ABA, L.M./ IGLESIAS SKULJ, A., "The Spanish Action Plan Against Trafficking in Women: Policies and Outcomes (2008-2011)", en JOÃO GUIA, M. (Ed.), *The Illegal Business of Human Trafficking*, Cham, Springer, 2015, pp. 71-85.
- PUENTE ABA, L.M., *La pena de inhabilitación absoluta*, Granada, Comares, 2012.
- PUENTE SEGURA, L., *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, Colex, Madrid, 1997.
- QUERALT JIMÉNEZ, J.J., "El concepto de funcionario público", *Cuadernos de política criminal*, núm. 27, 1985, pp. 477-508.
- QUERALT JIMÉNEZ, J.J., "Public Compliance y Corrupción: Análisis conceptual y propuestas", *Revista Internacional de Transparencia e Integridad (RITI)*, núm. 2, septiembre-diciembre 2016, pp. 1-11.
- QUERALT JIMÉNEZ, J.J., "Reflexiones marginales sobre la corrupción", *Revista Crítica Penal y Poder*, núm. 2, 2012, pp. 18-35.
- QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- QUINTANAR DÍEZ, M. (Dir.)/ ORTIZ NAVARRO, J.F./ ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C., *Elementos de Derecho Penal: parte general*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- QUINTERO OLIVARES, G., "Capítulo IV. De las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal", en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.)/ MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo I, 7ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 295-321.
- QUINTERO OLIVARES, G., "Capítulo VI. Disposiciones generales", en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.)/ MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo I, 7ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 329-343.
- QUIRK, J., "When Human Trafficking Means Everything and Nothing", en BUNTING, A./ QUIRK, J., *Contemporary Slavery, Popular Rethoric and Political Practice*, UBC Press, Vancouver-Toronto, 2017, pp. 67-96.
- RAMON RIBAS, E., "La derogación jurisprudencia del artículo 24.2 CP (concepto de funcionario público)", *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 34, 2014, pp. 173-223.
- RAMON RIBAS, E., *Detenciones ilegales practicadas por funcionario público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- REQUEJO NAVEROS, M.T., "El delito de trata de seres humanos en el Código Penal español: panorama general y compromisos internacionales de regulación", en ALCÁCER GUIRAO, R./ MARTÍN LORENZO, M./VALLE MARISCAL DE GANTE, M. (Coords.), *La trata de seres humanos: persecución penal y protección de las víctimas*, Edisofer, Madrid, 2015, pp. 19-56.
- RICHARDS, K., "The Trafficking of Migrants Workers: What ar the Links Between Labour Trafficking and Corruption?", *International Migration*, vol. 42, núm. 5, 2004, pp. 147-168.
- ROCA AGAPITO, L., "Concepto de autoridad y de funcionario público a efectos penales", en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.)/ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A./

- VENTURA PÜSCHEL, A. (Coords.), *Tratado de Derecho Penal español. Parte especial. III. Delitos contra las Administraciones Públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 55-90.
- ROCA AGAPITO, L., “La influencia de la Unión Europea en la lucha contra la corrupción pública”, en ÁLVAREZ GARCÍA, J.F./ MAJÓN-CABEZA OLMEDA, A./ VENTURA PÜSCHEL, A., *La adecuación del Derecho Penal español al ordenamiento de la Unión Europea: la política criminal europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 759-800.
- RODRÍGUEZ COLLAO, L., “Delimitación del concepto penal de corrupción”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. 25, 2004, pp. 339-359.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, P./ SOBRINO MARTÍNEZ, A.I., *Delitos contra la Administración pública*, Bosch, Barcelona, 2008.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, S., “(De)Constructing Stereotypes: Media Representations, Social Perceptions, and Legal Responses to Human Trafficking”, *Journal of Human Trafficking*, vol. 4, núm. 1, 2018, pp. 61-71.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, S., “Criminal Liability of Legal Persons for Human Trafficking Offences in International and European Law”, *Journal of Trafficking and Human Exploitation*, vol. 1, núm. 1, 2017, pp. 95-114.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, S., “La trata de seres humanos para la explotación de actividades delictivas: nuevos retos a raíz de la reforma penal de 2015”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 42, 2016, pp. 151-169.
