

## EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS: ANÁLISIS DEL NUEVO ARTÍCULO 177 BIS CP DESDE LA ÓPTICA DEL CUMPLIMIENTO DE COMPROMISOS INTERNACIONALES DE INCRIMINACIÓN

**Carolina Villacampa Estiarte**  
*Prof. Titular de Derecho Penal.*  
*Universitat de Lleida*

Recepción: 15 de mayo de 2010

Aceptación por el Consejo de Redacción: 8 de junio de 2010

### **RESUMEN:**

El artículo analiza los elementos esenciales del nuevo delito de trata de personas que incorporado al CP mediante la reforma de 2010. Asimismo explora la tipificación de la trata de personas en Derecho comparado, los compromisos internacionales adquiridos por el Estado español acerca de la incriminación de esta conducta y su nivel de cumplimiento con el nuevo delito.

**Palabras clave:** Trata de personas, migraciones ilegales, comercio de seres humanos, moderna esclavitud.

### **ABSTRACT:**

The article discusses the essential elements of the new crime of trafficking in human beings that has been incorporated into the Spanish Criminal Code through the reform of 2010. It also explores the criminalization of trafficking in persons in comparative law, the international commitments made by the Spanish State about the criminality of this behaviour and their level of compliance with the new offence.

**Keywords:** Trafficking in human beings/human trafficking, smuggling of migrants, people trade, modern slavery.



## ***El delito de trata de personas: análisis del nuevo artículo 177 bis CP desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación***

**Sumario:** I. Razones para la inclusión del Título VII bis (“De la trata de seres Humanos”) en el CP. II. Aproximación conceptual y fenomenológica a la trata de personas. 1. Características y magnitud del fenómeno. 2. Causas de la trata. 3. Concepto jurídico-internacional de la trata de personas. III. ¿Cuáles son los compromisos internacionales que vinculan al Estado español para la incriminación de estas conductas? IV. Algunos apuntes de Derecho comparado. V. El delito de trata de seres humanos como esencial atentado a la dignidad. VI. Análisis del tipo del delito de trata de seres humanos. 1. Tipo básico del delito de trata de personas. 2. Agravaciones contempladas en el art. 177 bis CP. 3. Responsabilidad de las personas jurídicas en la trata de personas y confiscación de ganancias. 4. Reincidencia internacional. 5. Exención de responsabilidad criminal a las víctimas de la trata por los delitos cometidos. 6. Relaciones concursales. VII. Breve excursu acerca de la incriminación de la conducta del consumidor/cliente. Bibliografía

### **I. RAZONES PARA LA INCLUSIÓN DEL TÍTULO VII BIS (“DE LA TRATA DE SERES HUMANOS”) EN EL CP**

Entre otras destacadas novedades incorporadas en la parte especial del CP por obra de la reforma operada por LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal, nos encontramos con la introducción de un nuevo Título VII bis al Libro II del Código penal, rubricado “De la trata de seres humanos”. Constituye un título compuesto por un único artículo, el art. 177 bis, en que el legislador de 2010 incrimina el delito de trata de seres humanos. A dicha incriminación venía obligada España como consecuencia de los compromisos asumidos en documentos emitidos a nivel internacional o regional en cuya elaboración ha intervenido. Ciertamente, no puede decirse que el legislador español hubiese sido hasta el momento absolutamente insensible a la incriminación de dicho fenómeno, puesto que la tipificación, ya en el año 2000, del delito de tráfico ilegal de personas en el art. 318 bis CP, bajo la rúbrica “delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, venía a cubrir en parte dicha necesidad de incriminación. Con carácter coetáneo a la inclusión de dicho artículo, tanto el ya desaparecido delito de trata para la explotación sexual incluido en 1999 en el art. 188.2 CP, cuanto el ahora suprimido delito contenido en el art. 313.1 CP, tipificador del delito de inmigración clandestina de trabajadores a España, también habían cumplido este cometido. Además de éstos, a otras figuras delictivas todavía vigentes entre los delitos contra los derechos de los trabajadores –concretamente algunas de las modalidades delictivas contenidas en el art. 312 CP- se habían reconducido asimismo los supuestos de trata de los que la jurisprudencia ha conocido en nuestro país.

Sin embargo, tal incriminación de la trata no resultaba adecuada para el cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por España en la materia, además de que desde el punto de vista de la técnica legislativa dejaba mucho que desear que la

incriminación de un fenómeno delictivo de la magnitud que ha adquirido en los últimos años el comercio con personas se articulara con base en un entramado de infracciones penales por distintos motivos. El primero, porque las mismas, de un lado, no alzaprímaban la vulneración de los derechos fundamentales de la persona que tales conductas pudieran entrañar, puesto que se hallaban situadas bien entre los delitos contra los derechos de los trabajadores bien, tras éstos, en el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, que de cada vez más se ha ido perfilando como un delito protector de la política de flujos migratorios del Estado. El segundo, porque atendiendo a la incriminación fundamental de los supuestos de trata de personas a través del delito de tráfico de personas del art. 318 bis, la anterior regulación suponía la confusión de dos realidades, la de la trata (*trafficking in human beings o human trafficking*) y la de las migraciones ilegales o clandestinas (*smuggling of migrants*), que pese a su relación se hallan claramente diferenciadas a nivel conceptual y regulativo a nivel internacional. En tercer lugar, porque una regulación como la prevista hasta la incorporación del nuevo art. 177 bis CP generaba vacíos de punibilidad, al hacer depender la relevancia penal de la trata del cruce ilegal de fronteras, con lo que apenas permitía la incriminación de la trata interna, ni la protección a través de este delito de los ciudadanos españoles o de los de la Unión, a los que el TUE reconoce libertad de circulación, pese a que la realidad nos informa de que muchas de las víctimas de la trata sexual proceden en estos momentos de la Europa del Este comunitaria. Finalmente, porque la incriminación de la conducta delictiva tal como se hallaba expresada en el art. 318 bis CP desconocía no sólo el carácter de proceso de la trata de personas, que constituye ya un lugar común entre los expertos (por todos ZHANG, RIJKEN, SCARPA, REPETSKAIA), sino los mismos elementos que integran dicho concepto criminológico, tales como las concretas acciones que lo conforman, los medios que deben emplearse en la realización de tales conductas y, por último, la finalidad de explotación de la víctima inherente a todo supuesto de trata, elementos todos ellos que no aparecían reflejados en el tipo básico del delito de tráfico de personas del art. 318 bis CP.

En definitiva, la regulación española precedente a la reforma de 2010 se hallaba en este particular obsoleta, pues regulaba conjuntamente, y además con graves imprecisiones técnicas y sobredimensiones punitivas que todavía persisten en el delito de tráfico de personas, dos realidades criminológicas que se hallan claramente diferenciadas. Con ello el Estado español mostraba una aproximación al fenómeno de la trata apegada a los orígenes, en que dicha realidad se relacionaba con la de la inmigración clandestina, vinculada con la política de la Unión de la Europa fortaleza, de la estratificación de la ciudadanía y de la *apartheid* de la misma. Con la anterior regulación en nuestro país se desoía la tendencia cada vez más asentada internacionalmente a deslindar, como realidades diferenciadas, el control de fronteras y los límites jurídicos a la residencia legal de los foráneos, con la relevancia penal que tales conductas, en su caso, puedan entrañar, de una realidad mucho más sangrante, la del traslado de personas al primer mundo y su trato durante el tránsito y una vez en él cual si fueren cosas para ser explotadas. Ciertamente, no se nos oculta que la orientación de la comunidad internacional a la tutela de las víctimas de dichas atrocidades pueda tener sus segundas intenciones. Esto es, que la supuesta tutela de las víctimas de la trata no sea más que una máscara que, bajo el paraguas de la aparente protección de los derechos humanos, sirva para identificar, entre otros, a los infractores de la normativa sobre

inmigración, para negarles la condición de ciudadanos, con su consiguiente expulsión del espacio de libertad, seguridad, justicia (apunta esa posibilidad, ASKOLA). Sea como fuere, sí es cierto que se ha producido un viraje en los últimos años en pos de la protección de los derechos humanos de los desplazados, en que la atención se focaliza no en el traslado en sí, sino en la finalidad y las condiciones al mismo inherentes. Dicho giro se ha reflejado en la diferenciación de las dos realidades antedichas, tal como se plasma en los instrumentos internacionales y regionales emitidos sobre la materia, y España no podía mantenerse por más tiempo al margen de los dictados de la normativa internacional.

Supranacionalmente, pues, se ha procedido a una delimitación de ambos fenómenos. La misma ha acontecido fundamentalmente sobre la base de lo dispuesto en la Convención de Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 15 de noviembre de 2000, y sus protocolos anejos. De un lado, el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente de Mujeres y Niños, y de otro, el Protocolo contra el Tráfico de Migrantes por Tierra, Mar y Aire. Sobre la base sentada por Naciones Unidas, la Unión Europea ha normado separadamente acerca de ambas realidades. De un lado, a través de la Decisión marco del Consejo de 19 de julio de 2002 (220/629/JAI), relativa a la Lucha contra la Trata de Seres Humanos, en lo que se refiere a la trata. De otro, en lo atinente a las migraciones ilegales, tanto mediante la Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a Definir la Ayuda a la Entrada, a la Circulación y a la Estancia de Irregulares, en que se determinan las conductas delictivas, como a través de la Decisión Marco del Consejo de 28 de noviembre de 2002 (2002/946/JAI), destinada a Reforzar el Marco Penal para la Represión de la Ayuda a la Entrada, la Circulación y la Estancia de Irregulares.

Sobre esta base, se conviene que las esenciales diferencias entre la trata de personas, por un lado, y el tráfico ilícito de migrantes por otro, pese a ser realidades que en ocasiones pueden correr paralelas, se circunscriben a tres esenciales aspectos, el relativo al consentimiento, el referido a la explotación, y finalmente el relacionado con la transnacionalidad (sobre la diferenciación de ambas realidades, entre otros, ZHANG, RIJKEN, SCARPA, SEGRAVE/MILIVOJEVIC/PICKERING, recientemente en nuestro país PÉREZ ALONSO, GUARDIOLA LAGO, DAUNIS RODRIGUEZ). En lo que al consentimiento se refiere, aun cuando las migraciones ilegales se realicen en condiciones peligrosas, que incluso pueden llegar a ser degradantes, los migrantes consienten en ese tráfico, mientras que las víctimas de la trata nunca han consentido en sufrir esa situación, y si lo han hecho ha sido por el empleo de medios que invalidan la validez de su anuencia, que no ha sido libre. En relación con la explotación, mientras en las migraciones ilícitas la conducta del traficante termina con la llegada de los migrantes a su destino, en el caso de la trata implica la explotación persistente de las víctimas, según un amplio abanico de posibilidades, para generar ganancias ilegales para los traficantes. Finalmente, mientras el tráfico ilícito es siempre transnacional, pues se fundamenta en el cruce ilegal de fronteras, la trata puede no serlo, puede producirse con independencia de que las víctimas sean trasladadas de un estado a otro o dentro de las fronteras de un mismo Estado, y además con independencia de su condición de extranjeros en el lugar de arribada o no.

Justamente en atención a la regulación de dicha realidad en instrumentos internacionales, la doctrina española había venido requiriendo reiteradamente la necesidad de regular separadamente ambos fenómenos, sugiriendo el traslado de los supuestos de trata a los delitos contra los bienes jurídicos individuales, ya fuera entre los delitos contra la integridad moral, ya tras ellos (por todos, VILLACAMPA ESTIARTE, RODRÍGUEZ MESA, DE LEON VILLALBA, PÉREZ CEPEDA, GARCÍA ARÁN, GUARDIOLA LAGO, DAUNIS RODRÍGUEZ, PÉREZ ALONSO). Finalmente eso es lo que ha hecho el legislador español mediante la reforma de 2010, aproximándose así al modelo de abordaje legislativo que adoptan en esta cuestión la mayor parte de países de nuestro entorno jurídico. Resultan reveladoras las declaraciones contenidas en la Exposición de Motivos, en que literalmente se indica que “el tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina que contenía el artículo 318 bis resultaba a todas luces inadecuado, en vista de las grandes diferencias que existen entre ambos fenómenos delictivos. La separación de la regulación de estas dos realidades resulta imprescindible tanto para cumplir con los mandatos de los compromisos internacionales como para poner fin a los constantes conflictos interpretativos”. Indicando, a reglón seguido, que, si bien en el recién creado delito prevalece la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren, en el subsistente delito de inmigración clandestina –incriminada ahora únicamente en el art. 318 bis CP-, prevalece la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios. Queda con ello, pues, clarificada la distinción a nivel regulativo de ambas realidades, cuestión distinta a tomar en consideración es si el control de los flujos migratorios merece ser considerado un bien jurídico a efectos penales (al respecto, vid. *Infra* comentario al art. 318 bis CP).

Para incriminar, pues, la trata de personas, el legislador de 2010 incorpora el art. 177 bis CP como único precepto integrante del nuevo Título VII bis, al modo en que ya lo había hecho el prelegislador en el Anteproyecto de LO de reforma del CP 2008 por primera vez en nuestro Derecho, pues ninguna mención específica a la misma se preveía en el Proyecto de LO de reforma del CP de 2007. En definitiva, la regulación de la trata que en su momento se plasmó en el Proyecto de LO de reforma del CP de 2009, que cristaliza en la reforma de 2010, fue esencialmente la misma que se contenía en el Anteproyecto de LO de reforma del Código penal de 2008, si bien con algunas mejoras incorporadas a sugerencia, básicamente, del Consejo General del Poder Judicial, en el informe por éste emitido en relación con el Anteproyecto.

## **II. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL Y FENOMENOLÓGICA A LA TRATA DE PERSONAS**

### **1. Características y magnitud del fenómeno**

Desde que KEVIN BALES, presidente de *Free The Slaves*, empleara en su galardonada obra “*Disposable people: New Slavery in the Global Economy*” (1999), el paralelismo entre el moderno fenómeno de la trata con el histórico fenómeno de la trata trasatlántica de esclavos, acaecida fundamentalmente en los S. XVIII y XIX, la referencia a la trata de personas como la moderna forma de esclavitud ha hecho fortuna

y se emplea con profusión. Se arguye que pese a la abolición legal de la esclavitud, articulada mediante la prohibición de la trata externa de esclavos en los imperios Británico y en América mediante leyes aprobadas en 1807 y 1808, respectivamente, así como la completa abolición de tales prácticas en el imperio Británico ya en 1833 y en Norteamérica finalmente por la prohibición de la posesión de esclavos en 1865, la esclavitud no se ha erradicado. En opinión de BALES, nos hallamos frente a una institución que ha dejado de tener reflejo legal, pero que ha pervivido pese a la prohibición, y que se ha modernizado convenientemente.

A juicio de este autor, la esclavitud contemporánea se ha convertido en un lucrativo negocio, mucho más del que en su día lo fuera la vieja esclavitud, básicamente por la fungibilidad de esclavos de usar y tirar, por las bolsas de gentes sin recursos, sin información, sin posibilidades y sin futuro que la globalización económica basada en la ideología neoliberal ha condenado a la más absoluta miseria, en un planeta donde el crecimiento demográfico parece imparable, con la consiguiente triplicación de la población mundial desde 1945. Tales condiciones existenciales de una importante parte de la población a nivel global aportan al mercado un número ingente de personas potencialmente explotables. Por eso han supuesto, en opinión de BALES, un importante incremento de la oferta, que siguiendo la lógica propia de las leyes del mercado, pese a mantenernos en importantes niveles de demanda, ha hecho caer el precio de los esclavos, modificando las características intrínsecas de la propia institución. En este sentido, comparativamente, la nueva esclavitud, que podría identificarse con el control absoluto de una persona para explotarla económicamente, tiene una serie de características que la singularizan en relación con la tradicional.

