

**“La trata de personas en el derecho penal.
Derecho internacional, comparado y español”**



**Marta Hernández
Álvarez**

**“La trata de personas en el derecho penal.
Derecho internacional, comparado y español”**

Marta Hernández Álvarez

Estos papeles de discusión del IELAT están pensados para que tengan la mayor difusión posible y que, de esa forma, contribuyan al conocimiento y al intercambio de ideas. Se autoriza, por tanto, su reproducción, siempre que se cite la fuente y se realice sin ánimo de lucro. Los documentos son responsabilidad de los autores y su contenido no representa necesariamente la opinión del IELAT. Están disponibles en la siguiente dirección: [Http://www.ielat.es](http://www.ielat.es)

Instituto de Estudios Latinoamericanos
Universidad de Alcalá
C/ Trinidad 1
Edificio Trinitarios
28801 Alcalá de Henares – Madrid
www.ielat.es
ielat@uah.es

Consultar normas de edición en el siguiente enlace:
<http://www.ielat.es/inicio/repositorio/Normas%20Working%20Paper.pdf>

DERECHOS RESERVADOS CONFORME A LA LEY
Hecho en España
Made in Spain
ISSN 2254-1551

Consejo Editorial

M^a. Cecilia Fuenmayor
Eduardo Guillén Navarro
Manuel Lucas Durán
Mercedes Martín Manzano
Pedro Pérez Herrero
Eva Sanz Jara
Inmaculada Simón
Lorena Vásquez González
Guido Zack

**“La trata de personas en el derecho penal.
Derecho internacional, comparado y español”**

Resumen

La trata de personas es uno de los delitos más lucrativos en el mundo, siendo la perfecta evidencia de que el comercio y explotación de los seres humanos no es algo del pasado. Esta forma de esclavitud moderna afecta a personas en todo el mundo en cualquiera de sus modalidades de explotación; siendo éstas la explotación sexual, el trabajo forzoso y la mendicidad ajena entre otros. En los últimos años se han producido importantes avances legislativos en todos los ámbitos tanto del Derecho internacional, como en el Derecho europeo y por supuesto, en el Ordenamiento español. El objeto de este trabajo es analizar, tras un recorrido sobre los antecedentes y el concepto actual de trata, la regulación penal que se da de este delito; partiendo de los instrumentos internacionales, europeos y supraeuropeos hasta llegar a la reciente regulación penal del delito de trata en nuestro país.

Palabras clave:

Trata de personas, explotación sexual, trabajo forzoso, mendicidad.

Abstract

Human trafficking is one of the most lucrative crimes in the world. It is perfect evidence that trade and exploitation of human beings are still occurring. This form of modern slavery affects people around the world in all its forms of exploitation. These include sexual exploitation, forced labor and begging, among others. Over the last few years there has been important legislative progress in whole areas of international, European and Spanish law. The purpose of this dissertation is to analyze the criminal regulation of human trafficking, after reviewing the history and studying contemporary cases of this crime. This dissertation goes from the international, European and supraeuropean legal documents up to the current criminal regulation of trafficking crimes in our country.

Key words:

Human trafficking, sexual exploitation, forced labor, begging.

ÍNDICE GENERAL

ÍNDICE DE ABREVIATURAS	4
INTRODUCCIÓN	6
CONSIDERACIONES METODOLÓGICAS	8

PRIMERA PARTE: DERECHO COMPARADO E INTERNACIONAL

I.- CONCEPTO NORMATIVO INTERNACIONAL DE TRATA DE SERES HUMANOS	10
II.- LAS CAUSAS DE LA TRATA DE PERSONAS	13
III.- NORMATIVA INTERNACIONAL Y REGIONAL	15
1. Antecedentes legislativos	16
2.- Aproximación a la trata en la normativa internacional vigente	19
a) Trata de personas y migración:	20
b) Trata de seres humanos y mercado internacional del trabajo.	22
c) Trata de seres humanos y esclavitud.	24
3.- Normativa específica relativa a la trata	27
4.- Unión Europea	33
5.- Consejo de Europa	42
IV.- LEGISLACIÓN INTERNA PAÍSES EUROPEOS	49
1.- Alemania	49
2.- Italia	52
3.- Portugal	55
4.- Francia	56
5.- Gran Bretaña	58

SEGUNDA PARTE: TRATAMIENTO JURÍDICO DEL DELITO DE TRATA DE PERSONAS EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL.

I.- INTRODUCCIÓN	61
II.- EVOLUCIÓN LEGISLATIVA	62
III.- REGULACIÓN ACTUAL:	65
1.- La universalización del delito	67
2.- Bien jurídico protegido	68
4.- Conductas típicas	75

5.- Medios Comisivos. _____	79
6.- Tipo subjetivo, finalidades de la explotación. _____	83
a) Imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre y mendicidad.	85
b) La explotación sexual, incluida la Pornografía.	89
c) La extracción de los órganos corporales.....	93
7.- Penalidad. _____	94
8.- Tipos cualificados del delito. _____	95
8.1.- Tipos cualificados en atención a la víctima. _____	95
a) Puesta en grave peligro de la víctima	95
b) Víctima menor de edad	96
c) Víctima especialmente vulnerable por razón de enfermedad, discapacidad o situación.....	97
8.2.- Tipos cualificados en consideración al sujeto activo. _____	97
9.- Responsabilidad de las personas jurídicas. _____	104
10.- Actos preparatorios _____	106
11.- Cláusula concursal _____	107
12.- Reincidencia Internacional _____	109
13.- Excusa absolutoria _____	109
IV.- CONCLUSIONES FINALES _____	112
V.- CONSIDERACIÓN FINAL _____	114
BIBLIOGRAFÍA GENERAL _____	116
NORMATIVA INTERNACIONAL DE ÁMBITO EXTRAEUROPEO CITADA _____	120
ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS _____	122

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

Apdo.	=Apartado
Art.	=Artículo
CEDAW	= Committee on the Elimination of Discrimination against Women
CEDH	=Convenio Europeo de Derechos Humanos
Convención	=Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional
Convenio de Varsovia	=Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha Contra la Trata de Seres Humanos
CP	=Código Penal
CPf	=Código Penal francés
CPi	=Código Penal italiano
CPp	=Código Penal portugués
DDHH	=Derechos Humanos
DM	=Decisión Marco
Ed.	=Edición
FGE	=Fiscalía General del Estado
GRETA	=Grupo de expertos contra la trata de seres humanos
LEcrim	=Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO 10/1995	=Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal
LO 4/2000	=Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social
LO 11/2003	=Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros
LO 13/2007	=Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas
LO 5/2010	=Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica del Código Penal
LO 10/1995	=Ley Orgánica, de 23 de noviembre, del Código Penal
LOPJ	=Ley Orgánica del Poder Judicial
OIM	=Organización Internacional para las Migraciones
OIT	=Organización Internacional del Trabajo
ONG	=Organización No Gubernamental
ONU	=Organización de las Naciones Unidas
Pag.	=Página
Protocolo de Palermo	=Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la Trata de Personas, especialmente de Mujeres y Niños que complementa el Convenio de Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional Organizada
RAE	=Real Academia Española
RD	=Real Decreto

RJ	=Repertorio de jurisprudencia Aranzadi
SAP	=Sentencia Audiencia Provincial
StGB	=Strafgesetzbuch
STS	=Sentencia Tribunal Supremo
TEDH	=Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	=Tribunal Supremo
TSJ	=Tribunal Superior de Justicia
TSJE	=Tribunal Superior de Justicia Europeo
UE	=Unión Europea
§	=Artículo/ párrafo

INTRODUCCIÓN

La trata de personas o la también denominada esclavitud del S. XXI es una de las prácticas más aberrantes existentes en nuestro días; tras siglos de lucha con el único objetivo de reconocer la libertad del ser humano como un bien intrínseco e inalienable al mismo, nos encontramos con que pese a los esfuerzos internacionales por asegurar el ejercicio libre de la autonomía de la voluntad y la condena y prohibición de todas las prácticas consideradas como “odiosas” a nivel internacional, entre las que se incluyen en primera línea aquellas consistentes en ejercer el derecho de propiedad sobre cualquier ser humano, millones de personas son objeto de trata en todas las partes del mundo.

Esclavitud y trata no son términos idénticos, pero sí similares siendo la esclavitud y las formas análogas a la misma algunas de las posibles formas de explotación a las que se destina la trata. Según Kevin Bales, presidente de la organización **Free the Slaves** con sede en Washington D.C, se calcula que en la actualidad hay más de 27 millones de esclavos, una cantidad superior al total de los africanos que fueron trasladados a América durante el tráfico trasatlántico de esclavos; una cifra cuanto menos conmovedora teniendo en cuenta los supuestos avances tecnológicos, sociales, económicos... de los que se jactan las sociedades contemporáneas en las que, sin embargo, continúan practicándose formas de esclavitud sexual, doméstica, laboral, entre otras. La trata de personas no es un fenómeno desconocido ni difícil de reconocer, no es una situación lejana que únicamente se da en lugares marginales o en culturas “atrasadas” a nuestros ojos, sino que es un fenómeno aterradoramente presente y cercano, que se da en todas y cada una de las culturas y sociedades incluso en las consideradas más “avanzadas”. La trata de personas es uno de los negocios más lucrativos existentes en la actualidad, en el cual se mueven cantidades enormes de dinero llegando a convertirse en el negocio más rentable tras el tráfico de drogas y el de armas, así como su práctica a nivel internacional por organizaciones criminales dedicadas al mismo, afectando a miles de seres humanos especialmente mujeres y niños.

El problema que representa la trata de personas como fenómeno mundial está íntimamente ligado a las políticas migratorias de los Estados, siendo uno de los factores determinantes las restricciones fronterizas y migratorias llevadas a cabo por los estados, además de factores como la pobreza, violencia de género, inseguridad, etc.