- RODRÍGUEZ MESA, M.J., *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- RODRÍGUEZ MESA, M.J., *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, Comares, Granada, 2000.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., “Trata de seres humanos y explotación laboral. Reflexiones sobre la realidad práctica”, *La Ley Penal*, núm. 109, julio-agosto 2014, pp. 1-11.
- ROSE, C., *International Anti-Corruption Norms. The Creation and Influence on Domestic Legal Systems*, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- ROSE-ACKERMAN, S., “When is Corruption Harmful?”, Documento de antecedentes para el Informe sobre el Desarrollo Mundial del Banco Mundial de 1997: El Estado en un mundo en transformación, Nueva York, Oxford University Press, 1997, pp. 353-371. Disponible en: http://www.brandonkendhammer.com/politics_of_development/wp-content/uploads/2013/12/540095.pdf
- ROSE-ACKERMAN, S., *Corruption: a study in political economy*, Academic Press, New York, 1978.
- ROSE-ACKERMAN, S./ PALIFKA, B.J., *Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform*, 2ª ed., Cambridge University Press, New York, 2016.

- ROTH, V., *Defining Human Trafficking and Identifying Its Victims. A study on the Impact and Future Challenges of International, European and Finnish Legal Responses to Prostitution-Related Trafficking in Human Beings*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2012.
- ROTHSTEIN, B./ VARRAICH, A., *Making Sense of Corruption*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.
- RUBIO LARA, P.A./ PÉREZ ALBALADEJO, M., “El delito de trata de seres humanos en el Derecho Penal español: problemas e intentos de solución”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2016, pp. 207-250.
- RUSEV, A., *Human Trafficking, Border Security and Related Corruption in the EU*, DCAF Migration and Security Sector Paper Series, Bruselas, 2013.
- SABÁN GODOY, A., *El marco jurídico de la corrupción*, Civitas, Madrid, 1991.
- SACCO STUDNICKA, A.C., “Corruption and Human Trafficking in Brazil: Findings from a Multi-Modal Approach”, *European Journal of Criminology*, vol. 7, núm. 1, 2010, pp. 29-43.
- SANCHA SERRANO, E.M., “Aproximación a la trata de personas” en LARA AGUADO, A. (Dir.)/ RUEDA VALDIVIA, R./ RUIZ SUTIL, C. (Coords.), *Nuevos Retos en la Lucha contra la Trata de Personas con Fines de Explotación Sexual: Un Enfoque Interdisciplinar*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 109-125.
- SÁNCHEZ DOMINGO, M.B., “Trata de seres humanos y trabajos forzados”, *Revista Penal*, núm. 45, enero 2020, pp. 172-193.
- SÁNCHEZ MELGAR, J., “La reforma penal en el delito de narcotráfico: elementos jurídicos y su configuración en la jurisprudencia. Nuevas perspectivas de cambio”, en CIMÁS GIMÉNEZ, M. C. (Dir.), *Delitos contra la salud pública. Novedades jurisprudenciales. Nuevos hábitos, nuevos consumos*, CGPJ, Madrid, 2007, pp. 23-106.
- SÁNCHEZ TOMÁS, J.M., “Prólogo. ¿Por qué le llaman trata cuando quieren decir explotación?” en ALCÁCER GUIRAO, R./ MARTÍN LORENZO, M./ VALLE MARISCAL DE GANTE, M. (Coords.), *La trata de seres humanos: persecución penal y protección de las víctimas*, Edisofer, Madrid, 2015, pp. 13-18.
- SANTANA VEGA, D., “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en CORCOY BIDASOLO, M./ MIR PUIG, S. (Dirs.)/ VERA SÁNCHEZ, J.S. (Coord.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 1117-1127.
- SANTANA VEGA, D., “Título VII bis. De la trata de seres humanos” en CORCOY BIDASOLO, M./ MIR PUIG, S., (Dirs.)/ VERA SÁNCHEZ, J.S. (Coord.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 625-664.
- SANTANA VEGA, D.M., “La Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas: análisis y crítica”, *Nova et Véteria*, vol. 20, núm. 64, 2011, pp. 211-226.