En las tradicionales formas de esclavitud, –ejemplos contemporáneos de la misma todavía se dan en países como Mauritania–, la base de la esclavización, cuanto menos en el comercio trasatlántico de esclavos, venía constituida por consideraciones de carácter racial, requería el transporte de ultramar, que en el momento histórico era altamente costoso, circunstancia que hacía que la oferta se mantuviese en niveles moderados. El esclavo se consideraba propiedad del amo, constituía una posesión que generalmente se adquiría por lustros o incluso de por vida y, por tanto, era una inversión que había que cuidar, que resultaba rentable solo en la medida en que trabajaba, pero era mantenido a cargo del propietario, quien también se encargaba de sustentar económicamente a su familia. Por el contrario, en la esclavitud contemporánea, las diferencias étnicas no son en absoluto determinantes, la esclavización afecta a personas que se hallan en situación de pobreza. Dado el incremento de personas en dicha situación, demostrado en la circunstancia de que la brecha entre países pobres y países ricos se agranda cada día, añadida al hecho de que la globalización ha llegado también a los transportes, la oferta de potenciales esclavos se ha incrementado exponencialmente. Ello ha generado una caída en el precio del esclavo, que ha pasado de tener un coste de entre 10.000 y 40.000 dólares en los ss. XVIII-XIX y principios del XX, a tener un coste estimado de menos de 100 dólares contemporáneamente (BALES/TRODD/WILLIAMSON). Tal reducción del precio, unida a la ausencia de afirmación de la propiedad del esclavo, y, por tanto, al hecho de que nadie se hace cargo de la manutención del mismo, que debe pechar con ella, con el consiguiente incremento de la deuda contraída

con el explotador en los casos de servidumbre por deudas, hace que las relaciones esclavo-explotador sean mucho más reducidas en el tiempo. Los esclavos son baratos, los hay en abundancia y de cualquier raza, por lo que no es necesario ya cuidar una inversión que, por otra parte, tampoco ha representado un gran dispendio. Por ello, si el siervo no puede trabajar, o ya no son necesarios sus servicios, basta con deshacerse de él. La fungibilidad inherente a la esclavitud actual hace que se trate de una actividad muy lucrativa, porque a la elevada rentabilidad del esclavo –los estimados más rentables son los esclavos sexuales, por todos, KARA- se añade la escasez del gasto. Se considera que la trata de personas constituye el tercer tipo de delincuencia organizada más lucrativa, tras el tráfico de drogas y de armas; incluso hay quien opina que ha subido un escalafón, hallándose en el segundo lugar del *ranking* (BALES/SOODALTER). Aunque obviamente todo sean especulaciones.

De lo indicado hasta el momento puede deducirse que el moderno fenómeno de la trata afecta a una multitud de personas. Lo cierto es que las cifras acerca de la mencionada realidad se basan todas en meras estimaciones, por lo que resultan sistemáticamente puestas en duda (LACKZO, STEFANIZZI, POCAR, AROMAA, KANGASPUNTA, SCARPA). Podemos movernos entre los 27 millones de personas que estima BALEs se hallan soportando esta realidad, hasta las 800.000 personas afectadas por el cruce internacional de fronteras en tales condiciones estimadas por el *Trafficking in Persons* (TIP) *Report* del *US Department of State* para el 2007. De conformidad con la OIT, aproximadamente 12.3 millones de personas se hallan en la actualidad sujetas a trabajo forzado, incluyendo a unos 2.490.000 personas que se hallan sometidas a esta situación por el Estado o en reclutas forzadas en conflictos armados, así como 9.810.000 víctimas de trabajo forzado bien sea por explotación laboral (7.810.000) bien en explotación sexual (1.390.000). En cualquier caso, las dificultades para obtener datos acerca de esta realidad derivan de la propia ilicitud del fenómeno que se pretende cuantificar, de la ausencia de un mecanismo uniformado de cuantificación, de la imposibilidad de emplear los tradicionales para este fin, de las diferencias regulativas entre países, de las propias reticencias de las víctimas a denunciar, de la escasa prioridad otorgada hasta ahora a esta materia por las administraciones e incluso, por qué no decirlo, del modo en que se ha frivolidado la cuantificación de dicho fenómeno, puesto de manifiesto en las distintas cifras estimativas que sucesivamente ha publicado el TIP *report* de la Secretaria de Estado norteamericana.

## 2. Causas de la trata

En relación con cuáles puedan ser las causas de dicho fenómeno, se considera reduccionista priorizar tan solo alguna, habida cuenta de que la complejidad del mismo requiere una explicación poliédrica. Se considera que su emerger se explica por un conjunto de razones, caracterizadas como *push-pull factors*, ya se observe el fenómeno desde el lado de la demanda, con el consiguiente efecto de atracción (*pull*), ya desde el lado de la oferta, con el efecto de propulsión (*push*) (Por todos, ZHANG, ARONOWITZ, LEE, RIJKEN, SACARPA, SERRA CRISTÓBAL, PÉREZ ALONSO). En cuanto a los factores que empujan a potenciales siervos fuera de sus países de origen (*push factors*) se cuentan la pobreza, fundamentalmente feminizada –pues en los países de origen son en muchas ocasiones madres de familia las que se ven compelidas a migrar-, la ausencia de educación, de empleo, de recursos y, en definitiva, de oportunidades. Entre ellos se incluyen también

la discriminación sexual, que deja a las mujeres en situación de inferioridad y de mayor vulnerabilidad en muchos de los países de origen, la globalización económica capitalista, el padecimiento de conflictos armados o catástrofes como desastres naturales, e incluso algunas formas de cultura local o tradiciones locales que dejan en situación de vulnerabilidad a determinados grupos de población, fundamentalmente mujeres. El factor de atracción más determinante (*pull factor*), al margen de la imagen ideal e irreal facilitada a los pobladores de los países de origen acerca de la vida en los países de destino, se centra en la demanda de servicios a realizar por esclavos en los países de destino. Básicamente la demanda de servicios sexuales, que se ha diversificado en los últimos tiempos, pero también y fundamentalmente la de trabajadores domésticos, del campo o en *sweatshops* en los países de destino, así como de donantes de órganos o sujetos desechables mediante los que cometer pequeños atentados contra la propiedad o actos de tráfico de drogas para facilitar la impunidad del explotador.

El tránsito de las personas desde los países generalmente proveedores hasta los países consumidores –pues, sin pretender que no pueda haber, como de hecho hay, trata interna y de nacionales, la realidad nos demuestra que generalmente nos hallamos frente a traslados internacionales- constituye un proceso que comienza con la recluta y termina con la explotación, pasando por el transporte o el alojamiento, en que la víctima de la trata puede ser, además, victimizada mediante el padecimiento de otros delitos que se suman a la trata (más detalladamente sobre el proceso de trata ZHANG, RIJKEN, SCARPA).

### 3. Concepto jurídico-internacional de la trata de personas

Al margen de la caracterización socio-criminológica de dicha nueva forma de esclavitud, el concepto de trata de personas internacionalmente admitido deriva del Protocolo -adicional a la Convención de Naciones Unidas- contra la Delincuencia Organizada Transnacional para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente la de Mujeres y Niños. En virtud del art. 3 del referido instrumento “(a) Por trata de personas se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra con fines de explotación. Esa explotación, como mínimo, incluirá, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos. (b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado. (c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará trata de personas incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados el apartado a) del presente artículo. (d) Por niño se entenderá a toda persona menor de 18 años”.

Partiendo de dicha regulación, se considera que el concepto jurídico de la trata de personas se compone de los siguientes tres elementos (vid. ZHANG, SCARPA, RIJKEN, ampliamente SERRA CRISTÓBAL y PÉREZ ALONSO en España):

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

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

c) la finalidad de explotación, que no es necesario que llegue a producirse para poder hablar de trata. La referida finalidad puede venir constituida, entre otras posibilidades por la explotación de la prostitución ajena, la explotación sexual, los trabajos forzados, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud y la extracción de órganos.

Atendiendo a las posibles formas de explotación a que se refiere el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente de Mujeres y Niños, anejo a la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, se han distinguido varias formas de explotación, que podrían considerarse clases específicas de trata, habida cuenta de las particularidades, no tanto jurídicas cuanto de carácter criminológico, que presenta cada uno de los supuestos (ampliamente acerca de las distintas formas de trata, aunque no desde una aproximación jurídica, entre otros, BALES, BALES/SOODALTER, BALES/TRODD/WILLIAMSON).

En primer lugar el Protocolo para Reprimir la Trata anejo a la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional se refiere a la trata para explotación sexual, que puede hallarse relacionada tanto con un objetivo comercial como no. Ha sido la trata para este tipo de explotación la que hasta el momento ha merecido mayor atención de los estudiosos. Quizá el carácter particularmente abominable del tipo de explotación a que se somete a las víctimas, los riesgos para su salud física y mental que ella entraña o los grandes beneficios económicos que genera pueden explicar que el interés se haya centrado en ella. Si a dichas razones añadimos la relación de este tipo de trata con los movimientos abolicionistas de la prostitución -especialmente en Norteamérica- y con la trata de blancas y su represión a finales del s. XIX y principios del XX, así con el hecho de que haya sido este tipo de trata la que se ha producido más en el ámbito interno europeo, sobre todo durante y tras el conflicto armado en los Balcanes, o que afecte más a mujeres y niñas, se puede llegar a comprender que se haya alzaprimado el análisis de este fenómeno por parte de los especialistas. Tanto es así que podría llegar a pensarse que este es el supuesto que más victimización está produciendo, cuando el número mayor de víctimas se halla en la trata para la explotación laboral, como hemos visto que se deducía de las cifras de la OIT. En este supuesto se contarían no solamente los casos de explotación de la prostitución ajena o de otras formas de explotación sexual, como el trabajo en la industria pornográfica o en salones de masaje, sino también los supuestos de novias o esposas por encargo en condiciones en que se las pueda acabar convirtiendo en esclavas sexuales del receptor.

La segunda gran forma de trata es la que tiene por finalidad la explotación laboral. De acuerdo con las estimaciones sobre incidencia de la trata antes mencionadas, nos hallamos ante el subtipo que más victimización genera, en que las cifras de hombres victimizados superan a las de las mujeres. El tipo de actividad laboral con la que se pretende explotar a la persona tratada puede abarcar una amplia gama de posibilidades. Así, campos abonados para este tipo de explotación son las explotaciones agrarias, tanto en países del primer mundo, como han puesto de manifiesto algunos supuestos de explotación masiva de inmigrantes mejicanos en el ámbito agrícola en Estados Unidos (BALES/SOODALTER), cuanto en países africanos, como se puso hace unos años de manifiesto con la producción de cacao y la posterior firma del *Cocoa Protocol* entre las empresas manufactureras y los productores locales de algunos países africanos (BALES/SOODALTER). No obstante, conocidos son también los casos de explotación infantil en la fabricación de alfombras en India o Pakistán, así como en la industria del ladrillo en los mismos países (BALES). Y otro tanto puede decirse de las denuncias existentes acerca de las condiciones de esclavitud en las que trabajan adultos y niños en naves pesqueras en Tailandia.

En este tipo de trata pueden considerarse incluidos también supuestos como aquellos en que los tratados son obligados a cometer pequeños delitos contra el patrimonio -como robos o hurtos callejeros-, o en que se los obliga a mendigar, fenómeno que ha generalizado en los últimos años en Europa, en que muchos ciudadanos albanos, búlgaros, rumanos y moldavos son traficados con dicha finalidad. Igualmente integran este tipo de trata los supuestos en que la finalidad consiste en explotar a la víctima en situación de esclavitud doméstica, como se ha puesto de manifiesto en casos acaecidos en el primer mundo, tanto en Europa, como en América del Norte. Constituye además este un fenómeno bastante generalizado en África y Asia, donde miles de mujeres son traficadas al Medio Este y a la región del Golfo. Se considera que la servidumbre doméstica podría ser la segunda causa de esclavitud contemporánea en número de víctimas (vid. BALE/SOODALTER).

Junto a estas dos formas de trata, existen otras muchas formas de explotar económicamente a las víctimas de este fenómeno, no todas ellas se hallan expresamente enunciadas en el Protocolo de Palermo, aunque sí podrían ser consideradas formas de trata conforme al mismo, dado que contiene una enumeración abierta de las formas de explotación. Así, junto a los supuestos específicamente mencionados, como la trata para el tráfico de órganos, que ahora constituye delito en el nuevo art. 156 bis CP, además de conforme al delito que aquí nos ocupa, se cuentan otras formas de sacar provecho económico de las personas, así las adopciones ilegales o la recluta de niños en conflictos armados (que generalmente consiste en el desarrollo de actividades en el frente en el caso de los niños, haciendo de correos e incluso en el frente, y como esclavas sexuales de la tropa en el caso de las niñas), o la trata de personas para experimentación clínica o farmacológica.

### **III. ¿CUÁLES SON LOS COMPROMISOS INTERNACIONALES QUE VINCULAN AL ESTADO ESPAÑOL PARA LA INCRIMINACIÓN DE ESTAS CONDUCTAS?**

España, como gran parte de los países del primer mundo, se halla concernida por toda una serie de instrumentos internacionales que, como mínimo, la obligan a establecer medidas para la interdicción de la explotación personal de las personas y su sometimiento en situaciones de esclavitud o análogas a la esclavitud (ampliamente sobre todos ellos, vid., por todos, en España, PÉREZ ALONSO, sobre algunos de ellos, REBOLLO VARGAS/CUGAT MAURI, otra exposición detallada puede hallarse en SCARPA). Así, sucede, por ejemplo, con la Convención contra la Esclavitud de 25 de septiembre de 1926, enmendada por el Protocolo de 23 de octubre de 1953 y la Convención de 7 de septiembre de 1956. En lo atinente a la interdicción de la explotación sexual, fundamentalmente la Convención de Naciones Unidas para la Represión de la Trata de Seres Humanos y la Explotación de la Prostitución Ajena de 1949. Respecto de los niños, específicamente, la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, y en particular el Protocolo facultativo a la misma relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía de 25 de mayo de 2000. Finalmente, por cuanto se refiere a la explotación laboral, varios convenios de la OIT que vinculan a España la obligan a interceder para evitar situaciones de trabajo forzoso, imponiendo en algunos supuestos obligaciones de incriminación. Así, el Convenio (n. 29) sobre el Trabajo Forzoso o Obligatorio, adoptado el 28 de junio de 1930, el Convenio (n. 105) relativo a la Abolición del Trabajo Forzoso, adoptado el 25 de junio de 1957, el Convenio (num. 97) sobre los Trabajadores Migrantes, adoptado el 1 de julio de 1949. Finalmente, en relación con el trabajo infantil, debe atenderse a lo dispuesto en el Convenio (n. 182) sobre la Eliminación de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación.

Pese a los mencionados, tres son los instrumentos internacionales por los que específicamente el Estado español se obliga a incriminar el delito de trata de personas en los términos en que lo ha hecho con la reforma de 2010. El primero de estos instrumentos, por orden cronológico, es el Protocolo de Palermo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente la de Mujeres y Niños, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 55/25, de 15 de noviembre de 2000, que entró en vigor el 25 de diciembre de 2003, y que España había ratificado el 1 de marzo de 2002. El mismo constituye quizá en este momento el instrumento internacional por excelencia para la lucha contra la trata de seres humanos, entre otros motivos por haber sido el primer texto jurídico a nivel global que estableció una concepción normativa de trata no únicamente circunscrita a la que tenía por finalidad la explotación sexual y, con ello, no sólo vinculada a la protección de las mujeres contra la explotación sexual, única realidad que había venido siendo hasta el momento objeto de atención en los instrumentos internacionales contra la trata de personas. Pero además por haber constituido el modelo seguido por la mayor parte de países firmantes –en este momento 111- para la incriminación del delito de trata de personas, iniciándose con ello la senda hacia la armonización de las legislaciones penales nacionales. En virtud del art. 5 del referido Protocolo, los Estados parte deben tomar las

medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para la tipificación como delito de las conductas enunciadas en el art. 3 del mismo, antes transcrito, cuando se cometan intencionadamente, así como la tentativa y la complicidad en relación con las mismas, y la organización o dirección de otras personas para la comisión de un delito tipificado como trata. Además de dichos mandatos, el Protocolo de Palermo contiene disposiciones relativas a la protección de las víctimas de la trata, así como medidas de prevención de la trata y cooperación entre las partes. En definitiva, el referido documento se aproxima al abordaje de la trata de personas adoptando la posición que en el seno de Naciones Unidas se ha venido en denominar 3P (*Prevention, Protection, Prosecution*); sin embargo, las medidas previstas tanto para la prevención de este delito cuanto para la protección de las víctimas han sido ulteriormente objeto de mucho mayor desarrollo por otros instrumentos internacionales que vinculan a nuestro país.

Pese a haber transcurrido una década desde su aprobación y pese a que algunas de sus disposiciones se han visto ya superadas por la investigación desarrollada en este lustro en materia de trata, tales extremos no restan un ápice de importancia al instrumento internacional que representa el inicio de la lucha contra esta moderna forma de esclavitud, y que además lo hace de una forma en que la tutela de la víctima no resulta subestimada. Pero la convención tiene debilidades, básicamente derivadas del hecho de que se aplica únicamente a los supuestos de delincuencia organizada transnacional, así como de su naturaleza de tratado internacional, que requiere de la firma y la ratificación del Estado respectivo para vincularlo, extremo que dificulta su inclusión en los Derechos internos de los Estados partes.