El interés por el fenómeno de la trata surge de mi experiencia como voluntaria en diversas organizaciones no gubernamentales destinadas al apoyo y ayuda de

inmigrantes en nuestro país, tuve la oportunidad de realizar las prácticas de la Licenciatura de Derecho en la Red Acoge realizando labores de asesoramiento a inmigrantes, desde entonces he rotado por diversas Asociaciones similares en la que he podido constatar la estrecha relación entre la inmigración y la trata desde situaciones de explotación laboral basadas en la obligación de pagar una deuda interminable por facilitar el dinero necesario para viajar al lugar de destino, pasando por la práctica de matrimonios concertados a cambio de una cantidad dineraria y una serie de “condiciones” adicionales; así como la explotación sexual en condiciones infrahumanas con un control absoluto sobre la voluntad de la víctima; hasta el testimonio de un denominado “capitán de patera” cuyo cometido no era otro que facilitar el transporte a las víctimas previo pago de la cantidad de dinero acordada, qué si bien se trata de un delito de tráfico y no de trata, en numerosas ocasiones, ambos se encuentran estrechamente ligados.

El objetivo del presente trabajo es ofrecer una visión panorámica de la trata de personas desde la perspectiva del Derecho Penal dado que se trata de un delito relativamente reciente en lo que al reconocimiento del mismo se refiere en nuestro entorno.

La primera parte del estudio establece la regulación del delito de trata desde el Derecho Internacional, partiendo de los instrumentos creados por las Naciones Unidas, pasando por el Consejo de Europa, llegando a la regulación por parte del Derecho Comunitario para finalizar con una breve referencia a las normativas llevadas a cabo al respecto por los países de nuestro entorno. Estos instrumentos ofrecen una regulación y conceptualización de este delito de obligada aplicación en los Estados que forman parte de los mismos, aunque como podemos comprobar, en muchas ocasiones los estados no cumplen los preceptos impuestos por el Derecho internacional creando lagunas punitivas y dejando sin efecto los esfuerzos de la Comunidad Internacional por solventar este gran problema.

La segunda parte del presente trabajo se centra en la reciente regulación del delito de trata establecida en nuestro ordenamiento tras la reforma del CP mediante la LO 5/2010. España se situaba entre los estados más atrasados en cuanto al cumplimiento de las exigencias internacionales a las que venía obligada. Teniendo en cuenta que nuestro país constituye un destino común y habitual de la trata de personas con la consiguiente explotación a la que viene avocada, sorprende cuanto menos la escasa respuesta normativa que hasta este momento se había dado al fenómeno de la trata; si bien esta situación, por suerte ha sido superada por la nueva regulación del CP en la cual se dedica un título a la ordenación de este delito; en cuyo caso hacemos referencia a la legislación inmediatamente anterior así como a la respuesta jurisprudencial ofrecida a cada caso concreto con el fin de ofrecer un

enfoque lo más amplio posible acerca de la incidencia del delito de trata en nuestro país, su respuesta punitiva y las soluciones ofrecidas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

CONSIDERACIONES METODOLÓGICAS

Comenzamos el presente trabajo estableciendo las delimitaciones conceptuales del delito de trata ofrecidas por los instrumentos internacionales de ámbito Extracomunitario y Supracomunitario por una parte y de Derecho Europeo por otra; siendo estos la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional junto con sus dos Protocolos firmada en Palermo en el año 2000, el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la Trata de Seres Humanos firmado en Varsovia en 2005 y la Decisión Marco 2002/629/JAI relativa a la lucha contra la Trata de Seres Humanos así como la reciente Directiva 2011/36/UE que deroga la anterior. Posteriormente, acudimos a las legislaciones de algunos países europeos como Alemania, Italia, Francia, Portugal e Inglaterra al objeto de ofrecer los diferentes enfoques que se dan al delito de trata aun cumpliendo con los mandatos internacionales y europeos teniendo en cuenta las peculiaridades de cada ordenamiento.

En cuanto a la regulación española, en primer lugar realizamos un breve recorrido legislativo histórico que desemboca en el análisis del presente art. 177 bis CP en el cual venimos a exponer las diferencias con respecto al precepto anterior del art. 318 bis 2 CP cuyo estudio puede aplicarse a determinados aspectos de la regulación actual. Para ello acudimos a opiniones doctrinales y jurisprudenciales que ofrecen una interpretación válida en lo referente a aspectos como el bien jurídico protegido o la aplicación de las reglas concursales pertinentes, haciendo especial incidencia en el nuevo significado del concepto de Justicia Universal introducido por el art. 23.4 de la vigente LOPJ; finalizando con aspectos tan esenciales como las modificaciones operadas por la ya mencionada reforma del CP con respecto al concepto de “delincuencia organizada”, concepto clave dentro de este delito, así como la visión crítica de las penas impuestas al delito de trata considerando estas excesivas en relación, por ejemplo, con las penas establecidas para cada uno de los supuestos de explotación a los que la trata viene destinada.

Para el análisis del delito de trata en el Derecho Penal español acudimos al estudio del mismo desde la combinación de las perspectivas dogmática y político-criminal, teniendo en cuenta que España cumple fundamentalmente con los requerimientos de la normativa internacional en punto a la incriminación de este tipo de conductas pese a que aún se haya lejos de cumplir con los estándares relativos a la prevención de estos delitos y la protección de las víctimas. La exposición se completa

tanto por aquellas medidas emprendidas en el campo legislativo enderezadas a la protección de las víctimas de trata de personas, cuanto con las acciones de carácter político e institucional emprendidas en nuestro país cuya finalidad venga circunscrita por la lucha contra esta actividad delictiva combinado todo ello con la perspectiva dogmática del delito a través de la cual hemos atendido a los principios doctrinales como medio principal para interpretar el sentido de la norma jurídica, en concreto, del delito de trata de personas.

Las principales fuentes bibliográficas utilizadas para la realización de este trabajo han sido:

-En primer lugar, los textos legales internacionales, europeos y españoles. A través de los cuales se va creando un análisis más exhaustivo a medida que se desciende desde la regulación general ofrecida por los organismos internacionales hasta la regulación propia establecida en nuestro Derecho interno.

-En segundo lugar, aquellos informes y documentos emitidos por entes públicos al objeto de clarificar lo dispuesto en las normativas, tales como los informes presentados por la ONU o las circulares emitidas dentro de nuestro propio ordenamiento por la fiscalía general del estado.

-En tercer lugar y al objeto de ofrecer las diversas opiniones doctrinales en cuanto a la interpretación y aplicación de los instrumentos normativos referenciados, acudimos a una serie de manuales tanto de Derecho Penal en su Parte General, así como aquellos relativos a la Parte Especial concretamente a la referida al delito de Trata de Personas.

-En cuarto lugar, los artículos doctrinales especializados publicados en importantes revistas jurídicas, nos han aportado un conocimiento más profundo en temas muy específicos como el Principio de Justicia Universal o la pertenencia a una organización criminal.

-En quinto y último lugar, la referencia a la jurisprudencia citada se basa principalmente en la utilización de la doctrina creada por el Tribunal Supremo al objeto de solventar todas aquellas dudas generadas por los conceptos jurídicos indeterminados o las lagunas legislativas creadas por una incorrecta técnica legislativa, como por ejemplo la determinación de la existencia o no del dolo eventual en el delito de trata o la consideración del alterne como actividad relacionada con la prostitución, entre otras cuestiones. Al respecto cabe señalar que hemos utilizado la jurisprudencia establecida para la regulación anterior a la reforma en al que no existía un delito de trata como tal pero que es aplicable “mutatis mutandis” a la actual regulación.

PRIMERA PARTE: DERECHO COMPARADO E INTERNACIONAL

I.- CONCEPTO NORMATIVO INTERNACIONAL DE TRATA DE SERES HUMANOS

El delito de trata se asocia a otras infracciones en las que el individuo queda reducido a la condición de objeto, pertenencia o utilidad de otro sujeto que le niega su dignidad más básica, tal como ocurre con el delito de violencia habitual o con el de tortura.

En diciembre del 2000, tanto la OIM como la ONU adoptaron la definición de trata de personas surgida del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la Trata de Personas Especialmente Mujeres y Niños, más conocido como Protocolo de Palermo firmado junto a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. El cual en su art. 3 del citado Protocolo expresa que “por trata de personas se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otras, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, 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”. El Protocolo mencionado también aclara que el consentimiento de la víctima no se tendrá en cuenta cuando se haya realizado por algunos de los mecanismos descritos en la definición y que la captación, transporte y la acogida o recepción de un niño con fines de explotación se considera también trata de personas incluso cuando no se haya utilizado ninguno de los medios enunciados; entendiéndose por “niño” toda persona menor de 18 años.

Esta definición no ha sufrido modificaciones importantes en ninguno de los documentos posteriormente emitidos a nivel europeo, ni siquiera en el seno de la Unión Europea, cabe mencionar respecto a esta última, la definición ofrecida por la Decisión Marco del Consejo Europeo de 19 de julio de 2002, en la cual, se incluye entre las conductas típicas el intercambio o el traspaso de control sobre la persona, excluyéndose como posible finalidad de explotación, la extracción de órganos, por lo que en esta definición, el elemento transnacional no es determinante ni tampoco que la

conducta se realice en el marco de la delincuencia organizada¹ (Decisión Marco del Consejo, art. 1, 2002). Dicha Decisión Marco ha sido recientemente sustituida por la Directiva 2011/36/UE en cuyo caso mantiene la definición contenida en la anterior.

Por su parte, en el Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha Contra la Trata de Seres Humanos, firmado en Varsovia el 16 de mayo de 2005, el concepto que ofrece de la Trata de seres humanos no difiere prácticamente del ofrecido por el Protocolo de Palermo, únicamente se refiere a la “contratación” en lugar de la “captación” y a la “acogida” en lugar de la “recepción” y de incluir nuevamente la extracción de órganos entre las finalidades de explotación (Convenio Consejo de Europa, art. 4, 2005)².