- SANZ MULAS, N., “Despilfarro de fondos públicos y nuevo delito de malversación de caudales”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 19, 2017, pp. 1-35.
- SBERNA, S., *Corruption and Trafficking in Women. The Case of Italy*, Deliverable del Proyecto Europeo “Anticorruption Policies Revisited. Global Trends and European Responses to the Challenge of Corruption (ANTICORRP)”, 2012-2017, 7 de septiembre de 2016. <https://anticorrrp.eu/publications/corruption-and-trafficking-in-women-the-case-of-italy/>
- SCARPA, S., “The Nebulous Definition of Slavery: Legal versus Sociological Definitions of Slavery”, en WINTERDYK, J./ JONES, J. (Eds.), *The Palgrave International Handbook of Human Trafficking*, Palgrave Macmillan, Cham, 2019, pp. 1-13.
- SCARPA, S., *Trafficking in Human Beings: Modern Slavery*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- SCHERRER, A./ WERNER, H., *Trafficking in Human Beings from a Gender Perspective. Directive 2011/36/EU*, European Implementation Assessment, European Parliament Research Service, Bruselas, 2016.
- SCHIMMEL, B./ PECH, B., *Corruption and Gender. Approaches and Recommendations for Technical Assistance. Focal Theme: Corruption and Trafficking in Women*, Federal Ministry for Economic Cooperation and Development of Germany, Eschborn, 2004.
- SCHLOENHARDT, A., “Organized Crime and the Business of Migrant Trafficking: An Economic Analysis”, *Crime, Law & Social Change*, vol. 32, 1999, pp. 203-233.
- SCHLOENHARDT, A./ MARKEY-TOWLER, R., “Non-Criminalisation of Victims of Trafficking in Persons: Principles, Promises, and Perspectives”, *Groningen Journal of International Law*, vol. 4, núm. 1, 2016, pp. 10-38.
- SCHROVER, M., “History of Slavery, Human Smuggling and Trafficking 1860-2010”, en BRUINSMA, G. (Ed.), *Histories of Transnational Crime*, Springer, Nueva York, 2015, pp. 41-70.
- SCULLY, E.P., “Pre-Cold War Traffic in Sexual Labor and Its Foes: Some Contemporary Lessons” en KYLE, D./ KOLOWSKI, R. (Eds.), *Global Human Smuggling*, 2ª ed., The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2011, pp. 74-106.
- SEGRAVE, M./ MILIVOJEVIC, S., “Human Trafficking: Examining Global Responses”, en BARAK, G. (Ed), *The Routledge International Handbook of the Crimes of the Powerful*, Routledge, New York, 2015.
- SHELLEY, L., “Human Trafficking as a Form of Transnational Organized Crime” en Lee, M. (Ed.), *Human Trafficking*, Willan Publishing, Cullompton, 2007.
- SKILBREI, M., “Barrier to Prosecution of Human Trafficking. Identifying General Challenges from a Specific Case”, en MIRANDA RODRIGUES, A./ JOÃO GUIA, M. (Coords.), *Livro de Atas. Conferência Internacional 18 de outubro Dia*

- Europeu contra o Tráfico de Seres Humanos*, Instituto Jurídico Faculdade de Direito, Coimbra, 2017, pp. 67-77.
- SKILBREI, M./ TVEIT, M., "Defining Trafficking through Empirical Work: Blurred Boundaries and their Consequences", *Gender, Technology and Development*, vol. 12, núm. 1, 2008, pp. 9-30.
- SMIT, M., "Trafficking in human beings for labour exploitation. The case of the Netherlands", *Trends in Organised Crime*, vol. 14, 2011, pp. 184-197.
- SOIRILA, U., *Trafficking in Human Beings and Foucauldian biopower: A case study in the expansion of the human rights phenomenon*, Master's Thesis, University of Helsinki, September 2011.
- SØREIDE, T., *Corruption and Criminal Justice: Bridging economic and legal perspectives*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham-Northampton, 2016.
- SPENCER, J./ BROAD, R./ AROMAA, K./ JUNNINEN, M./ MARKINA, A./ SAAR, J./ VILJANEN, T., *Organised crime, corruption and the movement of people across borders in the new enlarged EU: A case study of Estonia, Finland and the UK*, HEUNI Publication Series núm. 69, Helsinki, 2011.