El segundo de los instrumentos que obligaba al Estado español a tipificar el delito de trata de personas, no necesariamente, aunque preferentemente de forma específica, lo constituye la Decisión Marco del Consejo de 19 de julio de 2002 (2002/629/JAI), relativa a la Lucha de contra la Trata de Seres Humanos. Ciertamente, no fue esta la primera ocasión en que la Unión Europea, tanto antes como después de la creación del espacio de libertad, seguridad y justicia mediante el Tratado de Ámsterdam, se ha ocupado de esta cuestión. Así lo demuestra, por ejemplo, la Acción común 97/154/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 1997, relativa a la Lucha contra la Trata de Seres Humanos y la Explotación Sexual de los Niños. Sin embargo, sí es la primera ocasión en que se aborda de manera global el problema, concretando las sanciones a imponer por los Estados de la UE. En tal sentido, partiendo de un concepto de trata muy semejante al incorporado al Protocolo de Palermo sobre la Trata de Seres Humanos (art. 1) –añadiendo únicamente entre las conductas típicas el intercambio o el traspaso de control sobre la persona y excluyendo como posible finalidad de explotación la extracción de órganos-, e indicando que deben punirse asimismo la inducción, la complicidad o la tentativa (art. 2), afirma que las sanciones a imponer (art. 3) deben ser efectivas, proporcionadas y disuasorias, y que puedan ser causa de extradición. Indica asimismo que las sanciones consistirán en penas máximas privativas de libertad no inferiores a ocho años de concurrir determinadas circunstancias agravantes, consistentes en la puesta en peligro de forma deliberada o por grave negligencia de la vida de la víctima, que afecten a una persona particularmente vulnerable, que se cometan con violencia grave o hayan causado a la víctima daños

particularmente graves o bien que se cometan en el marco de una organización delictiva. Junto a la responsabilidad penal de las personas físicas, la Decisión Marco prevé asimismo la responsabilización de las personas jurídicas cuando los hechos se hayan cometido en su provecho por quien, actuando a título individual o como integrante de un órgano de una persona jurídica, ostente un cargo directivo en el seno de la misma o cuando una persona sometida a la autoridad de la persona jurídica haya cometido estos hechos habiéndolo hecho posible la falta de vigilancia o control de quienes ostenten cargo directivo en la misma (art. 4), lo mismo que las sanciones a éstas imponibles (art. 5). Junto a tales disposiciones, completan la Decisión disposiciones relacionadas con la competencia de los Estados en el enjuiciamiento de tales delitos (art. 6) -que básicamente persiguen una ampliación de la competencia más allá de la territorial-, la exigencia de garantía de que se configurarán como delitos perseguibles de oficio (art. 7), y una lacónica remisión a la Decisión Marco del Consejo 2001/220/JAI, de 15 de marzo de 2001, relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal, en lo tocante a la asistencia y protección a las víctimas.

En definitiva, nos hallamos ante un instrumento fundamentalmente punitivista, cuyo principal objetivo viene constituido por la armonización tanto de conductas delictivas como de sanciones, que no adopta una visión centrada en la protección de la víctima, como en parte hacía el anterior instrumento de Naciones Unidas. Probablemente a ese abordaje parcial de la cuestión se ponga remedio mediante la aprobación de la actual propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la Prevención y la Lucha contra la Trata de Seres Humanos y la Protección de las Víctimas, por la que se deroga la Decisión Marco 2002/629/JAI, actualmente en tramitación en el Parlamento.

Finalmente, el tercero de los documentos que vincula al Estado español en punto a la incriminación del delito de trata de personas, el más contemporáneo de todos, así como el que adopta un abordaje más integral del tratamiento de esta realidad, es el Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos de 16 de mayo de 2005, también conocido como Convenio de Varsovia. Dicho instrumento, que fue firmado por España en 2008, y que entró en vigor en nuestro país el 1 de agosto de 2009, constituye en la actualidad el instrumento internacional -aunque de carácter regional- más moderno en la lucha contra la trata de seres humanos. Se trata de un documento fundamentalmente caracterizado por un abordaje integral de esta problemática que, siguiendo e incidiendo en la estela del Protocolo de Palermo, pretende no sólo conseguir la armonización punitiva, sino especialmente declarar que la trata de personas constituye un atentado de primera magnitud contra los derechos humanos, debiendo garantizarse un estándar mínimo de protección de los derechos de las víctimas. En este sentido, establece, con escasas variaciones en relación con el Protocolo de Palermo, qué debe entenderse por trata de seres humanos, incluyendo la explotación mediante extracción de órganos (art. 4), imponiendo obligaciones de tipificación a los Estados (Capítulo IV), aunque aclarando que se refiere tanto a la trata interna cuanto a la internacional, así como que incluye supuestos de trata cometidos en el marco de la delincuencia organizada, pero también los cometidos por individuos no enmarcados en uno de estos tipos de organización. Pero lo que resulta singular del Convenio es especialmente que se enderece al diseño de medidas de prevención y cooperación (Capítulo II), al establecimiento de medidas protectoras y promotoras de los derechos de las víctimas al

margen de un eventual proceso penal (Capítulo III) y dentro del mismo (Capítulo V), incidiendo en aspectos apenas tratados hasta ahora, como la cooperación internacional y con la sociedad civil en la lucha contra este problema (capítulo VI), previendo además un mecanismo de seguimiento del mismo (Capítulo VII).

En relación a las medidas a adoptar en el marco del Derecho penal sustantivo, el tenor del Convenio es bastante semejante al de la Decisión Marco del Consejo 2002/629/JAI. Sin embargo, en cuanto a las conductas cuya incriminación se plantea, el abanico es más amplio. No se limita a solicitar que los Estados incriminen la trata de seres humanos, sino también la utilización de los servicios de una víctima (art. 19 CP), así como algunas conductas relativas a los documentos de viaje o identidad (como la fabricación de uno de dichos documentos fraudulento, el procurarlos o facilitarlos, o el retener, sustraer, alterar, dañar o destruir un documento de viaje o de identidad de otra persona).

#### IV. ALGUNOS APUNTES DE DERECHO COMPARADO

En el último decenio, la mayor parte de países de nuestro entorno jurídico han incorporado a su Código penal un tipo específico para incriminar la trata de seres humanos, que por tónica general se halla siempre separado de la incriminación de conductas relacionadas con las migraciones ilegales. Estas últimas conductas en ocasiones pueden incluso hallarse tipificadas fuera del Código Penal. Ese es, por ejemplo, el caso de Alemania, en que la tipificación de este tipo de infracciones se halla en la *Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet* (AufenthG).

En cuanto al lugar en que el delito de trata de personas se acostumbra a alojar, con excepción del sistema anglosajón, que dada su tradición jurídica de *common law* observa un sistema completamente distinto al de la Europa Continental, la mayor parte de países de nuestro inmediato entorno jurídico incluyen el delito de trata entre los delitos contra la libertad personal. Así sucede con Alemania, que incluye estos delitos en el Capítulo 18, entre los delitos contra la libertad personal, lo mismo que Portugal, o Italia. La única excepción a esta tónica general en la ubicación de los países que nos resultan jurídicamente más cercanos la constituye Francia, que ubica el delito de trata de personas entre los delitos contra la dignidad de las personas.

En cuanto a la técnica incriminatoria, existen países que diferencian la tipificación de la trata de personas con fines de explotación sexual y la trata de personas con fines de explotación laboral, que acostumbran a ser aquellos que primero tipificaron una conducta –la trata para explotación sexual–, incriminando en un momento posterior la trata para explotación laboral. Otros, por el contrario, regulan conjuntamente, al modo en que se efectúa en las definiciones contenidas en los instrumentos internacionales emitidos al efecto, todo tipo de trata, con independencia de la finalidad que la guíe. Al primer grupo pertenece el Derecho penal Alemán. El StGB tipifica en el §232 el delito de comercio de personas con finalidad de explotación sexual (*Menschenhandel zum Zweck der sexuellen Ausbeutung*), que con carácter anterior a su inclusión en este capítulo se hallaba regulado

entre los delitos contra la libertad sexual, si bien con algunas características que lo distinguen de su actual regulación. El mismo StGB, por otro lado, incluye en el §233 el comercio de personas con finalidad de explotación laboral (*Menschenhandel zum Zweck der Ausbeutung der Arbeitskraft*), si bien en el § 233a el favorecimiento del comercio humano (*Förderung des Menschenhandels*) se regula conjuntamente.

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

En contraposición, todos los supuestos de trata con independencia de la finalidad de explotación que los guíe se regulan conjuntamente en Italia -en el art. 601 CP-, en Francia -con un único art. 225-4-1 que incrimina el tipo básico de la trata de personas- o en Portugal, que incrimina el tráfico de personas en el art. 160 CP.

En relación con el grado de fidelidad de las caracterizaciones de la trata en estos ordenamientos en relación con lo dispuesto por la normativa internacional de referencia, podemos calificar entre los países muy fieles al concepto dado en Derecho internacional el caso de Portugal, que prácticamente incorpora literalmente a su Derecho interno la definición del Protocolo de Palermo. Son fieles a las disposiciones internacionales, puesto que incorporan tipos que contemplan los tres elementos de la trata –acción, medio y finalidad-, pero sin un grado de fidelidad formal tan extremo, Alemania e Italia. Sin embargo, países como Francia o Gran Bretaña se alejan de las definiciones contempladas en el Protocolo de Palermo. En el caso de Francia, porque el art. 225-4-1 no se refiere a los medios que contempla la definición internacional. En el caso de Gran Bretaña, porque aunque no llegue a confundir trata con migración ilegal, en todos los supuestos antes mencionados requiere el cruce de las fronteras británicas.

Para finalizar, los ordenamientos analizados pueden clasificarse conforme a dos modelos, entre los que también incorporaríamos al ordenamiento español. De un lado, aquellos que incriminan junto a la trata, que representa el camino hacia la esclavización, la acción misma de esclavizar. De otro, aquellos otros que únicamente incriminan la trata, sin perjuicio de que la efectiva explotación de la persona pueda constituir un delito distinto de aquellos contemplados junto a la trata, pero en todo caso con diferente ubicación a la de la trata en el Código Penal. Al primero de los grupos pertenece Alemania, en que tanto el delito de comercio humano con fines de explotación sexual como el que lo es con fines de explotación laboral requieren la efectiva explotación, constituyen sendos delitos de resultado, mientras la conducta de trata propiamente dicha se incrimina a través del delito de favorecimiento del comercio humano del §233a. También a éste pertenece el Código penal italiano, que junto a la trata en el art. 601 CP, mantiene un delito histórico convenientemente adaptado para abarcar los supuestos de nueva esclavitud, cual es el delito previsto en el art. 600 CP

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

## **V. EL DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS COMO ESENCIAL ATENTADO A LA DIGNIDAD**

En relación con el bien jurídico protegido en el delito contemplado en el art. 177 bis CP, debe comenzarse por indicar que más allá del título dado por el legislador de 2010 al Título VII bis (De la trata de seres humanos) y de las manifestaciones que al respecto contiene la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica el CP, con poco más contamos para desentrañar cual es el objeto jurídico protegido. Resulta, sin embargo, revelador lo dispuesto en la referida Exposición, en el sentido de que el art. 177 bis CP “tipifica un delito en el que prevalece la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren”, mientras en el delito de inmigración clandestina –el ahora contemplado en el art. 318 bis- predomina la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios.

En definitiva, con las referencias a la dignidad y la libertad como bienes jurídicos protegidos, el legislador español refleja en la Exposición de Motivos la declaración contenida en algunos de los preámbulos y textos normativos de los instrumentos internacionales en cuyo cumplimiento se ha incriminado el delito. Así sucede, por ejemplo, con el Protocolo de Palermo sobre Trata de Personas, en que, si bien en su articulado no se recoge mención explícita al interés jurídico quebrantado mediante la trata, sí se indica, en su art. 2, que una de las finalidades del Protocolo es proteger a las víctimas de la trata, protegiendo sus derechos humanos, esto es, adoptando un enfoque desde el punto de vista de los derechos humanos, aclarando el informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos al Consejo Económico y Social –informe sobre principios y directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas- la relación de este enfoque con la tutela de la dignidad humana. La Decisión Marco del Consejo 2002/629/JAI, relativa a la Lucha contra la Trata de Seres Humanos, se refiere en su considerando (3) a este fenómeno como una grave violación de los derechos fundamentales de la persona y la dignidad. En semejantes términos, aunque sin ser todavía Derecho vigente, se manifiesta la Propuesta de Directiva de 2010, en sus considerandos 5 y 19. Finalmente, también el Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos de 2005 se refiere en su preámbulo a 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”, expresión que parece literalmente recogida en la Exposición de Motivos de la reforma de 2010.

Ya en relación con el art. 318 bis CP, antes de la reforma de 2010, había habido autores que habíamos defendido que el bien jurídico protegido en el delito era la dignidad humana (VILLACAMPA ESTIARTE, PÉREZ CEPEDA -aunque también en referencia al aspecto colectivo de la dignidad de los inmigrantes-, GARCÍA ARÁN, GUARDIOLA LAGO). Obviamente, esa opinión únicamente la sosteníamos quienes identificábamos el objeto jurídico de tutela del delito con un bien jurídico de carácter individual, intentando dotar de contenido de injusto al delito pese a parecer de cada vez más evidente que lo que el legislador intentaba proteger a través de él era el control de los flujos migratorios. Sin embargo, aun considerando que el objeto jurídico de tutela debía ser necesariamente individual, ha habido quien ha defendido en relación con aquel delito que el bien jurídico protegido debía serlo la integridad moral. A este entendimiento ha conducido tanto la constatación de que la dificultad de aprehensión del concepto de dignidad lo convierte en una institución inhábil para dotarla de la condición de bien jurídico, dada la escasa operatividad intrasistémica de un concepto tan vago, cuanto la afirmación de la estrecha relación de la trata con el concepto de trato inhumano, degradante y vejatorio, que supone un atentado contra la integridad moral (DE LEÓN VILLALBA, GARCÍA ARÁN, LAURENZO COPELLO, PÉREZ ALONSO, BAUCCELLS LLADÓS, GÓMEZ NAVAJAS, CARMONA SALGADO, ALONSO ÁLAMO).

Ciertamente, el interés “dignidad” constituye un objeto jurídico difícilmente aprehensible, al que resulta complejo dotar de un contenido positivo. Posiblemente sea en esa dificultad, añadida al hecho de que en la Constitución española no se le reconoce la categoría de Derecho fundamental –pues aparece reflejado en el art. 10.1 CE como uno de los fundamentos del orden político y la paz social-, sin que sus vulneraciones puedan ser así objeto de recurso de amparo, en la que deba buscarse el rechazo de un sector de la doctrina a identificar la dignidad con un posible bien jurídico-penal. La integridad moral vendría con ello a ser, conforme al ordenamiento constitucional interno español, el más fiel reflejo de la dignidad en el catálogo de derechos fundamentales, dotándola de contenido positivo, aunque no necesariamente coincidieran el contenido de una y otra (esta idea late en las opiniones de MUÑOZ SÁNCHEZ, RODRIGUEZ MESA, PEREZ MACHÍO). En definitiva, se considera la dignidad como base de todos los derechos fundamentales, pero no como un derecho en sí (GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, GARCÍA GARCÍA), de lo que se colige que no puede erigirse en bien jurídico protegido en un concreto delito, puesto que, en definitiva, debe considerarse que todos los delitos contra las personas afectan de un modo u otro a la dignidad (POZUELO PÉREZ).

Siendo consciente de que la dignidad puede efectivamente hallarse en la base del reconocimiento de todos los derechos fundamentales, no comparto la opinión de quienes identifican la integridad moral como bien jurídico protegido en el delito de trata. Cierto que nuestra Constitución reconoce un derecho fundamental, cual la integridad moral, que en una acepción amplia puede tener un contenido que básicamente lo aproxime a la idea de dignidad. En este sentido, RODRÍGUEZ MESA asume un concepto amplio de integridad moral que hace equivaler al “conjunto de sentimientos, ideas y vivencias cuyo equilibrio, al facilitar al individuo la opción de unas posibilidades frente a otras, permite la unicidad de cada uno de los seres humanos y su libre desarrollo de acuerdo con

su condición de persona”. Sin embargo, pese a que la doctrina española sostenga en la actualidad un concepto amplio de integridad moral, también se han mantenido opciones restringidas de la misma, que la hacen coincidir con la integridad psíquica.