En base a la definición de trata podemos observar una serie de elementos fundamentales:

En primer lugar, los actos, es decir, captación, transporte, traslado, acogida o recepción de personas. Aunque muchas veces las víctimas son trasladadas del país de origen a otro, de tránsito o destino, no siempre es así. La trata también puede darse dentro de un mismo país. Este elemento hace referencia a la idea de la trata como

¹ El Art. 1 de la DECISIÓN MARCO DEL CONSEJO de 19 de julio de 2002 relativa a la lucha contra la trata de seres humanos (2002/629/JAI) establece “1. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de los actos siguientes: la captación, el transporte, el traslado, la acogida, la subsiguiente recepción de una persona, incluidos el intercambio o el traspaso del control sobre ella, cuando: a) se recurra a la coacción, la fuerza o la amenaza, incluido el rapto, o b) se recurra al engaño o fraude, o c) haya abuso de autoridad o de situación de vulnerabilidad, de manera que la persona no tenga una alternativa real y aceptable, excepto someterse al abuso, o d) se concedan o se reciban pagos o beneficios para conseguir el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona, con el fin de explotar el trabajo o los servicios de dicha persona, incluidos al menos el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o la servidumbre, o con el fin de explotar la prostitución ajena o ejercer otras formas de explotación sexual, incluida la pornografía.
2. El consentimiento de una víctima de trata de seres humanos a la explotación, prevista o consumada, no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a los medios indicados en el apartado 1.
3. Cuando la conducta a que se hace referencia en el apartado 1 afecte a un niño, constituirá delito punible de trata aun cuando no se haya recurrido a los medios indicados en el apartado 1.
4. A efectos de la presente Decisión marco, se entenderá por «niño» toda persona menor de 18 años.

² El Convenio del consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de seres humanos de 16 de mayo de 2005, establece en su Art. 4 “Para los fines del presente Convenio: a) La expresión «trata de seres humanos» designa la contratación, el transporte, el traslado, el alojamiento o la acogida de personas mediante amenazas de recurrir a la fuerza, recurso a la fuerza o cualquier otra forma de obligación, mediante rapto, fraude, engaño, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad o mediante la oferta o la aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra con fines de explotación. La explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena o bien otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos; b) El consentimiento de una víctima de la «trata de seres humanos» ante una posible explotación, tal y como se define en el párrafo (a) del presente artículo, se considerará irrelevante cuando se utilice uno cualquiera de los medios enunciados en el párrafo (a); c) la contratación, el transporte, el traslado, el alojamiento o la acogida de un niño con fines de explotación tendrán la consideración de «trata de seres humanos», aunque no apelen a ninguno de los medios enunciados en el párrafo (a) del presente artículo; d) el término «niño» designa a toda persona de menos de dieciocho años de edad; e) el término «víctima» designa a toda persona física sometida a la trata de seres humanos tal y como se define en el presente artículo.

proceso, es decir, en la acción se describe la conducta desde que la víctima es captada, pasando por el transporte y el traslado, hasta la acogida o la recepción en su lugar de destino, refiriéndose también a este fenómeno en cuanto a traspaso de poder sobre una persona, asimismo incluyéndose supuestos de trata interna así como aquellos casos en los que el traslado geográfico carece de relevancia.

En segundo lugar, los medios siendo estos amenaza, uso de la fuerza, coacción, engaño, abuso de poder, abuso de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra.

En muchas ocasiones existe una combinación violenta de engaño, coacción y fuerza. Estos medios comisivos se refieren a los supuestos de trata forzada, entre los que se engloban, el empleo de la coacción, la amenaza o fuerza, incluyéndose el rapto; los supuestos de trata fraudulenta, refiriéndose al uso de fraude o de engaño; y finalmente el supuesto de la trata abusiva, en el cual se dan situaciones de abuso de poder o abuso de una situación de vulnerabilidad de la víctima.

En tercer y último lugar, el propósito de explotación sexual, laboral, servidumbre o extracción de órganos. La trata no se limita, por tanto, a casos en los que el objetivo es la explotación sexual de las víctimas, incluido el turismo sexual, sino que puede tener como objetivo cualquier trabajo forzado o realizado en condiciones de esclavitud como, por ejemplo, el trabajo en maquilas, talleres clandestinos, en la agricultura, en la mendicidad, la servidumbre en el trabajo doméstico. También se dan casos de trata para el tráfico de órganos. En todos los casos, las víctimas, en su mayoría mujeres y niñas, son tratadas como “mercancías” propiedad de los traficantes, sufriendo la violación de sus derechos humanos. En ocasiones, las víctimas de trata, especialmente los menores, pueden pasar de un tipo de explotación a otro dentro de una misma red. En relación a la finalidad, el Protocolo anejo a la Convención de Palermo, deja abierto el elenco de posibles finalidades de explotación de la trata.

En el caso de que la víctima de trata sea un menor de 18 años, no se requiere el empleo de ninguno de los medios coercitivos señalados, sino que basta con la realización de alguna de las acciones antes indicadas (Villacampa, 2011: 35).

En síntesis, el concepto normativo de trata de seres humanos viene recogido tanto en el Protocolo de Palermo emitido por las Naciones Unidas en el año 2000, en el Convenio del Consejo de Europa de 2005 y en la normativa europea siendo el referente más reciente la Directiva 2011/36/UE. Las notas características del concepto de trata son los actos: captación, transporte, traslado, acogida o recepción de personas; los medios comisivo: amenaza, uso de la fuerza, coacción, engaño, abuso de poder, abuso de una situación de vulnerabilidad y el propósito de explotación: sexual, laboral, servidumbre o extracción de órganos.

II.- LAS CAUSAS DE LA TRATA DE PERSONAS

Kevin Bales, presidente de la organización **Free the Slaves** con sede en Washington, D.C. describe los tres factores clave del fenómeno de trata: “El primero de ellos es la explosión demográfica que ha inundado los mercados laborales del mundo con millones de personas pobres y vulnerables. El segundo es la revolución de la globalización económica y la agricultura modernizada, que han despojado a los granjeros pobres y los han hecho vulnerables a la esclavitud... El tercer factor es el caos generado por la codicia, la violencia y la corrupción creadas en muchos países en vías de desarrollo a raíz de ese cambio económico, cambio que está destruyendo las normas sociales y los tradicionales vínculos de responsabilidad que podrían haber protegido a los posibles esclavos”. Agrega, además, que: “Hoy en día, en todo el mundo, las condiciones son las adecuadas para la esclavitud” (Bales, 2000).

Entre las razones que explican el tránsito internacional de personas, la globalización económica se sitúa como uno de los principales factores explicativos ya que ha traído consigo el paulatino empobrecimiento del tercer mundo, preso de su deuda, obligado a seguir un patrón capitalista partiendo de unos niveles de endeudamiento exterior insuperables, aumentándose así la brecha entre los países pobres y los países ricos, suponiendo a su vez un aumento de las desigualdades existentes entre el norte y el sur.

Por otro lado, conviene destacar el efecto nocivo de las políticas económicas restrictivas llevadas a cabo por los países receptores, que conllevan una discriminación institucional y a la exclusión legal de muchísimos inmigrantes condenados a la inmigración ilegal y a la marginación. Por lo tanto, el problema que representa la trata de personas como fenómeno mundial, está íntimamente conectado a las políticas migratorias de los Estados. Según el informe THE HUMAN RIGHTS WATCH (World Report 2002 NY) “la restricción migratoria y fronteriza se ha demostrado como un factor que aumenta, en lugar de disminuir, el problema de la trata de personas”. Un factor determinante del aumento de los flujos de migración, sobre todo irregular, es la tendencia de los países desarrollados a cerrar sus fronteras por temor a que este incremento de población pueda desequilibrar la balanza de su desarrollo económico, generándose con ello un efecto criminalizador de fenómenos considerados en otra época neutros (Mayordomo, 2008: 21).

Otro factor a tener en cuenta a la hora de explicar las causas de este fenómeno, es la creciente globalización del crimen, identificándose con la aparición de manifestaciones criminales de alcance transnacional, es decir, un tipo de delincuencia que trasciende a las fronteras de un solo Estado. En el marco de la referida globalización, entre los factores que se han singularizado como aquellos que más inmediatamente han determinado la entrada de las organizaciones criminales en este

sector de la actividad se han identificado fundamentalmente tres. De un lado, la evidencia de lo elevado de las ganancias. De otro, el hecho de que la complejidad del fenómeno migratorio reclame que la actividad sea asumida por grupos organizados integrados por personas que desempeñen distintos papeles en las distintas fases del proceso. Finalmente, el bajo riesgo de persecución penal percibido por los tratantes (Villacampa, 2012: 10-11).

La trata constituye una actividad comercial en la que se comercia, a fin de cuentas, con seres humanos, por lo que podemos tomar como las causas que producen el tráfico desde el prisma de la oferta y la demanda, siendo desde el lado de la oferta, aquellos factores que inducen a residentes de los países de origen a abandonar sus hogares, de forma más o menos voluntaria, acudiendo a los países de destino. La circulación de personas de un país a otro en busca de mejores oportunidades y condiciones de vida, es el caldo de cultivo de la explotación. De la misma forma que existe un fuerte contenido cultural reflejado, sobre todo, en las desigualdades de género que dan lugar a la denominada “feminización de la pobreza” la cual surge ante la falta de recursos que sufren muchas mujeres en determinados países. Asimismo, desde el punto de vista de la demanda, existen una serie de factores de atracción como la mayor facilidad para trasladarse de un lado a otro, el incremento de los salarios y del nivel de vida de las grandes ciudades, la demanda de trabajadores inmigrantes, etc.

Según el informe emitido por la OIM, las causas de la trata encuentran su arraigo en la pobreza, falta de oportunidades, desigualdades económicas, falta de instrucción, discriminación sexual, violencia social y política y demanda de servicios que las víctimas se ven obligadas a proveer en otros países.

La unión entre el desplazamiento de las poblaciones huyendo de la pobreza y la voluntad de los estados ricos de detener el flujo migratorio aumentando los controles fronterizos, ha otorgado a las mafias organizadas una oportunidad excepcional para intervenir en el mercado del tráfico de inmigrantes a escala global. Así el tráfico de personas, la esclavitud del S. XXI, bien para la posterior prostitución o bien simplemente para su entrada ilegal en un país rico, resulta una actividad delictiva que aporta cada vez más beneficios, por lo que empieza a ser monopolizada por las mismas mafias que se dedican también al tráfico de armas, drogas, o, incluso, al terrorismo internacional (Miró, 2008).