- STOYANOVA, V., *Human Trafficking and Slavery Reconsidered*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.
- STOYNOVA, N./ RUSEV, A./ YORDANOVA, M., *Corruption and Trafficking in Women*, Deliverable del Proyecto Europeo "Anticorruption Policies Revisited. Global Trends and European Responses to the Challenge of Corruption (ANTICORRP)", 2012-2017, 28 de abril de 2016. Disponible en: <https://anticorrrp.eu/publications/analytical-report-of-interview-findings-corruption-and-trafficking-in-women/>
- SUHLAND, J., *Economies of Violence. Transnational Feminism, Postsocialism, and the Politics of Sex Trafficking*, Duke University Press, Durham-London, 2015.
- SURTEES, R., "Traffickers and Trafficking in Southern and Eastern Europe. Considering the Other Side of Human Trafficking", *European Journal of Criminology*, vol. 5, núm. 1, 2008, pp. 39-68.
- SZAREK-MASON, P., *The European Union's Fight Against Corruption: The Evolving Policy Towards Member States and Candidate Countries*, Cambridge University Press, Nueva York, 2010.
- TERRADILLOS BASOCO, J.M., "El delito de inmigración ilegal y la trata de personas", en PÉREZ CEPEDA, A.I. (Dir.)/ GORJÓN BARRANCO, M.C. (Coord.), *El proyecto de reforma del Código Penal de 2013 a debate*, Ratio Legis, Salamanca, 2014, pp. 133-159.
- TERRADILLOS BASOCO, J.M., "Trata de seres humanos (art. 177 bis y Disposición Final Segunda)" en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Valencia, Tirant lo Blanc, 2010, pp. 207-218.
- TERRADILLOS BASOCO, J.M./ GALLARDO GARCÍA, R.M., "Trata de seres humanos", en TERRADILLOS BASOCO, J.M. (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal*, Tomo III, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2016, pp. 177-189.

- THOUMI, F.E., “La relación entre corrupción y narcotráfico: un análisis general y algunas referencias a Colombia”, *Revista de Economía del Rosario*, vol. 2, núm. 1, 2010, pp. 11-33.
- TORRES ROSELL, N./ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Protección jurídica y asistencia para víctimas de trata de seres humanos”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 27, 2017, pp. 1-48.
- TRANSPARENCIA INTERNACIONAL, *Global Corruption Barometer*, 2013.
- TREMBLAY, M./ KARBASSI, C., *Corruption and Human Trafficking*, Transparency International Working Papers, Berlín 2011.
- UDDIN, M.B., “Human Trafficking in South Asia: Issues of Corruption and Human Security”, *International Journal of Social Work and Human Services Practice*, vol. 2, núm. 1, 2014, pp. 18-27.
- UNGIFT, *Corruption and Human Trafficking: the Grease that Facilitates the Crime*, Background paper presentado en el Foro de Viena para la Lucha contra la Trata, 13-15 de febrero de 2008.
- UNODC, *The International Legal Definition of Trafficking in Persons: Consolidation of research findings and reflection on issues raised*, Viena, 2018.
- UNODC, *Global Report on Trafficking in Persons*, Nueva York, 2018.
- UNODC, *Global Report on Trafficking in Persons*, Nueva York, 2016.
- UNODC, *The Role of Recruitment Fees and Abusive and Fraudulent Recruitment Practices of Recruitment Agencies in Trafficking in Persons*, Viena, 2015.
- UNODC, *Trafficking in Persons for the Purpose of Organ Removal. Assessment Toolkit*, Viena, 2015.
- UNODC, *Legislative Guides for the Implementation of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocol Thereto*, New York, 2014.
- UNODC, *Global Report on Trafficking in Persons*, Nueva York, 2014.
- UNODC, *Abuso de una situación de vulnerabilidad y otros “medios” en el contexto de la definición de trata de personas*, Nueva York, 2013.
- UNODC, *Corruption and the Smuggling of Migrants*, Vienna, 2013.
- UNODC, *Trabajos preparatorios de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, Nueva York, 2012.