Obviamente, una concepción tan estricta de integridad moral es a todas luces inadecuada para considerarse objeto jurídico de tutela en el delito de trata, pues, entre otros efectos, conduciría a una limitación excesiva de las conductas típicas. Pero aun partiendo de un concepto amplio de integridad moral, considerar que es este el interés afectado en el delito de trata de personas me parece reduccionista. En primer lugar, porque la integridad moral siempre se refiere a una faceta concreta del individuo, aun partiendo de un concepto amplio de la misma, y en el delito que nos ocupa de lo que se trata es directamente de negar a la persona su condición de tal. La dignidad es siempre un concepto más amplio que la integridad moral, “que puede y suele aplicarse como adjetivo a plurales facetas de la existencia humana”, y constituye una de las posibles sustantivaciones de la dignidad referida solamente al ámbito interno del individuo (RODRÍGUEZ MESA). En segundo lugar, porque aun partiendo de un concepto amplio de integridad moral, existen formulaciones de la misma que la identifican con el derecho a no ser sometido a comportamientos que, dirigidos a humillar y a degradar a la persona, la utilicen como mero instrumento en manos del sujeto pasivo (PEREZ MACHÍO). Tales caracterizaciones la convierten en inhábil para integrar el bien jurídico protegido en el delito de trata de personas, en que la realidad subyacente nos muestra que no siempre debe tratarse de conductas dirigidas a producir esos sentimientos, ni siquiera que los produzcan efectivamente, pues se enderezan a la obtención de algún tipo de provecho económico de la mercancía humana con la que comercian. En tercer lugar, porque la afirmación de la integridad moral como bien jurídico protegido en este delito basada en la constatación de que la dignidad no ha ganado la categoría de derecho fundamental en nuestro ordenamiento constitucional me parece una opción demasiado apegada a nuestra domesticidad en lo que a lo constitucional se refiere, sobre todo teniendo en cuenta que desde la doctrina constitucionalista se ha afirmado que nuestro constituyente probablemente no incluyera a la dignidad en el catálogo de derechos fundamentales por considerar que no era necesario, al entenderla inherente a la naturaleza humana (PRIETO ÁLVAREZ). Finalmente, y únicamente en apoyo de lo anterior, puesto que no se trata de un argumento determinante, porque la postura del legislador de 2010 parece claramente dirigida a deslindar el delito de trata de los delitos contra la integridad moral, no solamente por las manifestaciones contenidas en la exposición de motivos, sino también por la ubicación sistemática de la nueva tipicidad, no en título correspondiente a las torturas y otros delitos contra la integridad moral, sino justamente tras éste, en un título *ad hoc*.

Si la trata de personas debe ser considerada delito a nivel global, y esa parece ser la intención que guía a las instancias internacionales al normar en la materia, el interés a proteger mediante el delito que la incrimine debe ser un valor que goce también de reconocimiento al mismo nivel. La dignidad humana no solo es plenamente capaz de cumplir con ese objetivo, sino que además es el interés personal más adecuado para erigirse en bien jurídico en este concreto caso. Y es que no debe olvidarse que, aunque la dignidad sea difícil de aprehender, se halla reconocida como base de los derechos humanos en multiplicidad de tratados internacionales –Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional

de Derechos Civiles y Políticos-, e incluso relacionada entre los elencos de Derechos fundamentales en algunas Constituciones europeas. Sirva el art. 1.1 GG alemana a título de ejemplo. En Alemania se ha dotado a la dignidad de un contenido positivo. Para ello se ha partido de la fórmula de la no instrumentalización, construida sobre la base del concepto kantiano de dignidad, conforme a la cual la misma queda comprometida cuando el ser humano es convertido en un simple objeto (GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ). Sobre ella, desechando un concepto de dignidad intangible que acaba suponiendo su expulsión del conglomerado de derechos fundamentales, la dignidad se identifica no solamente desde una perspectiva exclusivamente formal, consistente en la interdicción de instrumentalizar al hombre o de cosificarlo, sino que se completa refiriéndola tanto a la integridad –física y moral-, y la libertad individual o la igualdad formal, como, finalmente, a la participación en la adopción de decisiones públicas e incluso al acceso a prestaciones sociales en el marco de un sistema económico justo (GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ).

En conclusión que la dignidad se refiera, al dotarla de contenido positivo, a un conglomerado de derechos fundamentales, en nada empece a su consideración de bien jurídico protegido en el delito de trata, pues no debe olvidarse que el mismo no viene constituido por un acto singular, sino que describe un proceso en que a la persona le es negada sistemáticamente su condición de tal. Dicha sistemática negación de su condición de ser humano puede concretarse, en ocasiones, en vulneraciones de su libertad de obrar, de su libertad ambulatoria, de su integridad física, y también, evidentemente, de su integridad moral. En definitiva, justamente porque el proceso de trata implica justamente un atentado a la misma línea de flotación de la personalidad humana, porque supone la vulneración de la esencia misma de la persona, debe reclamarse que sea la dignidad y no otro interés el bien jurídico protegido en el delito, reaccionando con ello frente al proceso de juridificación de la persona y de su mera conversión en objeto de imputación operado por el positivismo jurídico (CARUSO). Es decir, se ha intentado en las líneas precedentes fundamentar jurídicamente la identificación del bien jurídico protegido con la idea de dignidad, pero aun en el supuesto en que ello no convenza, me parece no sólo poético, sino también útil y necesario, como hace CARUSO, reclamar la recuperación de la esencia personal, deshaciendo el proceso de evaporización teórica del auténtico perfil personalista, ético y jurídico, del concepto persona.

Junto a la dignidad que constituye el bien jurídico protegido y lesionado por el delito de trata, no se considera que en el delito se proteja anticipadamente ninguno de los bienes jurídicos que pueden acabar siendo puestos en peligro concreto o lesionados en caso de verificarse la situación de explotación, o al menos no más allá del umbral del riesgo meramente estadístico o abstracto. Ciertamente, cuando el ordenamiento español previó el delito de trata para explotación sexual en el art. 188.2 CP, constituyó opinión común que el referido delito protegía anticipadamente la libertad sexual (por todos, MAQUEDA ABREU). De tal manera, cuando éste pasó a constituir un tipo cualificado del delito de tráfico ilegal del art. 318 bis.2 CP, la opinión doctrinal mayoritaria asume la opción de la pluriofensividad, admitiendo que en lo tocante a la libertad sexual nos hallamos frente a un delito de peligro, que algunos califican de concreto (GARCÍA ARAN, PÉREZ CEPEDA), otros de hipotético (GUARDIOLA LAGO) y, finalmente, algunos de abstracto

(SANCHEZ GARCÍA DE PAZ). Parecería lógico considerar que si el tipo del delito de trata en la actualidad se refiere a varias posibles formas de explotación debiera concluirse que nos hallamos frente a un tipo de peligro en relación con los intereses que resultarían finalmente lesionados si la conducta de explotación finalmente se llevara a cabo. Sin embargo, con ello se dejaría de lado la consideración de que mediante la incriminación del delito de trata separadamente del resto de los delitos que eventualmente puedan ser cometidos en caso de verificarse la explotación, se está afirmando la autonomía respecto de los posibles ulteriores ilícitos que puedan cometerse mediante la efectiva explotación del tratado. Esto es, se ha circunscrito el interés y se ha centrado el contenido de injusto del delito en la trata en sí, restando importancia a la concreta finalidad de explotación, bastando con que ésta esté presente. Además, puesto que las formas de explotación posibles son variadas, afirmar que el bien jurídico que éstas lesionarían en caso de producirse la efectiva explotación integra también el interés protegido en el tipo de la trata nos obligaría a admitir que los objetos jurídicos de tutela protegidos anticipadamente pueden ser varios, con la consiguiente indeterminación del objeto jurídico de protección en el delito que nos ocupa. A ello se añade que la explotación no tiene efectivamente que producirse para que el tipo se consume y que, en caso de acontecer, generalmente sólo ganará la consideración de delito en el supuesto en que los medios empleados para realizar la trata se mantengan subsistentes en el momento de producirse la explotación.

Por esos motivos considero que en el delito se protege esencialmente la dignidad, y que la referencia a posibles formas de explotación, que efectivamente en la mayor parte de supuestos constituirán otros tantos delitos –contra la libertad sexual, los derechos de los trabajadores o de lesiones- constituyen tan sólo un recurso para concretar en qué casos la conducta conducente a la explotación de otro se considera que gana entidad suficiente como para merecer respuesta penal-. De ahí mi afirmación inicial en el sentido de que, de entender que nos hallamos frente a un delito que tutela también anticipadamente los bienes jurídicos que podrían verse lesionados por los delitos cometidos en la fase de explotación, no considero que podamos hablar más que de peligro estadístico o abstracto, circunscrito al hecho de que el previo padecimiento de la trata facilita estadísticamente la producción de la explotación.

Puesto que el hasta el momento caracterizado constituye un bien jurídico de carácter individual, pues no se atiende en la argumentación antecedente a una concepción colectiva de la dignidad de grupo humano alguno, el delito no solamente no requiere que la víctima sea colectiva para poderse perfeccionar, sino que no puede ser un delito de esa naturaleza. Así, por cada víctima de trata que se identifique, se cometerá un distinto delito, tal como se deduce de la propia redacción típica del art. 177bis.1 CP.

## **VI. ANÁLISIS DEL TIPO DEL DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS**

El delito de trata de personas incorporado al art. 177 bis CP se estructura en un tipo básico, al que corresponde una elevada pena de prisión, de cinco a ocho años, en que la conducta se describe, en esencia, respetando los mandatos de incriminación de los

instrumentos internacionales que nos vinculan, siguiendo el esquema en tres elementos. Junto a éste, se prevén varios tipos cualificados, estratificados en distintos niveles. En un primer nivel agravatorio se hallan los supuestos contemplados en el núm. 4 del art. 177 bis, en atención al modo de producirse el traslado así como a las características del sujeto pasivo, a los que corresponde la imposición de una pena de prisión de ocho años y un día a 12 años, que puede llegar a imponerse en su mitad superior cuando concurra más de una circunstancia agravante. En un segundo nivel agravatorio se sitúan las circunstancias contempladas en el núm. 5, en función de las características del sujeto activo. Finalmente, el tercer nivel agravatorio es el contemplado en el núm. 6 del art. 177 bis, aplicable al sujeto que forme parte de una organización o asociación de dos o más personas que, aunque con carácter transitorio, se dedique a la realización de tales actividades, exasperándose la pena cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones.

En cuanto a las fases anteriores a la consumación en que la conducta gana relevancia penal, además de la tentativa conforme a las reglas generales -aunque si no fuera así sería obligado preverlo específicamente para cumplir con las disposiciones internacionales que nos vinculan-, el legislador español ha otorgado relevancia penal a determinados actos preparatorios. Conforme al art. 177 bis.8 CP la provocación, conspiración y proposición para cometer este delito se castiga con pena inferior en uno o dos grados a la del correspondiente tipo delictivo de referencia -básico o cualificado, según los casos-, haciendo evidente con ello una clara voluntad político-criminal, consistente en el adelantamiento de las barreras de protección penal en este ámbito.

## **1. Tipo básico del delito de trata de personas**

El tipo básico del delito de trata de seres humanos, previsto en el art. 177 bis.1 CP, incorpora en su redacción los tres elementos que integran el concepto de trata previsto en los distintos instrumentos internacionales que obligan al Estado español.

Con ser un delito en que la conducta típica se vertebra sobre la base de estos tres requisitos, ciertamente la pena impuesta excede con mucho de la requerida por las obligaciones internacionalmente contraídas (denuncia también este exceso, TERRADILLOS), si bien cabe que se haya mantenido en un umbral tan elevado justamente por comparación con la elevadísima pena que todavía se contempla en el delito de tráfico ilegal de personas. Se hallaba el Estado español obligado, tanto en virtud de la DM 2002/629/JAI (art. 3), como en virtud del art. 23 del Convenio de Varsovia, a imponer sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias que pudieran dar lugar a la extradición, esto es, penas privativas de libertad de un mínimo de un año. Sin embargo, el legislador español ha previsto ya para el tipo básico un umbral punitivo que incluso en relación con la penalidad prevista para los tipos cualificados previstos en los referidos instrumentos internacionales resultaría excesivo -pues la Decisión Marco requiere para estos supuestos penas máximas privativas de libertad no inferiores a ocho años, en su art. 3.2-. Ya el informe del CGPJ al Anteproyecto de LO de reforma del CP de 2008 había alertado acerca del elevado umbral punitivo.

## A. Conducta típica

En cuanto a la conducta típica prevista en el delito, la misma se articula sobre la base del triple requerimiento de acción, medios empleados y finalidad de explotación que exigen los mencionados instrumentos internacionales. Nos hallamos así frente a un delito mutilado de dos actos en que la perfección del tipo se alcanzará cuando el tratante realice una de las conductas a que se el tipo se refiere (captar, transportar, acoger, recibir o alojar) concurriendo una de las finalidades de explotación igualmente enumeradas en el tipo, sin que requiera que objetivamente se produzca la referida explotación para que el delito se consume.

### a) La acción

Comenzando por el primero de los tres elementos que integran el concepto internacional de trata, que es el que aparece reflejado en nuestro Código penal, la acción, el tipo requiere que sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, el tratante “captare, transportare, trasladare, acogere, recibere o alojare” a la víctima, que el tipo indica que puede ser una víctima nacional o extranjera.

Con carácter previo a desentrañar cuál es el sentido de los distintos verbos típicos, deben hacerse algunas consideraciones previas. En primer lugar, a mi entender con buen criterio, en la redacción final del núm. 1 del art. 177 bis CP ha desaparecido la mención que el Proyecto de LO hacía al “traficare con personas” (de distinta opinión, TERRADILLOS). Probablemente esa mención se incluyó en el texto del Proyecto como consecuencia de una sugerencia en ese sentido aparecida en el informe emitido por el CGPJ al Anteproyecto de LO de reforma del CP de 2008, por entender que de esta forma la conducta típica quedaba más concretada y se distinguía con más facilidad del delito de prostitución del art. 188.1 CP. Sin desconocer, sin embargo, las dificultades de deslinde que este delito puede tener en relación con el de aprovechamiento de la prostitución incriminado en el art. 188.1 CP, me parece sumamente adecuado que por obra de la transaccional a las enmiendas núms. 119, 218, 315, 408, 219, 220 y 243 admitida por la Ponencia encargada en el Congreso de informar sobre el Proyecto de LO de modificación del CP de 2010 en el seno de la Comisión de Justicia del Congreso –la única modificación de este precepto admitida en toda la tramitación parlamentaria de la LO 5/2010, de 22 de junio- decidiese suprimirse la mencionada referencia. Esto porque la inclusión del término “tráfico” lejos de ayudar a concretar el sentido de la conducta típica podía oscurecer su verdadero alcance, a juzgar por los quebraderos de cabeza que la interpretación del término tráfico ilegal de personas le ha dado ya a la doctrina y a la jurisprudencia españolas.