En resumen, podemos considerar como causas de la trata, entre otros factores, la globalización económica, la explosión demográfica, las políticas económicas y migratorias restrictivas, la creciente globalización del crimen, la creciente demanda de personas víctimas de trata por las sociedades receptoras y por último causas sociales como la discriminación sexual o las desigualdades económicas.

III.- NORMATIVA INTERNACIONAL Y REGIONAL

En un primer intento por contextualizar el fenómeno de la trata de personas, trataremos de realizar una aproximación que los distintos instrumentos normativos han dado de este fenómeno a nivel internacional y regional, así como la evolución de los mismos a lo largo de la historia. Partiendo de la premisa de que la trata de personas debe enmarcarse en el contexto de la globalización mundial, han de tenerse en cuenta los efectos que la globalización produce en este fenómeno, ello justifica que la actuación de los organismos internacionales haya experimentado una evolución importante, pasando de la preocupación por la prevención de la explotación de personas, en un principio centrada en la evitación de la trata de mujeres sometidas a prostitución, al establecimiento de un amplio concepto de trata que engloba numerosas situaciones y afecta tanto a mujeres y niños como a hombres. De la misma forma, podemos observar que la evolución normativa destinada a la lucha contra este delito ha sufrido una transformación a través de la cual se ha pasado de un enfoque meramente criminocéntrico, con el tratamiento de la trata de personas estrictamente como un problema relacionado con el derecho penal a un enfoque victimocéntrico en el que se profundiza en la relación de este fenómeno con los derechos humanos. Ello se debe, entre otros factores, al aumento de las actividades de organizaciones de delincuencia transnacional, el abuso de nuevas tecnologías de la información, entre ellas internet, para fines de prostitución, utilización de niños en pornografía, pedofilia y otras formas de explotación con todas las consecuencias que estas prácticas suponen para las víctimas; lo cual ha dado lugar a que los organismos internacionales se hayan visto en la apremiante obligación de crear una serie de instrumentos que además de abordar el tema desde la perspectiva punitiva, lo hagan desde la perspectiva de la protección de la víctima, instando a los gobiernos a que den a las víctimas un trato humanitario normal de conformidad con los principios de derechos humanos y no las criminalicen.

En síntesis, ha de tenerse en cuenta la doble consideración de la trata de personas, tanto en la normativa internacional como en la normativa europea, como un fenómeno que concierne al sistema de justicia penal y como fenómeno esencialmente relacionado con la protección de los derechos humanos.

Respecto al enfoque más punitivista encontramos los antecedentes en las convenciones a nivel global para luchar contra la trata de blancas del S.XX con claros tintes de feminismo abolicionista que buscaban la erradicación de la prostitución, éstos son el Acuerdo Internacional para la supresión de la Trata de Blancas de 18 de mayo de 1904, la Convención Internacional para la represión de la Trata de Blancas de 4 de mayo de 1910, la Convención Internacional para la represión de la Trata de Mujeres y Niños de 30 de septiembre de 1921 y la Convención Internacional para la represión de la Trata de Mayores de Edad de 11 de octubre de 1933. Una vez

constituida las Naciones Unidas, vio la luz el Convenio para la represión de la Trata de Personas y la Explotación de la Prostitución Ajena de 2 de diciembre de 1949, la cual, supuso la consolidación y extensión de las previsiones de incriminación contenidas en las anteriores convenciones. Este último supone el antecedente más importante en el seno de la ONU del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la Trata de Personas, especialmente de Mujeres y Niños que complementa el Convenio de Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional Organizada. El citado Protocolo es en la actualidad el principal documento aprobado a nivel internacional para la lucha contra este tipo de criminalidad, el cual reconoce en la trata una cuestión de justicia criminal e inicia el camino al tratamiento de la cuestión como algo ligado a la protección de los derechos humanos, bajo la adopción tanto de medidas tendentes a la armonización de las legislaciones penales de los distintos países para conseguir una mayor eficacia en la erradicación de estas conductas delictivas, así como de medidas basadas en la prevención de este tipo de conductas y en la protección de las víctimas de la trata.

Desde la perspectiva de la Unión Europea, el Derecho de la Unión Europea no es Derecho Internacional, pero al ser un cuerpo normativo emitido por un ente supranacional, vincula igualmente al estado español y es de aplicación directa en algunos supuestos y en los que no lo sea cabe la aplicación del principio de interpretación conforme a la normativa interna de los Estados de la Unión también a los instrumentos jurídicos del tercer pilar, fundamentalmente las Decisiones Marco. En los apartados posteriores analizaremos detenidamente la evolución de la normativa europea sobre la lucha contra la trata de personas y observaremos el tratamiento de este fenómeno desde el punto de vista criminocéntrico y victimocéntrico.

En cuanto al enfoque de este fenómeno desde el punto de vista de la vulneración de los derechos humanos, al objeto de no extendernos en exceso y dado que en los apartados posteriores podremos observar algunos de los instrumentos más importantes en cuanto a la lucha contra la trata de personas desde las dos perspectivas, cabe mencionar en líneas generales que el organismo normador más trascendente en la adopción de esta concepción, cuanto menos en sus orígenes, ha sido Naciones Unidas destacando como principales instrumentos la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales y la Declaración de Derechos del Niño, entre otras.

A nivel regional, el documento más avanzado en la actualidad dentro de este enfoque victimocéntrico es el Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos de 2005 que analizaremos posteriormente.

1. Antecedentes legislativos

El tráfico de personas, involucra a varios Estados: países de origen, de tránsito y de destino. Numerosos instrumentos desde principios del S. XIX se han ocupado de la

materia; pero no se le ha prestado la atención necesaria hasta la última década. En la cual, la Comunidad de Naciones ha dejado de negar que este delito todavía exista, y por ende, ha adoptado una amplia gama de políticas y ha forjado alianzas.

Podemos considerar la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus dos Protocolos celebrada en Palermo (Italia) en diciembre de 2000 como la normativa jurídica a nivel internacional más importante que se ha previsto en la lucha contra la trata de personas.

Entre los antecedentes legislativos más destacables provenientes (o en los que ha intervenido) Naciones Unidas se pueden citar:

-El primer congreso para la represión de la trata de blancas celebrado en Londres en 1889. La denominación de trata de blancas no se supero hasta el Convenio de Varsovia de 2005, hasta entonces, el tráfico de personas de raza negra se concebía en muchas naciones como un negocio lícito, el comercio de personas de raza blanca era el único que podía tener la consideración de actividad delictiva. Actualmente, superada esta división racista gracias al desarrollo de los derechos humanos y, por tanto, privado de todo espacio de legalidad, el comercio de personas, la trata y el esclavismo han pasado a ser la misma cosa.

-Acuerdo Internacional para la Represión de la Trata de Blancas, del 18 de mayo de 1904.

-Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Blancas, del 4 de mayo de 1910.

-Convención de Saint Germain para la completa Supresión de la Esclavitud en todas sus formas y el Tráfico de Esclavos por Tierra y Mar de 1919.

-Convención de Ginebra contra la Esclavitud de 1926. Complementada por el Convenio Suplementario de Ginebra de 7 de septiembre de 1956 sobre la Abolición de la Esclavitud, Trata de Esclavos e Institución y Prácticas Análogas a la Esclavitud.

-Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Niños de 30 de septiembre de 1921.

-Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres Mayores de Edad, del 20 de octubre de 1947.

-Declaración de los Derechos del Hombre de 10 de diciembre de 1948, en cuyo art. 4º DDHH establece que “nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre, la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas”.

-Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, adoptado por Asamblea General de 2 de diciembre de 1949. El cual surgió como resultado de una larga lucha abolicionista y feminista, cuyo objeto era poner fin al sistema de la reglamentación de la prostitución y establecer un lazo de unión entre la prostitución y la trata de seres humanos.

En el preámbulo se estipula que la prostitución y la trata son “incompatibles con la dignidad y el valor de la persona humana, lo cual no significa ni el juicio, ni la

penalización a las víctimas”. Por el contrario, establece que la represión debe ir dirigida contra todo aquel que “concierte, explote o dirija” a otra persona hacia la prostitución. Se trata de un instrumento que fomenta la cooperación que se centra en la protección de las víctimas y en la necesidad de generar medidas para prevenir la trata y la prostitución y proteger, así como, rehabilitar a las víctimas. Se considera prioritaria la protección de los/as inmigrantes y permite prevenir la explotación sexual “en particular a las mujeres y a los/las niñas, tanto en el lugar de llegada o de partida como durante el viaje”.

El Convenio incrimina el hecho de contratar, atraer o dirigir hacia la prostitución a otra persona, aunque ella consienta (art. 1.1); explotar para la prostitución aunque ella consienta (art. 1.2); tener, dirigir, financiar o contribuir a financiar una casa de prostitución (art. 2.1); el hecho de dar a tomar en arriendo en todo o en parte un inmueble o cualquier otro lugar a los fines de dedicarlo a la prostitución de otros (art. 2.2); la tentativa y los actos preparatorios deben ser también incriminados (art. 37); se prevén también medidas de colaboración policial (art. 14, 15 y 18) y medidas legislativas internas dirigidas a derogar las leyes y reglamentos o abolir las prácticas administrativas dirigidas a inscribir en registros especiales o someter a condiciones especiales de vigilancia o declaración a las personas que se dediquen o sean sospechosas de dedicarse a la prostitución (art. 6). También los estados parte se obligan a tomar las medidas para prevenir la prostitución y asegurar la reeducación de las víctimas de ella (art. 16) así como prestar especial atención a las operaciones de emigración e inmigración para combatir la trata (art. 17), socorrer a las víctimas (art. 19) y vigilar las oficinas o agencias de colaboración (art. 20) para evitar que las personas que busquen un empleo sean expuestas al peligro de la prostitución³ (Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, art. 24, 1951).

La Convención no tuvo gran acogida por parte de muchos países, por lo que a Europa se refiere se han adherido todos los países del este, y entre los occidentales, Noruega, España y Francia.