- UNODC, *Global Report on Trafficking in Persons*, Nueva York, 2012.
- UNODC, *Guidance Note on “abuse of a position of vulnerability” as a means of trafficking in persons in Article 3 of the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime*, Viena, 2012.
- UNODC, *The Role of Corruption in Trafficking in Human Beings*, UNODC Issue Paper, Viena, 2011.
- UNODC, *Ley modelo contra la trata de personas*, Nueva York, 2010.

- UNODC, *Global Report on Trafficking in Persons*, Nueva York, 2009.
- UNODC, *Trabajos preparatorios de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, Nueva York, 2008.
- UNODC, *Manual para la lucha contra la trata de personas*, Nueva York, 2007.
- UNODC, *Guías Legislativas para la Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, Nueva York, 2004.
- UNODC, *United Nations Manual on Anti-Corruption Policy*, Viena, Junio 2001.
 Disponible en:
<https://www.unodc.org/pdf/crime/gpacpublications/manual.pdf>.
- VALEIJE ÁLVAREZ, I., "Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública", *Cuadernos de política criminal*, núm. 62, 1997, pp. 435-498.
- VALVERDE CANO, A.B., "Ausencia de un delito de esclavitud, servidumbre y trabajos forzosos en el Código Penal español", en PÉREZ ALONSO, E. (Dir.), *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 425-445.
- VAN DER LEUN, J., "Criminal Policy, Migration Policy and Trafficking in Human Beings: Addressing the Dark Figure", en MIRANDA RODRIGUES, A./ JOÃO GUIA, M. (Coords.), *Livro de Atas. Conferência Internacional 18 de Outubro Dia Europeu contra o Tráfico de Seres Humanos*, Instituto Jurídico Faculdade de Direito, Coimbra, 2017, pp. 41-50.
- VAN DER PIJL, Y./ OUDE BREUIL, B.C./ SIEGEL, D., "Is There such Thing as "Global Sex Trafficking"? A Patchwork Tale on Useful (Mis)Understandings", *Crime, Law and Social Change*, núm. 56, 2010, pp. 567-582.
- VAN DIJK, J./ KLERX-VAN MIERLO, F., "Revisiting the Link between Corruption Prevalence and Implementation Failure in Anti-Trafficking Policies", *International Perspectives in Victimology*, vol. 7, núm. 2, 2013, pp. 1-8.
- VAN DIJK, J./ KLERX-VAN MIERLO, F., *Indicators of Corruption: Further Explorations of the Link Between Corruption and Implementation Failure in Anti-Trafficking Policies*, International Victimology Institute Working Paper, Tilburg, 2011.
- VAN LIEMPT, I., "Trafficking in Human Beings: Conceptual Dilemmas" en VAN DEN ANKER, C./ DOOMERNIK, J. (Eds.), *Trafficking and Women's Rights*, Palgrave Mcmillan, Hampshire, 2006, pp. 27-42.
- VAN SCHOOR, B., *Fighting Corruption Collectively: How successful are sector-specific coordinated Governance initiatives in Curbing Corruption?*, Springer, Munich, 2017.
- VAN VOORHOUT, J.C., "Human Trafficking for Labour Exploitation: Interpreting the Crime", *Utrecht Law Review*, vol. 2, núm. 3, 2007, pp. 44-69.

- VANDENBERG, M., "Complicity, Corruption, and Human Rights: Trafficking in Human Beings", *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 34, núm. 3, 2002, pp. 323-333.
- VANDENBERG, M.E./ BESSELL, S., "Diplomatic Immunity and the Abuse of Domestic Workers: Criminal and Civil Remedies in the United States", *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 26, 2016, pp. 595-633.
- VARGAS, E., "La lucha contra la corrupción en la agenda regional e internacional: las convenciones de la OEA y de la ONU", *Nueva Sociedad*, núm. 194, 2004, pp. 133-148.
- VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., "Corrupción pública y globalización. Una mirada a la regulación del tráfico de influencias en los instrumentos internacionales anti-corrupción", *Dereito: Revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 26, núm. 1, 2017, pp. 1-25.
- VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *La circunstancia agravante de prevalimiento del carácter público (art. 22.7ª del Código Penal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *Los delitos contra la Administración pública. Teoría general*, Instituto Nacional de Administración Pública, Universidad de Santiago de Compostela, 2003.
- VERITÉ/ THE FREEDOM FUND, *An Exploratory Study on the Role of Corruption in International Labor Migration*, 2016.
- VERITÉ, *Corruption & Labor Trafficking in Global Supply Chains*, 2013.
- VERMEULEN, G./ VAN DAMME, Y./ DE BONDT, W., "Perceived Involvement of "Organised Crime" in Human Trafficking and Smuggling", *International Review of Penal Law*, vol. 81, núm. 1-2, 2010, pp. 247-273.
- VIGANÒ, F., "Los delitos de cohecho en el ordenamiento jurídico italiano de Lege Lata y Ferenda", en CASTRO MORENO, A./OTERO GONZÁLEZ, P. (Dir.)/ GARROCHO SALCEDO, A.M. (Coord.), *Corrupción y delitos: Aspectos de Derecho Penal Español y desde la perspectiva comparada*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 253-274.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C., "¿Es necesaria una Ley integral contra la trata de seres humanos?", *Revista General de Derecho Penal*, núm. 33, 2020, pp. 1-57.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C./ TORRES ROSELL, N., "Trata de seres humanos para la explotación criminal: ausencia de identificación de las víctimas y sus efectos", *Estudios penales y criminológicos*, núm. 36, 2016, pp. 771-829.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C., "Título VII bis. De la trata de seres humanos", en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.)/ MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo I, 7ª e., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 1231-1268.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C., "La trata de seres humanos tras la reforma del Código Penal de 2015", *Diario La Ley*, núm. 8554, Sección Doctrina, 4 de junio de 2015, pp. 1-19.

- VILLACAMPA ESTIARTE, C., "XXI. El delito de trata de seres humanos", en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 399-419.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C., "La moderna esclavitud y su relevancia jurídico-penal", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, núm. 10, 2013, pp. 293-342.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C./ TORRES ROSELL, N., "Mujeres víctimas de trata en prisión en España", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 8, 2012, pp. 411-494.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C. (Coord.), *Prostitución: ¿hacia la legalización?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2011.
- VILLORIA, M., "Corrupción Pública", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 5, septiembre 2013-febrero 2014, pp. 159-167.
- VIUHKO, M., "Hardened professional criminals, or just friends and relatives" The diversity of offenders in human trafficking", *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*, vol. 42, núm. 2-3, 2018, pp. 177-193.
- VIVES ANTÓN, T.S./ GIMENO SENDRA, J.V., *La Detención*, Bosch, Barcelona, 1977.
- VON ALEMANN, U., "The unknown depths of political theory: the case for a multidimensional concept of corruption", *Crime, Law and Social Change*, núm. 42, 2004, pp. 25-34.
- WEBB, S./ BURROWS, J., *Organised Immigration Crime: a Post-Conviction Study*, Research Report 15, UK Home Office Report, 2009.
- WEITZER, R., "Human Trafficking and Contemporary Slavery", *Annual Review of Sociology*, vol. 41, 2015, pp. 223-242.
- WEITZER, R., "New Directions in Research on Human Trafficking", *ANNALS, AAPSS*, 653, mayo 2014, pp. 6-24.
- WHITE, R.L., *Invisible Women: Examining the Political, Economic, Cultural, and Social Factors that lead to Human Trafficking and Sex Slavery of Young Girls and Women*, University of New Orleans Thesis and Dissertations, Paper 1708, 2013.
- ZHANG, S./ PINEDA, S., "Corruption as a Causal Factor in Human Trafficking", en SIEGEL, D./ NELEN, H. (Eds.), *Organized Crime: Culture, Markets and Policies*, Springer, Nueva York, 2008, pp. 41-55.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., "Consideraciones críticas sobre la nueva normativa de rapto (Análisis de la Ley 46/1978 de 7 de octubre, por la que se modifican los delitos de estupro y rapto)", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 31, Fasc. 3, 1978, pp. 591-618.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., "Trata de seres humanos y criminalidad organizada: problemas de política criminal desde los derechos humanos", *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 38, 2018, pp. 361-408.