En segundo lugar, resultan bien discutibles, atendiendo a la forma de caracterizar las conductas de trata en los instrumentos internacionales que nos obligan, un par de referencias contenidas en el tipo básico del delito. La primera es la mención al territorio español en el tipo del delito. El art. 177 bis.1 CP requiere que las conductas contempladas en el precepto se realicen “sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella”. Ciertamente, la trata, además del comercio con personas, puede requerir su traslado físico. Sin embargo, la exigencia en el tipo de que el traslado tenga de alguna forma

que concernir al territorio español no se compecede bien ni con las definiciones de trata manejadas a nivel internacional ni con las normas que tienden a ampliar la competencia de los tribunales nacionales a supuestos de trata cometidos fuera de sus fronteras –art. 6 DM 2002/629/JAI y art. 31 Convenio de Varsovia-. Por una parte, en el concepto de trata de personas manejado a nivel internacional, la relevancia penal de la conducta nunca se hace depender de que la misma implique traslado relacionado con el territorio de un determinado Estado, por más que la competencia de los respectivos Estados generalmente se hará valer sobre la base de principio de territorialidad, en supuestos en que la conducta típica se haya cometido cuanto menos parcialmente en el territorio del Estado que afirma su competencia. En este aspecto, la regulación española no sigue los dictados internacionales, de forma, por ejemplo, que conforme a la redacción dada al tipo del delito de trata del art. 177 bis CP, si un nacional español es víctima de este delito en un traslado que se efectúa fuera de las fronteras de nuestro Estado y que no tiene ni como destino, ni como punto de partida, ni como territorio de tránsito a España, la conducta no sería constitutiva de delito en nuestro país. Por otra parte, en cuanto a las normas sobre la competencia, en su virtud, además de la competencia en territorio nacional, los Estados deberían ampliarla a los supuestos de trata en que el autor sea uno de sus nacionales (principio de personalidad activa) o un apátrida que tenga su residencia habitual en su territorio y a aquellos otros supuestos en que la víctima sea uno de sus nacionales (principio de personalidad pasiva), así como a los supuestos en que la infracción sea cometida en provecho de una persona jurídica establecida en su territorio. No se nos oculta que, más allá de los supuestos de competencia territorial, la discrecionalidad del Estado para cumplir con dichas sugerencias de ampliación a la competencia extraterritorial es bastante. Sin embargo, en el ejemplo antes mencionado España tampoco podría reclamar su competencia, puesto que, para empezar, como se ha indicado, la conducta no sería delictiva en nuestro país, además de que no se ha procedido a modificación alguna del art. 23 LOPJ que pueda dar cobertura a dichos supuestos de persecución extraterritorial. Así, el fundamento para proceder a la aplicación del principio de justicia universal a los casos de trata, con las importantes limitaciones a que sometió a este principio la LO 1/2009, de 3 de noviembre, únicamente podrá hallarse en la medida en que la trata en el caso concreto sea a su vez un supuesto de tráfico ilegal o inmigración clandestina de los contemplados en la letra f) art. 23.4 LOPJ, a salvo de aquellas escasas ocasiones en que nos hallemos frente a un supuesto de trata que se considere debe ser perseguido por el Estado español conforme a los tratados y convenios internacionales por éste suscritos –conforme dispone el art. 23.4.h) LOPJ-, dando con ello cumplimiento parcial a las posibilidades de aplicación extraterritorial de la ley penal conveniadas.

Probablemente el legislador había querido con tal referencia geográfica clarificar que en el tipo caben tanto los supuestos de trata interna como los de trata externa o internacional, es decir, los que implican o pueden implicar cruce de fronteras. Sin embargo, la referencia geográfica resulta distorsionadora (de la misma opinión, TERRADILLOS). Así lo entendió el grupo parlamentario ERC-IU-ICV, quien presentó la enmienda núm. 258 en el Congreso en este sentido, aunque fue rechazada por la Ponencia. Asimismo, el grupo parlamentario Entesa Catalana Progrés (GPECP) presentó una enmienda 183 de semejante tenor en el Senado, pero desgraciadamente tampoco fue escuchado.

La segunda de las cuestiones que merecen ser criticadas en el tipo, en este caso por innecesaria y redundante, es la referencia a que la víctima sea nacional o extranjera. Nuevamente, interpreto que el legislador ha obrado con buena voluntad, en el sentido de que quería aclarar que en este tipo delictivo, que no puede sustraerse a la herencia de las dificultades interpretativas suscitadas por el delito de tráfico de personas del art. 318 bis CP, podían ser sujetos pasivos tanto los nacionales españoles como cualquier tipo de extranjero –los comunitarios, que no son propiamente extranjeros, y los extracomunitarios-. No obstante, puesto que desde el prisma de la nacionalidad tan sólo cabe o ser nacional o ser extranjero, hubiera bastado referirse a las víctimas sin más, evitando cualquier referencia a su procedencia, para considerarlas a todas incluidas.

En cuanto a los verbos que integran la conducta típica, como se ha indicado, son captar, transportar, trasladar, acoger, recibir y alojar. En definitiva, se trata de todas las conductas que se pueden realizar durante el proceso de la trata, desde la captación en el lugar de origen, hasta el acogimiento, recibimiento y alojamiento en el lugar de destino, pasando por el transporte y el traslado. El sentido que puede otorgarse a la mayor parte de conductas típicas no plantea sustanciales problemas interpretativos. Los únicos términos en los que quizá convendría detenerse mínimamente es en los de la “captación”, incluido en el tipo para hacer referencia a la recluta de personas, y el “traslado”. En relación con el primero, debe entenderse que la captación requiere algo más que la mera oferta de cualquier tipo de trabajo, servicio de traslado o actividad apetecible a las víctimas de la trata, exigiéndose algún tipo de resultado intermedio, esto es, el cierre de alguna suerte de acuerdo o contrato que al menos aparentemente obligue al tratado. De acuerdo con el informe explicativo del Convenio de Varsovia, en el término captación puede entenderse incluida la realizada mediante cualquier instrumento, incluido el uso de nuevas tecnologías, especialmente de internet, que está constituyendo un mecanismo muy utilizado con dicha finalidad. Por “transporte” se debe interpretar cualquier traslado de la persona o personas tratadas, fuera o dentro de nuestras fronteras, con cualquier medio, aunque no basta la mera organización del transporte para cometer el delito, al menos a juzgar por lo que la doctrina alemana ha establecido en relación con la misma conducta delictiva en el §233a StGB (vid, por todos, EISELE).

En cuanto al traslado, puede ser considerado un sinónimo de transporte, en el sentido del desplazamiento de un lugar a otro, lo que ciertamente puede resultar tautológico, aunque esa podría ser la conclusión a la que nos aboque una interpretación gramatical del término, pues el diccionario de la Real Academia de la Lengua, en su primera acepción, define “trasladar” como “llevar a alguien de un lugar a otro”. Sin embargo, puede buscársele un sentido que, forzando un tanto la interpretación, pudiera servir para que el legislador español no incumpla las obligaciones internacionales contraídas en materia de trata, concibiendo el traslado como el traspaso de control sobre una persona, por medio de la venta, el alquiler o la permuta, por ejemplo. Dicho entendimiento del término sería adecuado, de un lado porque la Decisión Marco de Consejo, entre las conductas típicas de la trata que no se hallan incorporadas al Código Penal, incluye el “intercambio” o el “traspaso de control” sobre la persona. El Convenio de Varsovia, aun sin referirse específicamente a ese tipo de conductas, sí las incorpora a la trata cuando, entre los medios, se refiere a 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, de modo semejante a como lo hiciera el Protocolo de Palermo en su art. 3. Ni una ni otra referencia a los supuestos de transmisión del control sobre una persona se contienen en el nuevo delito incorporado al Código penal, ni por referencia a la conducta típica, ni por la referencia a los pagos o ofertas de los mismos a la persona que tiene a la víctima bajo su control, cuando habían advertido de ese vacío punitivo tanto el CGPJ en su informe al Anteproyecto de LO de reforma del CP de 2008, como el Grupo Parlamentario ERC-IU-ICV, mediante la enmienda 258 el Congreso, aunque con poco éxito, lo mismo que los integrantes del GPECV en el Senado al no lograr la inclusión de la enmienda núm. 183. Y es que, como dijera el portavoz del Grupo Parlamentario ERC-IU-ICV en la Comisión de Justicia, debería haberse incluido el medio comisivo referido, y la conducta con él relacionada, con la finalidad de incriminar los supuestos de trata de personas “entendida como compra-venta junto con la modalidad de tráfico como traslado”. Ciertamente, nuestro legislador sigue demasiado apegado a una ideación geográfica de la trata que no es la que destilan los instrumentos internacionales que nos vinculan. Sin embargo, los supuestos de traspaso de control sobre una persona tratada pueden incriminarse a través de la conducta de traslado, en el sentido de “trasladar el dominio sobre la persona” a otro quien, a su vez, podría realizar la conducta de recibir o acoger a la víctima, eso sí, siempre que concurriese uno de los medios que el tipo requiere -entre los que, por cierto, no se enumeran la concesión o recepción de pagos-. El acoger, sin embargo, en atención al carácter internacional de muchos supuestos de trata, supone el recibimiento y albergue de la víctima, tanto en la ocasión inicial en la que resulta transferida, como en las subsiguientes. Finalmente, el alojamiento implica hospedaje.

#### b) Los medios comisivos

Pasando al segundo de los elementos que integran el delito de trata, los medios empleados, ya se ha indicado como el legislador español ha omitido la inclusión del consistente en la concesión o recibimiento de pagos o beneficios para conseguir el consentimiento de una persona que tenga el control sobre otra persona. Sin embargo, también se ha aventurado que dicha omisión puede intentar subsanarse, cuanto menos parcialmente, mediante el empleo de las conductas típicas de traslado y recibimiento o acogimiento. Otro de los medios incluidos en instrumentos internacionales que nos vinculan y que no está explícitamente elencado en el art. 177bis CP es el rapto. Sin embargo, lo que para nosotros es detención ilegal o secuestro, generalmente o bien implica el empleo de violencia –al menos la mínima para privar de libertad-, o intimidación o bien el engaño, y los tres constituyen medios comisivos del delito de trata. Se incluyen, pues, atendiendo a los medios comisivos, los tres tipos de trata derivados del concepto contenido en el Protocolo de Palermo (PÉREZ ALONSO). Esto es, la trata forzada –que implica el empleo de la violencia o la intimidación-, la trata fraudulenta –la realizada concurriendo engaño, en que entrarían los supuestos de ofertas de trabajo falsas-, y la trata abusiva –que en el caso del ordenamiento español vendría caracterizada por el abuso de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima-, que resulta la más compleja de delimitar.

A este respecto, los tres instrumentos internacionales que han servido de base al diseño del delito se refieren al abuso de una autoridad –o de poder, como dice el Protocolo de Palermo- o al abuso de una situación de vulnerabilidad, a las que la legislación española añade el abuso de una situación de necesidad. La adición del abuso de esta tercera situación puede resultar distorsionador, por cuanto la expresión “situación de vulnerabilidad” es concepuada en sentido tan amplio que abarca también los supuestos de necesidad. Así, en la Decisión Marco 2002/629/JAI, se identifica la situación de vulnerabilidad con aquella en que la víctima no tenga una alternativa real y aceptable, salvo someterse al abuso. A mayor abundamiento, en el informe explicativo del Convenio de Varsovia se indica que la vulnerabilidad puede ser de cualquier tipo: física, psicológica, emocional o familiar, social o económica, de manera que puede incluir supuestos de inseguridad relacionados con la residencia ilegal de la víctima en el país de destino, dependencia económica o salud frágil. Probablemente el legislador español pensaba en las situaciones de necesidad económica, pero esas pueden ya entenderse incluidas en la situación de vulnerabilidad. Debe aclararse que no basta con que la víctima o el autor se hallen en una de esas situaciones, sino que es necesario que se abuse de la misma para hacer efectiva la trata.

Cuando el sujeto pasivo del delito es un menor de edad, que según dictan los instrumentos internacionales que nos vinculan es cualquier persona menor de 18 años, no es necesaria la concurrencia de los medios comisivos para que la conducta sea constitutiva del delito de trata, tal como reconoce el art. 177 bis.2 CP. En dicho sentido, el nuevo artículo del CP español no hace más que seguir los dictados de los arts. 3.b) Protocolo de Palermo, art. 1.3 DM 2002/629/JAI, y art. 4.c Convenio de Varsovia.

El empleo de los medios a que se ha hecho referencia obviamente invalida el consentimiento que la víctima, forzadamente, hubiese podido prestar, pues nos hallamos frente a un caso de consentimiento viciado y, a tales efectos, inválido. Ese es justamente el fundamento de que el art. 177.bis 3 CP establezca “el consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados en el apartado primero de este artículo”. Tal declaración de irrelevancia del consentimiento se deriva de lo dispuesto en el art. 3.b) Protocolo de Palermo, art. 1.2 DM 2002/629/JAI y art. 3.b) Convenio Varsovia, en que los dos primeros documentos hacen referencia a que tal consentimiento “no se tendrá en cuenta” y el tercero, cuya redacción ha adoptado el legislador español, a que el referido consentimiento será irrelevante. Coincido con algunas enmiendas presentadas al Proyecto de LO de reforma del CP de 2009 -tanto por parte del GPV y del Grupo Parlamentario ERC-IU-ICV en el Congreso como por el Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas y el GPECP en el Senado- en el sentido de que más que hacer referencia a la irrelevancia del consentimiento, el legislador penal debería haber hecho mención a la invalidez por viciado del prestado concurriendo el empleo de tales medios. Una declaración en el sentido de que el consentimiento prestado en dichas condiciones carecería de validez explicitando el motivo hubiera sido jurídicamente más adecuada, puesto que no hubiera podido inducir a equívocos, a considerar que el legislador penal decide negar arbitrariamente validez a un consentimiento prestado por un adulto en pleno ejercicio de sus facultades y en libertad para disponer de un bien jurídico de carácter

individual, aclarando que lo presupone como ineficaz o inválido por haber sido prestado concurriendo trascendentes vicios de la voluntad.

c) Finalidad de explotación

Por último, llegamos al tercero de los elementos de la trata, que no es de carácter objetivo, sino subjetivo. En terminología anglosajona nos hallamos ante un elemento que configura la *mens rea* del delito de trata, mientras los hasta ahora vistos estaban integrados en el *actus reus*. En terminología jurídico-penal continental, los primeros dos elementos del concepto jurídico-penal de trata integran el tipo objetivo del delito, mientras el tercero de ellos integra el tipo subjetivo. Para ser más precisos, constituye un elemento subjetivo del injusto de tendencia interna trascendente que configura un delito mutilado de dos actos, obviamente incompatible con la comisión imprudente. En su virtud, se requiere que el autor del delito tenga intención de explotar a la persona en alguna de las formas que el tipo enumera, sin ser necesario que la referida explotación llegue a producirse para que el tipo se consume.

En concreto, el tipo del delito se refiere a que la explotación ha de ser con cualquiera de las finalidades siguientes:

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

b) la explotación sexual, incluida la pornografía

c) la extracción de sus órganos corporales.

Se incluyen, pues, tanto los supuestos que podríamos considerar englobados en la trata para explotación laboral -en la letra a)-, en la trata para explotación sexual -en la letra b)- y en la trata para el tráfico de órganos-en la letra c)-. Otros supuestos como la trata para las adopciones ilegales o la recluta de niños para desarrollar actividades militares, así como la trata de personas con la finalidad de efectuar experimentos clínicos o farmacológicos, de que cometan delitos contra la propiedad o sirvan para portar droga, o la venta de esposas o novias o los matrimonios forzados, por ejemplo, no se hallan específicamente contempladas en el delito, lo que no significa que no puedan inculparse en caso en que integren alguno de los supuestos de explotación específicamente previstos en el art. 177 bis.1 CP.

En cuanto a los supuestos de explotación a que se refiere la letra a) del art. 177 bis.1 CP, el Código incluye la imposición de trabajo o servicios forzados, la imposición de la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, así como la servidumbre, junto a la mendicidad. Con el objetivo de dotar de contenido a algunas de estas formas de explotación que podrían calificarse en conjunto como supuestos de trata para explotación laboral pueden ser de gran ayuda algunos instrumentos internacionales firmados y ratificados por el Estado español. En cuanto al concepto de trabajo o servicios forzados, al objeto de determinar el mismo resultan clarificadoras las disposiciones contenidas

tanto en el Convenio (n° 29) sobre Trabajo Forzoso u Obligatorio de la OIT, como en el Convenio (n° 105) relativo a la Abolición del Trabajo Forzoso. En virtud del art. 2 del primer documento, 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”. Se desprende de ambos instrumentos que el trabajo forzoso se caracteriza por la confluencia de dos elementos: la existencia de una amenaza y la ausencia de consentimiento de la víctima (HUICI SANCHO). La amenaza se interpreta en sentido muy amplio, y pueden integrarla tanto la amenaza de una sanción penal, como la privación de derechos, o de violencia o de muerte de la víctima o sus familiares. En cuanto al consentimiento, se considera que el mismo existe solo si se ha otorgado libremente y es posible revocarlo, de manera que para saber si la relación laboral se ha aceptado libremente habrá que atender a las concretas circunstancias de la víctima. En el concepto de servicios forzados podrían caber supuestos como la finalidad de hacer cometer a las personas tratadas delitos contra la propiedad o de tráfico de drogas, e incluso el obligar a prestar el propio cuerpo para la realización de experimentos farmacológicos podría caber aquí.