Esta Convención adolecía de varios puntos débiles como la falta de mecanismos de control efectivo o la invisibilidad de la figura del “cliente” como comprador de “servicios sexuales”.

-Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer de 18 de diciembre de 1979 (art. 6), la cual fue ratificada por España el 5 de enero de 1984.

-Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 cuyo art. 34 establece que “los Estados parte se comprometen a proteger al niño contra todas

³ Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena Adoptado por la Asamblea General en su resolución 317 (IV), de 2 de diciembre de 1949. Entrada en vigor: 25 de julio de 1951, de conformidad con el artículo 24

las formas de explotación y abusos sexuales. Con este fin, los estados parte tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir:

a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal.

b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales.

c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos”.

-Proyecto de resolución de Naciones Unidas sobre Tráfico de Mujeres y Niñas, de 24 de octubre de 1997, en el que se propician nuevas medidas contra el tráfico de niños instando a los Estados y a las ONGs la adopción de nuevos mecanismos dirigidos a la reinserción social de las víctimas.

-Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing en septiembre de 1995 en la que se propugna la efectiva eliminación de la Trata de Mujeres y Niñas con fines de comercio sexual.

2.- Aproximación a la trata en la normativa internacional vigente

La trata de personas constituye un problema de gran complejidad de tratamiento, que permite distintas aproximaciones desde el Derecho Internacional. De entre las diferentes maneras de afrontarlo podemos destacar las que se basan en, inicialmente, detectar la raíz del problema y a partir de la misma, diseñar una estrategia eficaz cuyo objetivo sea la erradicación del problema desde su raíz. Un ejemplo de esta clase de técnicas puede ser el de la aproximación a la trata basada en el tratamiento de esta cuestión como algo relacionado con la oferta y la demanda en el mercado, concibiendo la trata desde una perspectiva esencialmente empresarial de manera que las estrategias tomadas al respecto se basen en un análisis económico que tienda a reducir las ganancias obtenidas con la trata, de forma que se haga menos atractivo desde un punto de vista financiero el emprendimiento de este tipo de actividades por parte de los tratantes.

En lo que se refiere a las perspectivas de análisis de este fenómeno desde el punto de vista del Derecho Internacional, podemos diferenciar varias formas distintas de aproximación a la trata (Villacampa, 2011: 147-148), de las cuales solo analizaremos brevemente algunas de ellas al objeto de evitar ser repetitivos, para después centrarnos en la normativa específica desde el punto de vista básicamente penal, realizando un breve recorrido por la evolución normativa tanto desde la vertiente internacional como regional, siendo así comenzaremos por dar unas breves pinceladas sobre la Trata desde las siguientes perspectivas:

-La perspectiva de la migración.

-La vertiente del trabajo.

-La proscripción de la esclavitud.

a) **Trata de personas y migración:**

Al respecto los instrumentos utilizados por las Naciones Unidas destinados principalmente a la lucha contra la criminalidad organizada, los cuales analizaremos posteriormente, son:

- Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, adoptada por la asamblea general de 15 de noviembre de 2000, mediante resolución A/RES/55/25. Documento complementado por dos Protocolos adicionales.
- Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente de Mujeres y Niños, también conocido como Protocolo de Palermo.
- Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire.

Como venimos observando, la trata de personas está íntimamente conectada con las migraciones identificándose un significativo porcentaje de las víctimas con migrantes que quieren desplazarse hacia otros países, es decir, la mayor parte de las víctimas de la trata hasta el momento han sido nacionales de países deprimidos que generalmente buscaban mejorar su situación económica, los migrantes ilegales, acostumbran a ser personas que se hayan en situación precaria en el país de destino, y por ello son víctimas potenciales de la trata.

Llegados a este punto, surge la necesidad de establecer una delimitación conceptual con respecto a los conceptos de inmigración irregular, clandestina y trata, pese a tratarse de realidades intrínsecamente ligadas, son conceptos diametralmente distintos que conviene clarificar para evitar errores legislativos, la diferenciación de estas significaciones ha sido uno de los mayores esfuerzos realizados en el seno del Derecho Internacional, en cuanto al desarrollo legislativo del delito de la trata de seres humanos. Es en la aprobación de los Protocolos mencionados anteriormente, donde queda patente que se trata de realidades diferentes, pero que según la propia Organización Internacional, tienen mucho en común.

En cuanto al concepto de inmigración irregular, clandestina o ilegal, las Organizaciones Internacionales no han dictado una definición legal de inmigración irregular, clandestina o ilegal. De forma simple, podríamos definir esta actividad como “aquella que va destinada a infringir las formas y procedimientos establecidos por los Estados para regular el acceso y permanencia de extranjeros a sus respectivos territorios”. Asimismo, desde el punto de vista del tráfico, en los casos en los que terceros generan una actividad lucrativa con la inmigración irregular, según la definición del Congreso de los Estados Unidos, que tiene un mayor ámbito de aplicación, la inmigración clandestina es “la provisión de un servicio, aunque ilegal, a personas que pagan por él conscientemente con el fin de introducirse en un país

extranjero”.

La prohibición de la inmigración irregular, clandestina o ilegal se realiza normalmente a través del Ordenamiento Administrativo y está destinada a proteger los intereses estatales en controlar los flujos migratorios.

Respecto al tráfico de personas el art. 6 del Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, define el tráfico ilegal de personas (denominado en inglés *smuggling of migrants*), como “la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material”.

No obstante, el Protocolo según lo establecido en el art. 4, solo se aplicará cuando estas conductas sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado. Según dispone el literal de dicho precepto: “A menos que contenga una disposición en contrario, el presente Protocolo se aplicará a la prevención, investigación y penalización de los delitos tipificados con arreglo al artículo 6 del presente Protocolo, cuando esos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado, así como a la protección de los derechos de las personas que hayan sido objeto de tales delitos”.

En definitiva, para que exista tráfico ilícito de personas debe existir la facilitación a un extranjero por parte de una organización criminal con ánimo de lucro del acceso o entrada irregular, ilegal o clandestina a un Estado diferente al suyo.

Respecto al concepto de trata de personas la citada Convención de Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, también aborda la trata de personas en su Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la Trata de Personas, especialmente de Mujeres y Niños. Dicho Protocolo define claramente la trata de personas en su art. 3.a) como “la captación, el transporte, el traslado, la acogida o 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 de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”.

Siguiendo las anteriores definiciones dispuestas por Naciones Unidas, pueden identificarse las siguientes diferencias entre la trata y el tráfico de personas.

En primer lugar, la trata de personas criminaliza un amplio abanico de conductas: captar, transportar, trasladar, acoger o recibir personas. Es decir, la trata no es únicamente trasladar a un individuo de un país a otro con la intención de explotarlo (sexual o laboralmente); sino que, además incluye otro tipo de actividades como la captación o la recepción de personas. En cambio, el tráfico de personas exige necesariamente un desplazamiento, es un delito de movimiento.

En segundo lugar, la trata de personas exige una anulación o falta de consentimiento de la víctima objeto de la trata. El tratante debe utilizar algún medio comisivo para doblegar la voluntad de la víctima: coacciones, amenazas, intimidación, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad del sujeto pasivo, entre otros. De esta forma, cuando exista pleno consentimiento de la persona objeto de la conducta no existirá trata.

Por su parte, en el tráfico ilegal de personas nos aproximamos a lo que se denomina un delito sin víctima, la cual aparece difuminada en la sociedad receptora. Porque el migrante está altamente interesado en el éxito final de la actividad delictiva. En consecuencia, el objeto de protección de la norma no es el migrante, sino el interés del Estado en regular los flujos migratorios.

En tercer lugar, las conductas de tráfico finalizan con la llegada de los migrantes al país de recepción, constituyendo el pago del billete el único ingreso que obtiene el delincuente; mientras que, en la trata de personas existe una finalidad de explotación de la víctima, que puede persistir a lo largo del tiempo, incluso después de haber llegado ésta a su destino.

Finalmente, el tráfico es una conducta transnacional que implica la promoción o facilitación del desplazamiento irregular de una persona a un país distinto al suyo; en cambio en la trata no se exige dicha transnacionalidad, ya que, en muchas ocasiones, las operaciones se realizan dentro un mismo país (trata interna) o entre países que forman parte de un mismo Organismo Supranacional, donde existe libertad para residir en los distintos territorios que lo componen (Unión Europea). Por tanto, las víctimas de trata no necesariamente tienen que ser extranjeras, sino que el sujeto pasivo también puede venir configurado por los nacionales.

En definitiva, tráfico y trata de personas son conductas claramente diversas, y aunque la trata de personas suele estar relacionada con los procesos migratorios, no es una conducta destinada a vulnerar las normas migratorias de los Estados, sino que persigue la explotación de un tercero, con independencia de su nacionalidad o su residencia (Daunis, 2010: 6).

b) Trata de seres humanos y mercado internacional del trabajo.

La trata de seres humanos es abordada también como una manifestación de la migración internacional por razón de trabajo a través de formas odiosas de explotación. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) fue fundada para promover la justicia social como base de la paz internacional a través de la articulación y la supervisión de los derechos humanos fundamentales en el mundo del trabajo. Desde esta perspectiva, la OIT considera el tráfico como una violación de los derechos humanos y un uso inaceptable y degradante de los recursos humanos que genera un trabajo indigno e improductivo.

Al respecto, mencionaremos brevemente algunos documentos internacionales creados desde los inicios de la Organización Internacional del Trabajo relativos a la lucha internacional contra el trabajo forzoso, entre los que cabe destacar:

- El Convenio (núm. 29) sobre el Trabajo Forzoso u Obligatorio, adoptado por la Conferencia general de la OIT el 28 de junio de 1930. En cuyo art. 2.1 define el Trabajo Forzoso como “1. A los efectos del presente Convenio, la expresión trabajo forzoso u obligatorio designa todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente”. El art. 25 de este mismo Convenio establece: “El hecho de exigir ilegalmente trabajo forzoso u obligatorio será objeto de sanciones penales, y todo Miembro que ratifique el presente Convenio tendrá la obligación de cerciorarse de que las sanciones impuestas por la ley son realmente eficaces y se aplican estrictamente”.

- El Convenio (núm. 105) relativo a la Abolición del Trabajo Forzoso, adoptado por la Conferencia General de la OIT el 25 de junio de 1957. El art. 1 establece: “Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente Convenio se obliga a suprimir y a no hacer uso de ninguna forma de trabajo forzoso u obligatorio: a) como medio de coerción o de educación política o como castigo por tener o expresar determinadas opiniones políticas o por manifestar oposición ideológica al orden político, social o económico establecido; b) como método de movilización y utilización de la mano de obra con fines de fomento económico; c) como medida de disciplina en el trabajo; d) como castigo por haber participado en huelgas; e) como medida de discriminación racial, social, nacional o religiosa”.

En ambos Convenios se establece el concepto de trabajo forzoso y se impone la obligación a los estados parte tanto de erradicar las prácticas consistentes en el trabajo forzoso cuanto de incriminar su imposición, teniendo en cuenta el contexto en el que se elaboraron los mismos basado en las relaciones entre las metrópolis y sus colonias y el hecho de que fuese el propio Estado el que impusiese el trabajo forzoso u obligatorio; aun así ambos convenios son esenciales actualmente.

- El Convenio (núm. 138) sobre Edad Mínima de 26 de junio de 1973, por la Abolición del Trabajo Infantil. El art. 1 del Convenio referido establece: “Todo Miembro para el cual esté en vigor el presente Convenio se compromete a seguir una política nacional que asegure la abolición efectiva del trabajo de los niños y eleve progresivamente la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo a un nivel que haga posible el más completo desarrollo físico y mental de los menores”.

- Convenio (núm. 182) sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación. El art. 3 define las mismas como: “A los efectos del presente Convenio, la expresión “las peores formas de trabajo infantil” abarca: a) todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como

la venta y la trata de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados; b) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas; c) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes, y d) el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños”⁴.

El Convenio núm. 182 exhorta a los países a prohibir y erradicar el tráfico de personas menores de 18 años. No solo se contempla el tráfico que conduce a las situaciones de explotación laboral más conocidas (talleres donde las condiciones de trabajo son inhumanas, trabajo doméstico, agricultura y pesca, por ejemplo), sino también en situaciones ilegales o delictivas (tráfico de estupefacientes y explotación sexual comercial). Además, el Convenio núm. 182 sugiere directrices operativas para la erradicación efectiva del tráfico de niños y niñas y medidas de protección para aquellos que han sido víctimas de él o corren riesgo de serlo⁵.

c) Trata de seres humanos y esclavitud

Dada la estrecha relación entre el fenómeno de la trata de personas y la esclavitud; siendo considerada la esclavitud del siglo XXI, es importante mencionar los instrumentos creados en el Derecho Internacional para luchar contra esta realidad. La trata no es una forma de esclavitud en si misma, sino el proceso que conduce a ella. La esclavitud y las formas análogas a la misma constituyen algunas de las posibles formas de explotación de la trata de personas, por lo que se trata de un elemento contenido tanto en el concepto internacional de trata así como en el tipo del delito de trata de personas incorporado en el art. 177 bis CP español que analizaremos posteriormente.

La condena internacional de la esclavitud se obtuvo tras un largo y dificultoso proceso. Este comenzó con las primeras declaraciones y convenciones en el siglo XIX y culminó con la adopción de la Convención para la Abolición de la Esclavitud de la Sociedad de Naciones de 25 de diciembre de 1926, que fue posteriormente enmendada por el Protocolo de 7 de diciembre de 1953, así como la Convención suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las

⁴ <http://www.ilo.org/global/lang-es/index.htm#a3.OIT>

⁵ “Insoportable para el alma humana. El tráfico de niños y niñas y su erradicación” Oficina Internacional del Trabajo. Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (IPEC). <http://white.oit.org.pe/ipec/pagina.php?pagina=237>.

Instituciones y Prácticas Análogas a la esclavitud”, ya adoptada por la Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social en su resolución 608 (XXI), de 30 de abril de 1956 (Villacampa, 2011: 154).

La Convención de la Sociedad de Naciones define la esclavitud como "el estado o condición de un individuo sobre cuál se ejercitan los atributos del [derecho de propiedad](#) o alguno de ellos" (art. 1º) y la [trata de esclavos](#) como "todo acto de captura, adquisición o cesión de un individuo para venderle o cambiarle; todo acto de cesión por venta o cambio de un esclavo adquirido para venderle o cambiarle y, en general, todo acto de comercio de transporte de esclavos" (art. 2º).

Posteriormente y una vez creada la Organización de las Naciones Unidas, en la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud firmada en Ginebra en 1956 se extiende la prohibición y persecución acordadas en 1926 a determinadas conductas que se consideraban análogas o asimilables a la esclavitud.

Se establecía la obligación de abolir y perseguir las siguientes conductas:

1. La [servidumbre](#) por [deudas](#), o sea el estado o la condición que resulta del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales, o los de alguien sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda, sí 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;
2. La [servidumbre de la gleba](#), o sea, la condición de la persona que está obligada por la 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;
3. Toda institución o práctica en virtud de la cual:
 - i) Una [mujer](#), sin que le 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 cualquier otra persona o grupo de personas;
 - ii) 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;
 - iii) La mujer, a la muerte de su marido, puede ser transmitida por [herencia](#) a otra persona;
4. 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 a el trabajo del niño o del joven.

El art. 7.c de el texto referido ofrece una ampliación del concepto de “trata de esclavos”: "Trata de esclavos significa y abarca todo acto de captura, de adquisición o de disposición de una persona con intención de someterla a esclavitud; todo acto de adquisición de un esclavo con intención de venderlo o de cambiarlo; todo acto de cesión por venta o cambio de una persona, adquirida con intención de venderla o cambiarla, y, en general, todo acto de comercio o de transporte de esclavos, sea cual fuere el medio de transporte empleado”.

La definición de esclavitud contenida en los mencionados convenios no coincide completamente con el concepto de trata, ya que esta constituye más un proceso hacia la esclavización que la esclavización en sí misma. Pero la relación entre ambos conceptos es más que evidente y por tanto están estrechamente conectados.

La prohibición de la esclavitud y de la trata de esclavos constituye una norma ius cogens de Derecho Internacional, lo que implica que no podrá derogarse por otro tratado o costumbre internacional, sino únicamente por otra norma perentoria de efecto contrario.

Al respecto, Scarpa señala una serie de consecuencias:

1.- Cualquier otra norma o tratado de Derecho Internacional que no haya obtenido el estatus ius cogens y que sea contraria a la abolición de la esclavitud es nula ab initio.

2.- No son admisibles las reservas a tratados multilaterales que sean contrarias al principio ius cogens relativo a la abolición de la esclavitud.

3.- Los estados están obligados a evitar el reconocimiento de una entidad que, cumpliendo todos los requisitos para ser reconocido sujeto de Derecho Internacional, viole normas ius cogens, entre las que se halla la abolición de la esclavitud.

4.- Los estados deben evitar dar legitimación internacional a leyes nacionales y administrativas que autoricen comportamientos que sean contrarios a una norma de Derecho Internacional perentoria, como la relativa a la abolición de la esclavitud.

5.- Se sostiene que los crímenes contrarios al principio ius cogens deben ser sancionados a través de la jurisdicción criminal universal (Scarpa, 2008).

Las Naciones Unidas han venido preocupándose fundamentalmente de la situación de los Derechos Humanos de las mujeres y niñas y lo ha hecho a través de instrumentos genéricos que directa o indirectamente afectan a esta problemática. Podemos destacar una serie de instrumentos genéricos:

-La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer adoptada por la Asamblea General en su resolución 34/180 de 13 de diciembre de 1979. Esta Convención establece que “la discriminación contra la mujer viola los principios de igualdad de derechos y del respeto a la dignidad humana”.

Impone a los estados la obligación de adoptar medidas para suprimir todas las formas de trata de mujeres.

-La Convención Mundial de los Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993 establece que “los derechos de la mujer y de la niña son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales”. Señalando la eliminación de todas las formas de violencia, acoso y explotación que son incompatibles con la dignidad y la valía de la persona humana.

-La Declaración sobre la Violencia contra la Mujer señala que entre los actos de violencia se incluye la trata de mujeres y la prostitución forzada.

-La Convención de los derechos del Niño de 1989 en su art. 35 insta a los estados a que adopten las medidas que sean necesarias para “impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma”. De forma que amplía el concepto de trata más allá de la explotación y el abuso sexual.

-El Estatuto de Roma de la Corte penal Internacional en su art. 7.1 considera como “crímenes de lesa humanidad, los cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, a la esclavitud y a la violación, esclavitud sexual, prostitución forzada y otros abusos sexuales de gravedad comparable”. En el apartado 2º de este mismo precepto define “la esclavitud como el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en tráfico de personas, en particular de mujeres y niños”.

-Por último, podemos destacar la Declaración y Programa de Acción de Durban aprobados en la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las formas conexas de intolerancia celebrada en Sudáfrica en 2001. Dentro del cual destacamos el exhorto dirigido a los estados para que “Tipifiquen como delito la trata de personas, en particular de mujeres y niños, en todas sus formas y a que condenen y sancionen a los tratantes e intermediarios, garantizando a la vez la protección y asistencia a las víctimas de la trata, en el pleno respeto de sus derechos humanos”.

3.- Normativa específica relativa a la trata

En cuanto a los instrumentos específicos que se refieren exclusivamente al fenómeno de la trata de seres humanos destacamos en primer lugar, las importantes resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas. La primera de ellas, la Resolución 49/166 sobre Trata de Mujeres y Niñas de 23 de diciembre de 1994 y la última, la Resolución de 57/176 de enero de 2003 sobre la Trata de Mujeres y niñas la cual recomienda un amplio abanico de medidas que pretenden ofrecer un tratamiento global al fenómeno de la trata de seres humanos. Entre las medidas más importantes a adoptar por los gobiernos, cabe destacar:

-La Ratificación de los instrumentos jurídicos de las Naciones Unidas que abordan directa o indirectamente la problemática de la trata de personas, así como el concierto de acuerdos bilaterales, subregionales, regionales o internacionales para hacer frente al problema de la trata de mujeres y niñas.