Para determinar qué constituya imposición de esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, debe acudirse tanto a la Convención sobre la Esclavitud de 1926, cuanto a la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud de 1956. La primera de las convenciones define la esclavitud, en su art. 1.1, como “el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos”, en términos semejantes a como se define en el art. 7.a) de la Convención Suplementaria de 1956. En cuanto a las prácticas similares a la esclavitud, cuya existencia fue justamente la que provocó la adopción de la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud de 1956, se definen en su art. 1, siendo las que a continuación se relacionan:

a) La servidumbre por deudas, esto 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. Un número importante de las personas objeto de trata son explotadas conforme a esta práctica. Al llegar al lugar de destino, muchos de los transportados deben pagar las expensas de su viaje, a las que se añade la manutención. Dichos dispendios en muchas ocasiones alcanzan precios astronómicos, pagando los tratantes a las víctimas -en caso de hacerlo- por los servicios prestados por éstas cantidades que están muy por debajo de las de mercado.

b) La servidumbre de la gleba, o la condición de la persona que está obligada por ley, por la 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.

c) Toda institución o práctica en virtud de la cual

a) Una mujer, sin que la asista el derecho a oponerse, es prometida o dada en matrimonio a cambio de una contrapartida en dinero o en especie entregada a sus padres, a su tutor, a su familia o a cualquier otra persona o grupo de personas. En este caso, podemos hallarnos además ante un supuesto de trata para explotación sexual cuando la finalidad es convertirla en esclava sexual.

b) 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;

c) La mujer, a la muerte de su marido, puede ser transmitida por herencia a otra persona.

d) Toda institución o práctica en virtud de la cual un niño o un joven menor de dieciocho años es entregado por sus padres, o uno de ellos, o por su tutor, a otra persona, mediante remuneración o sin ella, con el propósito de que se explote la persona o el trabajo del niño o del joven.

Al margen de la mendicidad, que consiste en el acto o acción de mendigar o pedir limosna, y que se incluyó específicamente en el Proyecto de reforma durante la tramitación parlamentaria, la última de las posibles finalidades contenidas en la letra a) del art. 177 bis.1 que nos resta por desentrañar es la “servidumbre”, que no se halla definida en ningún instrumento internacional. Con todo, conforme dispone el informe explicativo del Convenio de Varsovia, puede resultar útil la conceptualización que de esta realidad ha efectuado la Comisión Europea de Derechos Humanos. Este órgano la singulariza como el hecho de 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 de alterar las condiciones dadas. En definitiva, se trata de una forma de esclavitud, que no difiere de ésta tanto en el carácter como en el grado.

El segundo grupo de posibles finalidades, referido en la letra b) art. 177 bis.1, es el característico de los supuestos de trata para explotación sexual, puesto que consiste en “la explotación sexual, incluida la pornografía”. En cuanto a la explotación de la prostitución, ya en los trabajos preparatorios a la aprobación del Protocolo de Palermo se discutió si en el término prostitución había que incluir únicamente la forzada o cualquier forma de prostitución, como pretendían los movimientos abolicionistas, por cierto muy influyentes en los Estados Unidos. Finalmente, se llegó a una fórmula de consenso, sin determinar a qué tipo de prostitución se estaba haciendo referencia (al respecto, PEREZ ALONSO), con la finalidad de dejar a los Estados contratantes la libre decisión acerca de qué tipo de prostitución incriminar. La misma fórmula de compromiso ha adoptado el Convenio del Consejo de Europa, de conformidad con lo que se refleja en el informe explicativo. En el caso español, ciertamente la tipificación de la explotación de la prostitución tal como se halla regulada, pese a la existencia de tentativas doctrinales de limitar su aplicación (CARMONA SALGADO), no deja muchas dudas en el sentido de que se está incriminando la explotación también de esta actividad cuando es libremente aceptada.

Puesto que se trata de un precepto que no ha resultado afectado por la reforma, en una primera aproximación podría mantenerse que el concepto “prostitución” a que se refiere el art. 177bis.1.b) CP es tanto la coactiva cuanto la libremente aceptada. Sin embargo, una lectura un poco más detenida nos conduce a la conclusión de que el término “prostitución” aquí debe ser interpretado en el sentido de prostitución forzada cuando se trate de adultos, y cualquier tipo de prostitución cuando se trate de menores o incapaces. Ello no solo porque los medios referidos para que con carácter general tenga relevancia penal la prostitución de adultos en el art. 188.1, primer inciso, CP corresponden exactamente con los que se incorporan en el delito de trata de personas, sino porque la prostitución forzada es el correlato natural, ya en fase de explotación, a la trata para explotación sexual. A ello debe añadirse, además, que pese a la involución que representó en cuanto a la regulación de la prostitución de adultos la reforma de 2003, continúa siendo la tónica general en nuestro Derecho penal que las conductas relacionadas con la prostitución de adultos sólo alcanzan relevancia penal cuando la misma es coactiva, constituyendo el segundo inciso del art. 188.1 CP una excepción a la regla general para los solos supuestos de explotación lucrativa de la prostitución. De ahí que toda referencia genérica a la determinación a la prostitución que no incluya esta mención específica debe entenderse referida al régimen general de relevancia penal. Junto a la explotación de la prostitución se incluye la explotación sexual, en la que cabrían conductas tales como hacer participar a la víctima en actos que impliquen servidumbre sexual –algunos supuestos de captación de esclavas sexuales en conflictos armados, venta de esposas o novias o matrimonios forzados que impliquen dicha esclavitud, o la producción de material pornográfico, por ejemplo-.

Finalmente, el art. 177 bis.1 c) CP, como última de las posibles finalidades de la trata, se refiere a la extracción de los órganos corporales de la persona traficada. Con ello se siguen los mandatos tanto del Protocolo de Palermo, cuanto del Convenio de Varsovia, no así de la DM 2002/629/JAI, que no contenía esa finalidad explicitada entre las posibles. En definitiva, la interdicción de tal finalidad entre las que integran la trata habida cuenta de la imposibilidad de permitir la obtención de beneficios a expensas del cuerpo humano o algunas de sus partes se planteó ya en la Resolución 78 (29) del Comité de Ministros del Consejo de Europa, se confirmó en la declaración de la tercera Conferencia de Ministros Europeos de Salud (Paris, 1987) y se juridificó finalmente en el art. 21 de la Convención de Derechos Humanos y Biomedicina, reafirmado en el Protocolo a dicha Convención sobre Transplante de Órganos y Tejidos de Origen Humano, que en su art. 22 prohíbe el tráfico de órganos y tejidos. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que será típica la trata de personas para extraerles sus órganos, pero no sus tejidos (semejante laguna se plantea en relación con el nuevo delito de tráfico de órganos del art. 156 bis CP, vid. GARCÍA ALBERO).

## **2. Agravaciones contempladas en el art. 177 bis CP**

Con el objeto de comenzar un sucinto análisis de los tipos cualificados contenidos en el delito de trata de personas, debe reiterarse que las cualificaciones delictivas se estructuran en tres niveles de agravación. Un primer nivel, el de los tipos cualificados contemplados en el núm. 4 del artículo, un segundo nivel agravatorio, contemplado en el núm. 5 y un tercer nivel agravatorio, el del núm. 6. del art. 177 bis. La estructura en tipos cualificados del delito, que permite una sucesiva agravación que puede llegar a la

imposición de una pena de dieciocho años de prisión en caso de que el autor del delito sea uno de los jefes, administradores o encargados de la organización o asociación a través de la cual se cometa el delito, no se previó inicialmente tal como finalmente ha quedado configurada en el Proyecto de LO de reforma del CP de 2009. Inicialmente los marcos punitivos de las distintas agravaciones se determinaban siempre en relación con la pena prevista en el número primero del artículo, con la consiguiente ausencia de reflejo en la determinación del marco punitivo abstracto de los supuestos en que concurriera más de una circunstancia agravante. Dicha indebida homogeneidad en la determinación del marco penal fue puesta de manifiesto mediante las enmiendas 219 y 229 del Grupo Parlamentario ERC-IU-ICV en el Congreso, que se incorporaron, junto a otras presentadas, en la única enmienda que se admitió al Proyecto en relación con este delito en toda la tramitación Parlamentaria, la transaccional admitida por la Ponencia encargada de redactar el Informe sobre el Proyecto de Ley en el seno de la Comisión de Justicia del Congreso. Con la incorporación de dicha enmienda se ha ganado en calidad técnica, aun cuando todavía cabe que se planteen algunas dudas sobre las remisiones internas entre los números del precepto. Sin embargo, partiendo de un marco punitivo tan elevado como el contemplado en el tipo básico del delito, se alcanza un umbral punitivo que excede con creces del demandado por los requerimientos internacionales que vinculan a nuestro Estado, como se ha indicado anteriormente.

#### A. Agravaciones de primer nivel

En relación con los supuestos que integran el núm. 4 del art. 177 bis CP, las agravaciones se determinan en función de las circunstancias objetivas en que se produzca el proceso de trata, así como en atención a la particular vulnerabilidad de la víctima de la trata, bien sea en razón de su enfermedad, capacidad o situación –lo que deberá analizarse en el caso concreto–, bien porque su vulnerabilidad se presupone *ope legis*, en caso de que se trate de un menor de edad. En la redacción originaria del precepto, tal como el Proyecto de LO de modificación del CP de 2009 entró en el Congreso, la agravante contenida en la letra c) de este art. 177 bis.4 se refería únicamente a las víctimas que fuesen especialmente vulnerables en atención a dos posibles motivos, su enfermedad y su situación. Sin embargo, a lo largo de la tramitación parlamentaria la redacción de la tercera de las circunstancias se modificó, pues como posible causa de la especial vulnerabilidad se incluyó también a la víctima que pudiera serlo en razón de su incapacidad. Dicha modificación trae causa de las enmiendas núm. 118 del Grupo Parlamentario Vasco y 218 del Grupo Parlamentario ERC-IU-ICV, ambas en semejante sentido, e incorporadas a la transaccional antes mencionada.

En definitiva, la previsión de este tipo delictivo se explica por la finalidad de dar cumplimiento a lo dispuesto en los arts. 3.2 DM 2002/629/JAI y 24 del Convenio de Varsovia, aun cuando los requerimientos punitivos contemplados en dichos instrumentos se cumplen ya con la penalidad contemplada en el tipo básico. Esto es, en punto a la observación de los compromisos internacionales para incriminar la trata de personas, el Estado español prácticamente podría haber concluido la incriminación del delito de trata en el núm. 3 del delito, cuanto menos en los que a la previsión de tipos cualificados se refiere. Así, en virtud del art. 3.2 DM 2002/629/JAI, las penas privativas de libertad

máximas contempladas para el delito de trata deben no ser inferiores a ocho años en los casos en que se ponga en peligro de forma deliberada o por grave negligencia la vida de la víctima, se cometan contra una víctima especialmente vulnerable –en todo caso el menor que esté por debajo de la mayoría de edad sexual según la legislación nacional respectiva-, se cometan con violencia grave o hayan causado a la víctima unos padecimientos graves o, finalmente, se cometan en el marco de una organización delictiva. Por su parte, el art. 24 Convenio de Varsovia se refiere, como previsión de circunstancias agravantes, aunque sin determinar la duración de la pena en modo específico, a las siguientes agravaciones: a) puesta en peligro deliberada o por negligencia grave de la vida de la víctima; b) infracción cometida contra un niño; c) cometida mediante un agente público en el ejercicio de sus funciones; c) infracción cometida en el marco de una organización delictiva.

El núm. 4 del art. 177 bis CP, integrante del primer nivel agravatorio, no incluye todas las agravaciones explicitadas en los citados textos. Así, por ejemplo, no se prevé como circunstancia agravante la negligente puesta en peligro de la vida de la víctima, pues nos hallamos ante un delito doloso, o la comisión de la trata mediante violencia grave o causando a la víctima daños particularmente graves. Sin embargo, tales omisiones no suponen, como se ha indicado, el incumplimiento de los mandatos contenidos en ninguno de ambos instrumentos que ya se cumplen con el tipo básico. En el que ahora nos ocupa, el marco penal se establece en una pena de prisión de entre ocho años y un día y doce años, debiendo imponerse la pena en su mitad superior cuando concorra más de una circunstancia agravante. Es decir, nos hallamos ante un tipo mixto alternativo; sin embargo, se halla legislativamente tasado y exasperado el marco punitivo correspondiente a la concurrencia de una pluralidad de agravaciones. Teniendo en cuenta el nivel punitivo en que la comisión de tal tipo cualificado nos sitúa, parece excesivo que la pena se vea aumentada automáticamente cuando la víctima sea un menor de edad sin más distinción, máxime cuando ese hecho determina que el tipo básico en relación con esta víctima no requiere de la aplicación de medios. De ahí que debería procederse a una interpretación restrictiva de la minoría de edad en la cualificación, exigiendo que la edad biológica de la víctima la colocase en una situación de especial vulnerabilidad.

#### B. Agravaciones de segundo grado

Los dos siguientes tipos cualificados previstos en este delito, tanto la agravación de segundo cuanto la de tercer grado, se establecen en función de las características del sujeto pasivo. En relación con la de segundo grado, la contemplada en el art. 177bis.5CP, se endereza a agravar la responsabilidad criminal para quienes realicen los hechos prevaleciendo de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. En este supuesto se exaspera la pena de prisión, que se sitúa entre los ocho años y un día a doce años en caso de no concurrir la agravante de primer nivel, y en un marco de entre diez años y un día y doce años si concurren una o algunas de las circunstancias de la agravación de primer nivel, sin hacer distinciones acerca de la concurrencia de una o varias, pues el inciso final del núm. 5 del 177 bis.1 se refiere a la imposición de las penas señaladas –en el mismo número, se entiende- en su mitad superior. Junto a la pena de prisión, se prevé la imposición de una pena privativa de derechos, la inhabilitación absoluta de seis

a doce años, que se agrava también a la mitad superior si concurre alguna o varias de las agravantes de primer nivel. Resulta adecuada la previsión de una agravación cuando el delito lo comete un funcionario que se prevale del ejercicio de sus funciones para ello, y no solamente porque el Convenio de Varsovia así lo establezca, sino además porque los análisis de campo realizados en relación con esta realidad criminal demuestran la elevada incidencia de la trata en aquellos países con un elevado nivel de corrupción en el sector público y en los que, en consecuencia, existen muchos funcionarios implicados en este fenómeno (BALES/TRODD/WILLIAMSON). Sin embargo, lo que resulta discutible es que el umbral punitivo al que pueda llegarse sea tan elevado al partir de un marco punitivo sobredimensionado en el tipo básico.

### C. Agravación en supuestos de delincuencia organizada

Finalmente, llegamos a las agravaciones de tercer nivel, las relacionadas con la delincuencia organizada, que contempla el art. 177bis.6 CP. Resultaba del todo lógico que el legislador del 2010 previera la referida agravación porque así se deduce de los compromisos internacionales y porque el conocimiento de la realidad criminológica subyacente nos informa acerca de la estrecha relación existente entre la criminalidad organizada y la trata de personas. Es cierto que conforme se avanza en las investigaciones empíricas se sabe que no todo supuesto de trata implica un gran despliegue de medios y gran organización, lo que la ligaría irremisiblemente a los supuestos de criminalidad organizada. Existen casos de trata que se realizan singularmente. Así, por ejemplo, se sabe que mujeres Nigerianas que han sido previamente explotadas sexualmente dejan de serlo cuando consiguen pagar la deuda contraída con el tratante, y pasan a ser reclutadoras para así obtener ganancias, esto es, pasan de víctimas a autoras, y no siempre en el marco de una organización delictiva (KARA). Y lo mismo en casos de servidumbre doméstica, en que el siervo es traído individualmente al domicilio de quien posteriormente lo va a explotar singularmente por éste (BALES/SOODALTER). Sin embargo, un elevado porcentaje de supuestos de trata tienen que ver con la delincuencia organizada, por ello el abordaje de esta forma de criminalidad se efectúa, entre otros mecanismos, luchando contra la criminalidad organizada, y empleando técnicas de investigación y sanción relacionadas con este tipo de criminalidad. Así, en la propia reforma de 2010 se incluye una modificación del art. 282bis.4 LEcrim en virtud de la cual se considera que el delito de trata de personas integra un supuesto de delincuencia organizada a efectos de admitir la posibilidad de aplicar la técnica de investigación criminal de los agentes encubiertos.

En virtud de este tipo cualificado se impone la pena de prisión de ocho años y un día a doce años, a la que se añade la inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable pertenezca a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades. En caso de que concurra alguna de las circunstancias previstas en el núm. 4 del art. 177bis CP, dispone el precepto “se impondrán las penas en la mitad superior”, aunque sin indicar si se refiere a las penas previstas en el núm. 4 o las previstas en el núm. 5. A mi entender, pese a lo oscuro de la redacción, se trata de las penas previstas en el núm. 5, pues de otro modo no podríamos aplicar para este tipo agravado la

pena privativa de derechos, eso pese a que esta solución hace que no pueda ser tenido en cuenta el doble nivel agravatorio previsto en el propio art. 177bis.4 CP cuando concurra más de una agravante. Continúa diciendo el art. 177 bis.6 que en caso de concurrir la circunstancia prevista en el art. 177bis.5 se impondrán las “penas señaladas en éste en su mitad superior”. Aquí el legislador ha querido aclarar que el marco punitivo que toma como referencia es el del tipo agravado del núm.5 y no el del núm. 6, ello probablemente porque tratándose el sujeto activo de una persona que comete el delito prevaleciendo de su condición de funcionario, aunque integrado en una organización delictiva, ha preferido alzar la imposición de la pena de inhabilitación absoluta prevista en el art. 177bis.5 frente a la pena de inhabilitación profesional que contempla el primer inciso del art. 177bis.6 CP. Con la aplicación de dicha agravación, además de la pena de inhabilitación absoluta, la pena de prisión se moverá en un marco punitivo de diez años y un día a doce años, o de once años y un día a doce años si además concurren las agravaciones de primer nivel.

Las posibilidades de agravación previstas en el Código para este tercer nivel no terminan ahí, puesto que se prevé una ulterior vuelta de tuerca en la exasperación punitiva, cuando los autores o partícipes sean los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones, esto es, personas que formal o materialmente tengan mando en el seno de la organización. En tales casos las penas pueden escalar a las ya mencionadas en el párrafo anterior en su mitad superior, según los casos, pudiendo llegar a la pena inmediatamente superior en grado, esto es, a una pena de dieciocho años de prisión más la correspondiente inhabilitación. La imposición de la pena superior en grado resulta preceptiva en caso de que concurren las agravantes de primero y segundo nivel, esto es, las circunstancias contempladas en los núms. 4 y 5 del artículo.

Nuevamente, nada que objetar a la previsión de un tipo delictivo que cualifique la comisión de este delito hallándose integrado en una estructura organizada. Sin embargo, otra vez debe indicarse que la gravedad de la repuesta penal resulta quizá excesiva, no solo porque se parte de una pena correspondiente al tipo básico elevada en exceso, sino porque la agravación se construye sobre un concepto amplio de organización y asociación criminal. Dicho concepto es el establecido en la Decisión Marco 2008/842/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la Lucha contra la Delincuencia Organizada, semejante al ya previsto en la derogada Acción Común 98/733/JAI del Consejo. Se identifica (art. 1.1) con una “asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo y que actúa de manera concertada en el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años o con una pena aun más severa, con el objetivo de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material. Siendo que el concepto de asociación estructurada exige que la organización no haya sido formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito. Es partiendo de ese concepto como se concibe el tipo cualificado que nos ocupa, que incluso podría llegar a hacer referencia a una realidad más amplia a la aludida en la referida Decisión Marco, pues caben tanto los casos de asociación u organización delictiva permanente como transitoria, con lo que el peligro de que se acaben subsumiendo en este tipo cualificado todos los supuestos de coautoría es más que fundado.

### 3. Responsabilidad de las personas jurídicas en la trata de personas y confiscación de ganancias

Justamente con el objeto de dar cumplimiento a los mandatos establecidos sobre el particular, el núm. 7 del art. 177 bis CP establece los parámetros de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el delito de trata. Al respecto, tanto en los arts. 4 y 5 DM 2002/629/JAI como en el art. 22 Convenio de Varsovia, se prevé que las personas jurídicas respondan por la comisión del delito de trata, bien con la imposición de sanciones penales, bien de carácter civil o administrativo. En cuanto a la afirmación de dicha responsabilidad, ambos instrumentos jurídicos son muy semejantes, en el sentido de que la persona jurídica debe responder tanto cuando el delito de trata es cometido en su provecho por cualquier persona, actuando a título individual o como parte de un órgano de una persona jurídica cuando ostente un cargo directivo en la misma, o bien cuando el delito lo cometa quien, no ostentado cargo directivo, actúa en provecho de la persona jurídica, siempre que la comisión del delito haya sido posible gracias a la falta de vigilancia o control de quien ostenta autoridad sobre el actuante.

A ambas posibles situaciones a través de las que imputar responsabilidad penal a las personas jurídicas tras la reforma operada en 2010 se refiere el nuevo art. 31bis.1 CP, al que remite el artículo que ahora nos ocupa. Respecto de las infracciones imponibles a las personas jurídicas, la única obligación concreta derivada de los instrumentos antes dichos, además de la confiscación de ganancias que no sólo afecta a éstas, se refiere a la imposición de penas de multa de carácter penal o administrativo –art. 5 DM 2002/629/JAI-, siendo potestativa la imposición de otro tipo de sanciones. Nuestro Derecho interno cumple también con creces dicha exigencia, puesto que el núm. 7 del art. 177 bis CP aclara que a la persona jurídica se le impone una multa proporcional, del triple al quintuple del beneficio obtenido. No cabe duda de que el sistema de la pena de multa escogido es el proporcional y no el de cuotas porque se persigue con ello generar un cierto efecto confiscatorio de las ganancias obtenidas mediante un delito que puede llegar a ser muy lucrativo. El problema en este supuesto puede consistir en cuantificar el beneficio obtenido. Junto a tal sanción, de imposición preceptiva, se establece la posibilidad de aplicar las sanciones contenidas en las letras b) a g) del art. 33 CP. Éstas son, a imponer de acuerdo con las circunstancias del art. 66 bis CP, las de disolución, suspensión de sus actividades por plazo máximo de 5 años, clausura de los locales y establecimientos por un plazo no superior a cinco años –en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 23.4 Convenio de Varsovia-, prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito de manera temporal o definitiva, la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la seguridad social, por un máximo de quince años, y finalmente la intervención judicial.

Afortunadamente la redacción de este número del precepto se vió modificada durante la tramitación parlamentaria. Originariamente se prevenían menos sanciones imponibles a la persona jurídica, pero además, con una redacción que adolecía de importantes defectos. Dicha modificación se operó sobre la base de la enmienda núm. 443 presentada

por el Grupo Parlamentario Socialista al Proyecto, después incluida en la transacción incorporada en Comisión de Justicia. El más grave de los referidos defectos consistía en que se preveía la imposición a las personas jurídicas de la misma pena de multa imponible a las personas físicas que cometían el delito, cuando para éstas el Proyecto no preveía imposición de pena pecuniaria alguna. A diferencia de la remisión a la práctica totalidad de las sanciones previstas en el catálogo de penas para las personas jurídicas que incluye el texto finalmente aprobado, en origen únicamente se preveía la clausura temporal –eso sí, preceptiva- de los locales o establecimientos por tiempo de dos a cinco años. Finalmente, se preveía explícitamente entre las sanciones el comiso de bienes, productos y beneficios obtenidos directa o indirectamente con el delito.

Ciertamente, esta última referencia al comiso resultaba innecesaria. Probablemente el prelegislador la incluyera para hacer efectivo el mandato contenido en el art. 23.3 Convenio de Varsovia, que insta a las partes contratantes a que adopten las medidas legislativas o de algún otro tipo que resulten necesarias para que sea posible la confiscación o cualquier otra forma de incautación de los instrumentos y los productos de las conductas que deben ser penalizadas en relación con la trata, así como de los bienes cuyo valor corresponda a dichos productos. Esto es, se pretende, acudiendo a medidas que tiendan a privar de los beneficios obtenidos por el delito, prevenir generalmente su comisión, generando la sensación de que los beneficios se reducen, incrementándose los costes de la comisión del delito. Todo ello contando con que un peor resultado de la ponderación coste-beneficio lleve a posibles infractores a desistir de la comisión de estos delitos, tal como preconizan las teorías de la delincuencia basadas en la racionalidad del delincuente. Sin embargo, para transmitir ese mensaje, no era necesario que el tipo de la trata contuviera la específica mención al comiso. Para ello, resulta perfectamente factible acudir directamente a la institución del comiso del art. 127 CP, previsto entre las consecuencias accesorias. Dicha sanción ha resultado todavía más ampliada si cabe con la actual reforma de 2010, en que además de continuarse previendo el comiso de valor equivalente, se incorporan auténticas presunciones de procedencia patrimonial ilícita en algunos supuestos de delincuencia organizada, y además puede imponerse tanto en supuestos de responsabilidad criminal sólo de personas físicas, cuanto de éstas junto a personas jurídicas.

#### **4. Reincidencia internacional**

La orientación político-criminal consistente en criminalizar a nivel global estas conductas, estableciendo unos estándares mínimos a cumplir por las partes contratantes, cuando se trata de convenciones internacionales, y por los integrantes de la Unión en el caso de los instrumentos que proceden de Europa, se manifiesta no solamente en la aplicación de principios de extensión de la competencia más allá del territorio del Estado, sino también en la previsión de la reincidencia internacional. Así, el núm. 10 del art. 177 bis CP prevé que las condenas de Jueves o Tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza que los aquí previstos producirán los efectos de reincidencia. Con ello, el legislador español no hace más que reproducir disposiciones semejantes contenidas en la incriminación de otros ilícitos caracterizados usualmente porque su comisión a menudo la realizan organizaciones criminales que operan en el ámbito internacional, cual sucede en los delitos relativos a la prostitución (art. 190 CP), en el tráfico de drogas (art. 375 CP), en

el delito de falsedad de moneda (art. 388 CP) o en los delitos relacionados con la actividad de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas. Además, en el concreto caso de la trata de personas, con la inclusión de tal disposición se da cumplimiento a lo dispuesto en el art. 25 Convenio de Varsovia, que se refiere a la posibilidad de que en el marco de apreciación de la pena se tengan en cuenta las condenas anteriores firmes pronunciadas por Tribunales de otra parte firmante del convenio.

## **5. Exención de responsabilidad criminal a las víctimas de la trata por los delitos cometidos**

En el último de los núms. integrantes del art. 177 bis CP, el núm. 11, se prevé una excusa absolutoria o causa personal de levantamiento de pena a las víctimas de los delitos de trata por las infracciones penales que la víctima haya cometido en la situación de explotación sufrida, basada fundamentalmente en la inexigibilidad de conducta adecuada a derecho por parte de quien se hallare en dicha situación. Constituye una de las manifestaciones de la actual aproximación de carácter más centrado en la víctima, más integral y más acorde con los derechos humanos que se está dando a la trata de personas en los últimos instrumentos internacionales adoptados en la materia la previsión de dicha causa personal de levantamiento de pena (ASKOLA, OBOKATA), con independencia de que la víctima de la trata decida finalmente colaborar con la justicia penal. Entre otros motivos, porque además de ser más adecuado ese tratamiento desde el punto de vista del respeto a los derechos humanos de la víctima, puede contribuir a facilitar enormemente la denuncia de tales hechos el que la víctima no deba preocuparse acerca de la posible responsabilidad penal en que pueda incurrir al haberse visto involucrada en la comisión de hechos delictivos durante el proceso de la trata, con lo que más allá de un fundamento en la inexigibilidad también puede buscarse en razones político-criminales la base acerca de la previsión de esta exención.

Como una manifestación más de su aproximación desde la perspectiva de la víctima a la realidad de la trata, el art. 26 Convenio de Varsovia establece la obligación de que los Estados prevean, si bien con arreglo a los principios fundamentales de su sistema jurídico, la posibilidad de no imponer sanciones a las víctimas por haber tomado parte en actividades ilícitas cuando hayan sido obligadas a ello. En cumplimiento de dicha disposición, se explica la introducción del referido núm. 11 al art. 177bis CP. Constituye ésta una disposición que no se preveía en el texto del Proyecto, que se introdujo a lo largo de la tramitación parlamentaria por obra de la única enmienda transaccional admitida en la Ponencia que se ha introducido en el artículo, si bien sobre la base de la enmienda 443 presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, que apelaba al referido Convenio del Consejo de Europa en su motivación. Sin embargo, la redacción final del precepto es distinta a la que inicialmente concibiera este grupo parlamentario. Si bien según la inicial propuesta para la exención bastaba con que la víctima hubiera cometido los delitos de que se trate como consecuencia de su situación de explotación, en el texto definitivo se exige que dichas actividades delictivas se hayan cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas haya sido además consecuencia directa de la

situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida la víctima y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho cometido.

En relación con estas precisiones incluidas en la cláusula de levantamiento de pena específica, deben efectuarse dos consideraciones. La primera de ellas es que, pudiendo ser adecuado que el empleo de los medios coactivos, fraudulentos o abusivos propios de la trata se refieran también al hecho de determinar a la víctima a cometer el delito, lo que ya resulta más complejo de articular con la excusa es que se exija que las infracciones penales “se hayan cometido en la situación de explotación sufrida”. Ello fundamentalmente porque puede dar lugar a problemas caso de que se interprete en sentido restringido la situación de explotación; esto es, únicamente como aquella para la que principalmente es explotada la víctima. La experiencia nos demuestra que las víctimas son explotadas, en ocasiones sucesiva y en otras simultáneamente, en varios ámbitos, y podría darse perfectamente el caso de que una víctima, siendo objeto de explotación preferente, por ejemplo, sexual, sea, al mismo tiempo, esporádicamente obligada a traficar con drogas. Si en tal supuesto únicamente se entendiera como situación de explotación la sexual, cabría el peligro de que la causa de levantamiento de pena no abarcara a los delitos de tráfico de drogas eventualmente cometidos. La segunda de las cuestiones hace referencia a la exigencia de una adecuada proporcionalidad entre la situación de explotación con los medios mencionados y el hecho criminal realizado. La exigencia de proporcionalidad acerca demasiado el fundamento último de la causa de levantamiento de pena con el principio de interés preponderante, esencia última de las causas de justificación y que, por tanto, no debería resultar requerido en supuestos de inexigibilidad, que son los que el padecimiento continuado de una situación de trata y posterior esclavitud o servidumbre con empleo de tales medios puede provocar. Ello nos conduce a la necesidad de interpretar en sentido generoso, en bien de la víctima, la exigencia de proporcionalidad, sin limitarla a los estrechos límites de ponderación aplicados, por ejemplo, en el estado de necesidad. De no hacerlo así, puede prácticamente bloquearse la aplicación de esta cláusula. Ciertamente, en caso de que eso sucediera, siempre podría acudir a la eximente de miedo insuperable en la mayor parte de estos supuestos, pues explícitamente no se exige ponderación alguna del mal causado con el que amenaza en esta eximente, a pesar de que la jurisprudencia así lo haya exigido en ocasiones.

## 6. Relaciones concursales

Concluyo la exposición de los elementos del tipo delictivo contenido en el art. 177 bis CP con una sucinta referencia a la cláusula concursal *ad hoc* contenida en el artículo, concretamente en el núm. 9 del mismo. En su virtud, las penas previstas en ese artículo se imponen sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el artículo 318 bis y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación.

Con la previsión de semejante disposición, el prelegislador quiso clarificar básicamente la relación existente entre el delito de trata y el delito de tráfico de personas del art. 318 bis CP todavía subsistente. Sin embargo, durante la tramitación parlamentaria se aclaró a qué concretas acciones delictivas hacía referencia la expresión “y demás delitos cometidos”, a la que se añadió “incluidos los constitutivos de la correspondiente infracción”.

De conformidad, pues, con el precepto que nos ocupa, cabe afirmar la existencia de un concurso de delitos –normalmente ideal-, que no de normas, entre el delito de trata de personas del art. 177 bis CP y el delito de tráfico de personas del art. 318 bis CP. La afirmación de tal posibilidad puede ganar sentido siempre que se considere que en el segundo de estos delitos se protege el control de flujos migratorios y se sanciona el cruce ilegal de fronteras, que no viene exigido en el art. 177 bis CP. Sin embargo, lo que resulta discutible, siendo ello así, es que en el referido precepto se parifique en penalidad el tráfico de personas –que podría ser un supuesto de traslado ilegal producido en condiciones de indignidad en que no se emplean medios comisivos propios de la trata y no hay finalidad de explotación- con la inmigración clandestina y, sobre todo, que puede llegar a entrar en concurso la trata de personas con cualquiera de las conductas alternativamente contempladas en el art. 318 bis.1 CP, cuando pudiera llegar a defenderse que una de ambas todavía sigue incriminando un ilícito que implique una eventual afectación a la dignidad. Ello nos conduce, de *lege ferenda*, a defender la única solución respetuosa con los principios de fragmentariedad y mínima intervención, que es cumplir escrupulosamente los mínimos de tipificación penal derivados de los instrumentos comunitarios (contemplados en la Directiva 2002/90/CE), dejando la sanción del resto de conductas que tengan que ver con el cruce ilícito de fronteras en manos del Derecho administrativo sancionador. Mientras ello no suceda, lo único que por el momento debe aclararse es que puede caber el concurso de la trata con el tipo básico del delito de tráfico de personas, pero no con los tipos cualificados en éste previstos (CUGAT MAURI).