-La adopción de medidas para corregir los factores fundamentales que propician la trata de mujeres y niñas para fines de prostitución y otras formas de comercio sexual, los matrimonios forzados y el trabajo forzado, entre ellas las encaminadas a proteger mejor a las víctimas y castigar a los autores por la vía penal y civil.

-La adopción de medidas que contengan una completa estrategia contra la trata que consista, entre otras cosas, en la formación de capacidad, campañas de prevención, el intercambio de información, asistencia y protección a víctimas...

-La tipificación penal de la trata de mujeres y niños, en todas sus formas para enjuiciar y castigar a quienes estén involucrados en ellas, cerciorándose de no castigar a las víctimas de tales prácticas.

-La adopción de programas de protección de testigos para que las víctimas puedan denunciar los hechos y colaborar eficazmente con la justicia.

-La consideración de que se impida que las víctimas de trata sean enjuiciadas por el cargo de ingreso o residencia ilícitos, teniendo presente que son víctimas de actos de explotación.

-El establecimiento de programas destinados a facilitar la recuperación física, psicológica y social de las víctimas de la trata, así como de asesoramiento, capacitación y reinserción en la sociedad.

El instrumento más importante de Naciones Unidas sobre la trata de seres humanos lo constituye el ya mencionado Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la Trata de Personas, especialmente de Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, adoptada en el año 2000.

La Convención mencionada es el resultado de la reunión que 148 países celebraron en Palermo (Italia) en diciembre de 2000, habiendo entrado en vigor el 29 de septiembre de 2003. Este instrumento constituye el primer tratado internacional contra el crimen organizado, el art. 1 de la Convención establece que, “el propósito de la presente Convención es promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional”. Describiendo una serie de medidas generales contra la delincuencia organizada transnacional, en tanto que los dos Protocolos en cuestión tratan de problemas delictivos específicos que analizaremos con posterioridad. Cada Protocolo debe leerse y aplicarse conjuntamente con la Convención, es decir, la Convención contra la delincuencia organizada se aplica a ambos Protocolos *mutatis mutandis*.

La Convención es la respuesta de la comunidad internacional a la necesidad de adoptar un enfoque auténticamente mundial, siendo el propósito de ésta, promover la

cooperación para prevenir y combatir eficazmente la delincuencia organizada transnacional, como se establece literalmente en el art. 1 de la Convención, así como aumentar el número de Estados que adopten medidas eficaces contra la delincuencia organizada transnacional y forjar la cooperación internacional y promover una terminología común, eliminando de esta forma, algunos obstáculos existentes a la colaboración transnacional eficaz.

En síntesis, se centra en los delitos que propician las actividades lucrativas de los grupos delictivos organizados, lo cual es importante ya que las operaciones de trata suelen formar parte de un cuadro general. Los grupos delictivos en cuestión suelen también dedicarse a otras actividades ilegales, como el tráfico ilícito de migrantes, drogas, armas u otros productos prohibidos, además de practicar la corrupción y el blanqueo de dinero. Con la Convención se facilita la investigación y enjuiciamiento de todas esas actividades de manera global, a través de las fronteras de ser necesario. De esta forma se establecen los requisitos en materia de extradición, asistencia judicial recíproca y otras formas de cooperación internacional. Estipulan normas de Derecho sustantivo y procesal para ayudar a los estados parte a armonizar su legislación y eliminar diferencias que puedan obstaculizar la pronta y eficaz cooperación internacional.

Los tráfico ilícitos generalmente tienen lugar a través de las fronteras por lo que no pueden combatirse sin una actuación conjunta y cooperación a nivel internacional.

En cuanto a la aplicación de esta Convención y de los Protocolos, un Estado debe ser parte en la Convención para hacerse parte en los Protocolos, de esta forma el art. 37 de la misma en su segundo apartado establece literalmente “Para pasar a ser parte en un Protocolo, los Estados o las organizaciones regionales de integración económica también deberán ser parte en la presente Convención”.

Una vez analizado a grandes rasgos, el contenido de la Convención y al objeto de evitar alargarnos en exceso, pasaremos a examinar uno de los Protocolos que la complementan el cual ostenta mayor interés en lo que se refiere al objeto del presente estudio sobre la trata de personas, concretamente el ya mencionado Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños. La creación del Protocolo surge de la realidad del tráfico de personas en el mundo de la globalización, el comercio y la explotación sexual a nivel transnacional, el uso de las tecnologías, la desprotección de las migrantes, la pornografía, la prostitución infantil, y el empeoramiento de los derechos de la mujer en muchas partes del mundo.

Los antecedentes legislativos más significativos de este Protocolo son la ya mencionada Convención de 1949 para la Supresión del Tráfico de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, la Convención para la eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Mujeres (CEDAW) y la Convención sobre los Derechos del Niño.

El Protocolo establece una legislación global para definir el tráfico de personas, asistir a las víctimas y prevenirlo. Además determina los parámetros sobre la cooperación judicial y los intercambios de información entre países.

El Protocolo se centra fundamentalmente en el comercio de seres humanos y con fines de explotación de la prostitución y a otras formas de explotación sexual, a los trabajos o servicios forzados, a la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos⁶.

En el art. 3 del Protocolo se dan una serie de definiciones:

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

El Protocolo define la trata de personas a los efectos de determinar el ámbito de aplicación del Protocolo mismo y de la Convención contra la Delincuencia Organizada a las actividades de trata, ofrecer una base común para la formulación de delitos penales, procedimientos penales, medidas de apoyo y asistencia a las víctimas y otras medidas en el plano nacional. La definición se desglosa en tres elementos: actos, medios utilizados para cometer esos actos y fines u objetivos. No define la explotación, pero contiene una lista no exhaustiva de formas de explotación. La explotación sexual no se define en él ni en ningún otro documento jurídico internacional.

Al mencionar situaciones de trabajo forzado, servidumbre, esclavitud y prácticas análogas a la esclavitud, el Protocolo rehúye la tendencia a limitar la definición de trata a los casos que entrañan servicios de índole sexual y reconoce en cambio, todas las formas de trata.

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.

⁶ *Artículo 2. Finalidad.* Los fines del presente Protocolo son: a) Prevenir y combatir la trata de personas, prestando especial atención a las mujeres y los niños; b) Proteger y ayudar a las víctimas de dicha trata, respetando plenamente sus derechos humanos; y c) Promover la cooperación entre los Estados Parte para lograr esos fines.

- 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 en el apartado a) del presente artículo.
- d) Por niño se entenderá toda persona menor de 18 años.

Uno de los grandes avances es el hecho de que las personas traficadas sean siempre vistas como víctimas de un delito, no solo aquellas que puedan demostrar que han sido forzadas, puesto que el consentimiento es irrelevante.

El elemento clave es la explotación este es el principal cambio experimentado con respecto a la tendencia tomada habitualmente por los organismos internacionales, los cuales resaltaban los elementos de traspaso de fronteras, por lo que las mujeres y los/as niños/as traficados/as dentro de sus países para la prostitución o para trabajos forzados, también quedan bajo la protección de la Convención.

El ámbito de aplicación del Protocolo va destinado a la prevención, investigación y penalización de los delitos tipificados en el mismo, cuando esos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado, así como a la protección de las víctimas de esos delitos (art. 4 Protocolo)⁷.

El art. 5 del Protocolo hace referencia a la penalización de la trata de personas, disponiendo que se adopten las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito en el Derecho interno de cada Estado parte las conductas enunciadas en el art. 3 del Protocolo cuando se cometan intencionalmente. Del mismo modo, se insta al castigo de la tentativa, la complicidad y la organización o dirección de otras personas para la comisión de estos delitos.

Los art. 6 a 8 del Protocolo se centran en las medidas destinadas a la protección de las víctimas, entre las cuales cabe destacar la confidencialidad en las actuaciones judiciales relativas a la trata al fin de proteger la privacidad e identidad de las víctimas; la información sobre los procedimientos judiciales pertinentes; la asistencia; medidas destinadas a prever la recuperación física, psicológica y social de las víctimas con el suministro, entre otros, de alojamiento, asesoramiento, asistencia médica, psicológica y material, etc.

Los art. 7 y 8 del Protocolo prevén la posibilidad de que las víctimas puedan permanecer en el territorio del país de destino, temporal o permanentemente, así como el compromiso del estado de origen a facilitar y aceptar la repatriación de sus nacionales.

Por último, la tercera parte del Protocolo en sus art. 9 a 13 hace referencia a las medidas de prevención, cooperación y otras medidas. Cabe resaltar al respecto el

⁷ Art. 4 Protocolo: “A menos que contenga una disposición en contrario, el presente Protocolo se aplicará a la prevención, investigación y penalización de los delitos tipificados con arreglo al artículo 5 del presente Protocolo, cuando esos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado, así como a la protección de las víctimas de esos delitos”.

reconocimiento del fenómeno de la demanda como elemento favorecedor de la trata, al respecto, el apartado quinto del art. 9 establece que “los Estados parte adoptarán medidas legislativas o de otra índole, tales como medidas educativas, sociales y culturales, o reforzarán las ya existentes, recurriendo en particular a la cooperación bilateral y multilateral, a fin de desalentar la demanda que propicia cualquier forma de explotación conducente a la trata de personas, especialmente mujeres y niños”.

El Protocolo analizado es en la actualidad el principal documento aprobado a nivel internacional para la lucha contra este tipo de criminalidad el cual reconoce en la trata básicamente una cuestión de justicia criminal, inicia la senda del abordaje de esta cuestión como algo ligado a la protección de los derechos humanos, y puede considerarse un inicial impulsor de la visión victimocéntrica de este problema, si bien de forma todavía limitada.

Antes de pasar a analizar la normativa europea, es importante señalar una serie de principios básicos en cuanto a la aplicación de la Convención y del Protocolo y para ello nos ceñiremos a los dispuesto en el art. 37 de la Convención y al art. 1 del Protocolo, en virtud de los cuales:

- Ningún estado puede ser parte en un Protocolo si no lo es también en la Convención.