Del mismo modo que cabe afirmar que el delito de trata de personas puede entrar en concurso con el delito de tráfico de personas del art. 318 bis CP, el núm. 9 del art. 177 bis CP se ocupa de aclarar que puede entrar en concurso con los demás delitos efectivamente cometidos, se entiende que durante el proceso de trata, incluso los constitutivos de la correspondiente explotación. Con tal declaración el legislador adopta el criterio asumido por el Pleno de la Sala Segunda del TS en su acuerdo no jurisdiccional de fecha 2 de febrero de 2008, en relación con el concurso real entre el delito de tráfico de personas y el contemplado en el art. 188 CP cuando el tráfico ilegal iba seguido de la determinación coactiva a la prostitución. Ello implica, que el delito de trata entrará en concurso –generalmente medial- cuando se explote sexualmente a la víctima, con los delitos contemplados en los arts. 187, 188 y 189 CP, cuando se explote laboralmente a la víctima podrá concurrir con los delitos cometidos en los arts. 311 y ss. CP. En caso de que se haga cometer a la víctima delitos patrimoniales o de tráfico de drogas, el concurso de la trata se producirá con la inducción o la comisión en concepto de autor –generalmente mediato- de los correspondientes delitos contra el patrimonio o la salud pública. Finalmente, en los supuestos de trata para extracción de órganos en que finalmente el órgano sea extraído, el delito de trata entrará en concurso con el correspondiente delito de lesiones y, lo que resulta más discutible, incluso podría llegar a entrar en concurso con el delito de tráfico ilícito de órganos del art. 156 bis CP, conforme se ha defendido ya con base en esta disposición concursal *ad hoc* (GARCÍA ALBERO).

## VII. BREVE EXCURSO ACERCA DE LA INCRIMINACIÓN DE LA CONDUCTA DEL CONSUMIDOR/CLIENTE

En la estrategia de lucha contra la trata de seres humanos cuyo objetivo es atacar a las raíces del problema, esto es, que cifra el crecimiento de este fenómeno en la confluencia de factores que compelen a emigrar y de los denominados factores de llamada -uno de cuyos máximos exponentes es la demanda de personas explotadas (esclavos sexuales, trabajadores baratos, etc)-, se pretende incidir no solamente en los factores influyentes en los países de origen, sino también en los que alimentan el fenómeno desde los países de destino. Puesto que la demanda constituye uno de los factores esenciales que integran este segundo grupo, se considera que una forma de influir en la misma, reduciéndola, viene determinada por criminalizar el consumo de esta mercancía humana, tipificando la conducta de los consumidores de los servicios prestados por los nuevos esclavos (en tal sentido, BALES/SOODALER, ABADEER, en relación con la trata para explotación sexual, KARA) .

Siguiendo esta filosofía, el art. 6 del Convenio de Varsovia prevé, entre las medidas de prevención y cooperación, las instrumentales a desincentivar la demanda, favorecedora de todas las formas de explotación. Abundando en esta idea, entre las medidas a adoptar por las partes en el ámbito del Derecho penal material, en el art. 19 prevé la tipificación de la utilización de los servicios de una víctima. En concreto, establece que “las partes deberán prever la adopción de las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para conferir el carácter de infracción penal, con arreglo a su legislación interna, al hecho de utilizar los servicios que son objeto de la explotación contemplada en el art. 4 apartado a del presente Convenio con conocimiento de que la persona en cuestión es víctima de la trata de seres humanos”.

Pese a tal previsión del Convenio de Varsovia y pese a que en el delito de tráfico de órganos del art. 156 bis CP se incrimina la conducta del receptor del órgano que sea conocedor de su origen ilícito, no se ha introducido un precepto *ad hoc* que incrimine la conducta del consumidor o cliente connivente en el delito de trata de personas. Ello podría conducirnos a la precipitada idea de que el Código penal español no respeta lo establecido en el mencionado precepto del Convenio de Varsovia. Sin embargo, aunque ciertamente no tengamos un tipo que así lo establezca *ex profeso*, en distintos preceptos del Código penal español, contenidos fundamentalmente entre los delitos contra la libertad sexual y los delitos contra los derechos de los trabajadores, pueden incriminarse en su mayoría las conductas de los clientes conniventes.

En relación con los supuestos de explotación sexual, la incriminación del cliente de la prostitución forzada que es conocedor de las condiciones en que se efectúa esa prostitución se ha admitido que gane relevancia penal. Tal posibilidad se ha articulado a través de la incriminación de la conducta del cliente no sólo por la comisión del correspondiente delito de abuso o agresión sexual, sino también por la del propio delito de prostitución, del art. 187 o 188 CP, según los casos (de esta opinión ZUGALDÍA ESPINAR). También el Tribunal Supremo ha admitido, claramente desde el acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de 12 de

febrero de 1999, la responsabilidad del cliente del menor prostituido, aunque calificando los hechos alternativamente como abuso/agresión o bien como delito relacionado con la prostitución. Además, en lo que a la relevancia penal de la conducta del cliente de la prostitución de menores se refiere, la reforma de 2010 ha clarificado su responsabilidad por el propio delito de prostitución del art. 187 CP, habida cuenta de la conducta ahora incorporada al art. 187.1, segundo inciso, CP. Obsérvese que con la subsunción de los supuestos de consumo de prostitución coactiva no se está asumiendo una postura abolicionista, pues con ello no se pretende la incriminación del consumo de la prostitución libremente aceptada. En referencia al consumo de pornografía, también algunas conductas referidas al consumo de material pornográfico realizado con menores tienen relevancia penal conforme al art. 189 CP, aunque sólo cuando impliquen “posesión” de material pornográfico –de ahí la conveniencia de plantear de futuro una ampliación del tipo–, no así el consumo de material pornográfico en el que han sido empleados mayores de edad que han sido objeto de trata, conducta cuya incriminación quizá debería plantearse de futuro. También debería plantearse si el consumo de espectáculos exhibicionistas o pornográficos en vivo en que han sido empleados menores o adultos objeto de trata debería alcanzar relevancia penal, puesto que tampoco parece alcanzarla de acuerdo con la actual redacción del art. 189 CP. Finalmente, el consumo de servicios prestados por personas explotadas laboralmente será fácilmente incriminable sobre la base de los delitos contemplados en los arts. 311 y ss CP, toda vez que el referido consumidor sea a su vez el empleador.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABADEER, A.S.: *The Entrapment of the Poor into Involuntary Labor. Understanding the Worldwide Practice of Modern-Day Slavery*, Lewiston/Queenston/Lampeter, 2008.
- ALONSO ÁLAMO, M.: “¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual”, en *Revista Penal*, 19, 2007.
- AROMAA, K.; “Trafficking in Human Beings: Uniform Definitions for better measuring and for effective counter-measures”, en SAVONA, E./STEFANIZZI (eds), S.: *Measuring Human Trafficking: Complexities and Pitfalls*, New York, 2007.
- ARONOWITZ, A: *Human smuggling and Irregular Population Migration*, Westport/Connecticut/London, 2009.
- ASKOLA, H: *Legal responses to trafficking in women for sexual exploitation in the European Union*, Oxford/Portland Oregon, 2007.
- BADIA MART, A.M (Dir), ÁLVAREZ, M./BERZOSA, V./GÜELL, S./HUICI, L./ORTEGA, M./TORROJA, H.: *Recopilación normativa sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niñas*, Barcelona, 2008.

- BALES, K./SOODALTER, R.: *The slave next door. Human trafficking and slavery in America today*, Berkeley/LA/London, 2009.
- BALES, K./TRODD, Z./WILLIAMSON, A.K: *Modern Slavery. The secret of 27 milion people*, Oxford, 2009.
- BALES, K: *La nueva esclavitud en la economía global*, (traducc. Borrajo, F.), Madrid, 2000.
- BAUCCELLS LLADÓS, J. “El perfil criminológico del tráfico para la explotación sexual en España: un fenómeno viejo con características nuevas”, en GARCÍA ARÁN, M.: *Trata de personas y explotación sexual*, Granada, 2007.
- CARMONA SALGADO, C.: “Trata sexual de mujeres y prostitución forzada. Algunas notas críticas con motivo de la LO 11/2003”, en CARBONELL MATEU, J.C/DEL ROSAL BLASCO, B./MORILLAS CUEVA, L./ORTS BERENGUER, E./QUINTANAR DÍEZ, M, *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid, 2005.
- CARMONA SALGADO, C.; “La nueva regulación del tráfico ilegal de personas con fines de explotación sexual según la LO 11/2003: reflexiones críticas acerca de un injustificado despropósito legislativo”, en ZUGALDÍA ESPINAR, JM (Dir)/PÉREZ ALONSO, E. (Coord), *El derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*, Valencia, 2007.
- CARUSO, G: *Delitti di Schiavitù e Dignità Umana nella riforma degli art. 600, 601 e 602 del Codice Penale*, Padova, 2005.
- CUGAT MAURI, M.: “La trata de seres humanos: la universalización del tráfico de personas y su disociación de las conductas infractoras de la política migratoria (arts. 177 bis, 313, 318 bis)”, en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *La reforma penal de 2010*, Cizur Menor, 2010.
- DAUNIS RODRÍGUEZ, A: “Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas”, en *Indret*, 1/2010.
- DAUNIS RODRÍGUEZ, *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*, Granada, 2009.
- DE LEÓN VILLALBA, F.J.: *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, Valencia, 2003.
- EISELE, en SCHÖNKE, A./SCHRÖDER, H./CRAMER, P.: *Strafgesetzbuch Kommentar*, München, 2006.

- GARCÍA ALBERO, R.: “El nuevo delito de tráfico de órganos (art. 156 bis)”, en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *La reforma penal de 2010*, Cizur Menor, 2010.
- GARCÍA ARAN, M., “Los tipos penales acogedores del tráfico de personas”, en GARCÍA ARÁN, M.: *Trata de personas y explotación sexual*, Granada, 2007.
- GARCÍA GARCÍA, C.: *El derecho a la intimidad y la dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Murcia, 2003.
- GÓMEZ NAVAJAS, J.: “Inmigración ilegal y delincuencia organizada” en ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. (Dir)/PÉREZ ALONSO, E. (Coord), *El derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*, Valencia, 2007.
- GUARDIOLA LAGO, M.J.: *El tráfico de personas en el derecho penal español*, Cizur Menor, 2007.
- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I.: *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Madrid, 2005.
- KANGASPUNTA, K.: “Collecting Data on Human Trafficking: Availability, Reliability and Comparability of Trafficking Data”, en SAVONA, E./STEFANIZZI (eds), S.: *Measuring Human Trafficking: Complexities and Pitfalls*, New York, 2007.
- KARA, S.: *Sex Trafficking. Inside the business of Modern Slavery*, New Cork, 2009.
- LACKZO, F.: “Data and Research on Human Trafficking”, en LACKZO, F/GOZDZIAK, E. (eds), *Data and Research on Human Trafficking: a global survey. Offprint of the Special Issue of International Migration vol., 43 (1/2) 2005*, IOM, 2005.
- LACZKO, F.: “Enhancing Data Collection and Research on Trafficking in Persons”, en SAVONA, E./STEFANIZZI, S. (eds), S.: *Measuring Human Trafficking: Complexities and Pitfalls*, New York, 2007.
- LAURENZO COPELLO, P. “La proteccion penal de los ciudadanos extranjeros”, en *Revista de Derecho penal y criminología*, 12 (2003).
- LEE, M.: “Introduction: Understanding human trafficking”, en LEE, M (ed.), *Human trafficking*, Cullompton-Devon, 2007.
- MAQUEDA ABREU, M.L.: “¿Cuál es el bien jurídico protegido en el nuevo artículo 318 bis, 2?. Las sinrazones de una reforma”, en *RDPP*, 11, 2004.
- MAQUEDA ABREU, M.L.: «El tráfico de personas», *Jueces para la democracia*, núm. 38, 2000.

- MAQUEDA ABREU, M.L: *El tráfico sexual de personas*, Valencia, 2001.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. *La inmigración como delito. Un análisis político-criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del art. 318 bis CP*: Barcelona, 2007.
- MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: *Los delitos contra la integridad moral*, Valencia, 1999.
- OBOKATA, T.; *Trafficking of Human Beings from a Human Rights Perspective: Towards a Holistic Approach*, Leiden/Boston, 2006.
- PÉREZ ALONSO, E. *Tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina*, Valencia, 2008.
- PÉREZ ALONSO, E., “Regulación internacional y europea sobre el tráfico ilegal de personas”, en ZUGALDÍA ESPINAR, J.M/PÉREZ ALONSO, E.J, *El derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*, Valencia, 2007.
- PÉREZ ALONSO, E.: *Tráfico de personas e inmigración clandestina (un estudio sociológico internacional y jurídico-penal)*, Valencia, 2008.
- PÉREZ CEPEDA, A.I: *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, Granada, 2004.
- PÉREZ MACHÍO, A.I: *El delito contra la integridad moral del artículo 173.1 del vigente Código penal. Aproximación a los elementos que lo definen*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2005.
- POZUELO PÉREZ, L.: “Tráfico de personas y explotación sexual”, en BACIGALUPO, S./CANCIO MELIÁ, M. (coords): *Derecho Penal y política transnacional*, Barcelona, 2005.
- PRIETO ÁLVAREZ, T.: *La dignidad de la persona. Núcleo de la moralidad y el orden públicos, límite al ejercicio de las libertades públicas*, Madrid, 2005.
- REBOLLO VARGAS, R./CUGAT MAURI, M./RODRIGUEZ PUERTA. M.J., “Normativa internacional y Derecho comparado”, *Trata de personas y explotación sexual*, en GARCÍA ARÁN, M.: *Trata de personas y explotación sexual*, Granada, 2006.
- RECHEA ALBEROLA, C./GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A.: «Una aproximación al tráfico de mujeres con fines de explotación sexual en España», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 80, 2003.

- REPETSKAIA, A.: “Classifying the Elements of Human Trafficking Crimes”, en STOECKER, S./SHELLEY, L: *Human traffic and Transnational Crime*, Lanham/Boulder/New York/Toronto/Oxford, 2005.
- RIJKEN, C., *Trafficking in Persons. Prosecution from a european perspective*, The Hague, 2003.
- RODRÍGUEZ MESA, M.J: *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Valencia, 2001.
- RODRÍGUREZ MESA, M.J., *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, Granada, 2000.
- SANCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. “Protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros (Con atención a las reformas introducidas por las L.O. 15/2003 y 11/2003)”, en CARBONELL MATEU, J.C/DEL ROSAL BLASCO, B./MORILLAS CUEVA, L./ORTS BERENGUER, E./QUINTANAR DÍEZ, M, *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid, 2005.
- SCARPA, S: *Trafficking in Human beings: modern slavery*, Oxford, 2008.
- SEGRAVE, M./MILIVOJEVIC, S./PICKERING, S.: *Sex Trafficking. International context and response*, Cullompton/Devon, 2009.
- SERRA CRISTÓBAL, R./LLORIA GARCÍA, P.: *La trata sexual de mujeres. De la represión del delito a la tutela de la víctima*, Madrid, 2007.
- SERRA CRISTÓBAL/LLORIA GARCÍA, *La trata sexual de mujeres. De la represión del delito a la tutela de la víctima*, 2007.
- STEFANIZZI, S.: “Measuring the non-measurable: towards the development of indicators for measuring human trafficking”, en SAVONA, E/STEFANIZZI (eds), S.: *Measuring Human Trafficking: Complexities and Pitfalls*, New York, 2007.
- TERRADILLOS BASOCO, J.M.: “Trata de seres humanos”, en ÁLVAREZ GARCÍA, J./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L: *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Valencia, 2010.
- TERRADILLOS BASOCO, J.M: “Reflexiones y propuestas sobre inmigración”, en *Indret*, 1/2010.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C. “Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas”, en *Revista Penal*, núm. 14, 2004.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C. “El “nuevo” delito de tráfico de personas”, *La Ley*, 2004.

- 
- VILLACAMPA ESTIARTE, C. “Normativa europea y regulación del tráfico de personas en el Código Penal español”, en RUIZ RODRIGUEZ, L./RODRIGUEZ MESA, M.J.: *Inmigración y sistema penal*, Tirant lo Blanch, 2006.
  - ZHANG, S.X.: *Smuggling and trafficking in human beings. All roads lead to America*, Westport/Connecticut/London, 2007.
  - ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “Los delitos relativos a la prostitución como delitos de peligro abstracto contra la libertad sexual: consecuencias concursales para el proxeneta y el cliente”, en *Dogmática Penal y Ley Penal, LH a Enrique Bacigalupo*, t.II, Madrid, 2004.