- La Convención y el Protocolo deben interpretarse conjuntamente. Al interpretar los diversos textos, deben tenerse en cuenta todos los que sean aplicables y ha de darse por lo general el mismo significado a las disposiciones que tengan una formulación paralela o parecida.

- Las Disposiciones de la Convención se aplican al Protocolo, *mutatis mutandis*, lo que significa que al aplicar las disposiciones de la Convención al Protocolo, pueden hacerse ligeras modificaciones de interpretación o de aplicación para tener en cuenta las circunstancias contempladas en el Protocolo.

- Los delitos contemplados en el Protocolo deben considerarse también delitos tipificados de conformidad con la Convención. De esta forma, cualquier delito o delitos tipificados por un estado para penalizar la trata de seres humanos, como estipula el art. 5 del Protocolo, quedará automáticamente incluido en el ámbito de las disposiciones básicas de la Convención que rigen ciertas formas de cooperación internacional en los casos de extradición (art. 16) y asistencia judicial recíproca (art. 18). Vincula asimismo al Protocolo y la Convención al hacer que se apliquen a los delitos tipificados en el Protocolo otras disposiciones imperativas de la Convención. En particular en lo que se refiere a la penalización, son igualmente aplicables a los delitos establecidos en el Protocolo las obligaciones prescritas en los artículos 6 (blanqueo de dinero), 10 (responsabilidad de las personas jurídicas), 11 (proceso, fallo y sanciones), 12 a 14 (decomiso e incautación), 15 (jurisdicción), 16 (extradición), 18 (asistencia judicial recíproca), 20 (técnicas especiales de investigación), 23 (obstrucción de la justicia), 24 a 26 (protección de los testigos y de las víctimas e intensificación de la cooperación), 27 (cooperación en materia de cumplimiento de la ley), 29 y 30 (capacitación y asistencia técnica) y 34 (aplicación de la Convención). Por consiguiente,

el establecimiento de un vínculo análogo es un elemento importante de la legislación nacional para la aplicación de los Protocolos.

- Los requisitos establecidos en el Protocolo constituyen una norma mínima. Las medidas previstas en la legislación interna pueden tener un ámbito más amplio o ser más severas que las estipuladas en el Protocolo, siempre que se cumplan todas las obligaciones específicas del Protocolo (Guías legislativas ONU, 2004).

4.- Unión Europea

La Unión Europea ha experimentado una evolución distinta a la experimentada a nivel internacional, ya que mientras en Naciones Unidas se ha adoptado un enfoque principalmente victimocéntrico, en el seno de la Unión Europea el enfoque ha sido principalmente criminocéntrico, circunscribiendo las medidas a adoptar prácticamente a la mera incriminación de conductas delictivas. La preocupación por este fenómeno surgió, aunque débilmente, antes de la entrada en vigor de Tratado de Ámsterdam así como del desarrollo del espacio de libertad, seguridad y justicia. La actuación de la Unión Europea al respecto ha pasado de centrarse principalmente en el control de fronteras, a la prevención de la trata, la revisión de la legislación penal y la cooperación policial y judicial para la persecución y castigo de los traficantes; la protección, ayuda y asistencia a las víctimas; y la cooperación internacional. Podemos considerar la actuación de la Unión Europea como una actuación cuanto menos tardía ya que hasta bien entrados los 90, no se abordó el tema directamente.

Según el último informe emitido por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), “entre las víctimas de la trata de personas se ha observado una mayor diversidad de nacionalidades en Europa occidental y central que en todas las demás regiones del mundo, y en su mayoría (84%) la trata era con fines de explotación sexual”. Europa es destino de víctimas de trata procedentes tanto de la misma Europa, sobre todo de Europa del Este, como de Sudamérica, África y Asia.

Hasta la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, la preocupación de la Comunidad Europea se limitó a la creación de una serie de recomendaciones⁸ y acciones comunes⁹ que mencionaremos brevemente al objeto de ofrecer una visión general sobre la evolución normativa de la lucha contra la trata en el plano europeo.

En 1996 se aprobó por el Parlamento Europeo la Resolución sobre la trata de personas, de 18 de enero de 1996 la cual no tiene valor vinculante pero en la que se considera que la trata de hombres, mujeres, niños y jóvenes adultos es incompatible

⁸ Las recomendaciones permiten a las instituciones expresarse y proponer una línea de conducta sin establecer una obligación jurídica para los destinatarios (Estados miembros, otras instituciones y, en determinados casos, también los ciudadanos de la Unión).

⁹ Las acciones comunes son el instrumento jurídico del título V del Tratado de la Unión Europea. Son, pues, de tipo intergubernamental. Adoptadas por el Consejo de la Unión Europea por unanimidad o, en determinados casos, por mayoría cualificada, las acciones comunes son obligatorias para los Estados miembros, los cuales deben alcanzar los objetivos fijados, excepto en caso de dificultades graves.

con la dignidad y el valor de la persona humana y que constituye una grave violación de los derechos humanos¹⁰. La trata es la consecuencia de unas relaciones económicas desequilibradas a nivel internacional y que afecta tanto a la política de desarrollo como a la de cooperación internacional. Considera además, que la trata se ha convertido en un campo preferente de la actividad de la delincuencia internacional organizada dónde se explota, con total desprecio de las personas, la indigencia, la inexperiencia juvenil y la pobreza para la prostitución, el tráfico de drogas, la entrada ilegal de personas, el trabajo clandestino organizado en condiciones de esclavitud y el comercio del tráfico de órganos (Pérez Alonso, 2008: 132).

El 29 de noviembre de ese mismo año surge la Acción Común 96/700/JAI que establece un programa de estímulo e intercambios destinado a responsables de la acción contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de niños. Denominado también “*Programa Stop*” el cual se inscribe en el marco de la cooperación en los ámbitos de la Justicia y los Asuntos de Interior. El programa cubría inicialmente de los años 1996 al 2000. Los objetivos principales eran el fomento del dominio de las lenguas de los países de origen de las víctimas; conocimiento del sistema jurídico y prácticas de los demás Estados miembros; creación de redes y programación de diversas formas de cooperación; intercambio de experiencias; investigación científica y técnica y difusión a través de la elaboración de manuales y la difusión de información, en forma escrita, mediante la transmisión de datos y la creación de bancos de datos.

El 16 de diciembre de 1996 se incluyó la trata de seres humanos bajo la competencia de la Unidad de Drogas de Europol, a través de la Acción Común 96/748/JAI.

Por su parte, la Acción Común 97/154/JAI de 24 de febrero de 1997 relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños, en la cual se invitaba a los Estados miembros a revisar su legislación penal respecto a la trata de personas y fomentar la cooperación judicial y la protección de las víctimas en procedimientos judiciales. Con el propósito de tipificar penalmente la trata, se ofrece una definición de “trata de seres humanos”¹¹ y de “explotación sexual”¹² de niños y

¹⁰ Esta resolución ofrece una definición, en su Art. 1, de la Trata de Personas. Entiende por Trata “el acto ilegal de quien, directa o indirectamente, favorece la entrada o la estancia de un ciudadano procedente de un tercer país con el fin de explotarle valiéndose de engaños o de cualquier otra forma de constricción o abusando de una situación vulnerable o de incertidumbre administrativa”. Vid. DO C 32/88 de 5.2.1996.

¹¹ Trata de seres humanos, “cualquier conducta que facilite la entrada, tránsito, residencia o salida del territorio de un Estado miembro, con fines lucrativos, para la explotación sexual o los abusos sexuales”.

¹² Explotación sexual con respecto a un niño, “persuadir o coaccionar a un niño a participar en cualquier actividad sexual ilícita, explotar a un niño mediante la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales, utilizar niños para actuaciones y material pornográficos, sea producción, venta y distribución u otras formas de tráfico de material de este tipo, y la posesión de dicho material”. Explotación sexual con respecto a un adulto, “al menos la explotación del adulto mediante la prostitución”.

adultos. Esta Acción será derogada posteriormente por la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo de 19 de julio de 2002 relativa a la lucha contra la trata de seres humanos que analizaremos posteriormente con mayor detenimiento.

Otro Programa importante al respecto que no podemos obviar es el denominado “Programa Daphne” que parte de la Iniciativa Daphne instituida en 1997. Se trata de un programa de acción preventiva para luchar contra la violencia ejercida sobre los/as niños/as, los adolescentes y las mujeres. Aborda este fenómeno desde el punto de vista de las víctimas y se basa en el reconocimiento de la violencia como un delito, entendiéndolo de la forma más amplia posible desde los abusos sexuales hasta la violencia doméstica, la explotación comercial, el acoso, la trata de seres humanos y la violencia basada en la discriminación de grupos vulnerables.

El fin de este Programa fue apoyar más concretamente las actividades de las ONGs en materia de lucha contra las diversas formas de violencia, incluidas la trata y la explotación sexual de los niños, ya que estas organizaciones tienen un papel crucial que desempeñar respecto de las víctimas. La Comisión presentó en mayo de 1998 la propuesta destinada a la creación de un programa de medidas comunitarias a medio plazo (2000-2004).

Con el Tratado de Ámsterdam de 1999 se dio un impulso importante en la lucha contra la trata de personas, centrándose sobre todo, en la prevención y lucha contra la delincuencia. De hecho, en el art. 29 del Tratado encontramos una referencia expresa a la trata de seres humanos como uno de los delitos que hay que combatir especialmente.

A nivel político la lucha contra este tipo de criminalidad se ha visto reflejada en algunos programas, a modo de ejemplo, podemos citar el Consejo Europeo de Tampere celebrado los días 15 y 16 de octubre de 1999 en el cual se instó al establecimiento de medidas concretas en esta materia, dando prioridad a la lucha contra la trata de personas, mostrando su decisión de actuar contra los que se dedican a la trata de seres humanos y la explotación económica de los migrantes, invitando al Consejo a la adopción de una legislación en la que figuraran sanciones rigurosas para este grave delito. Una de las primeras consecuencias tras el Consejo de Tampere fue la Decisión del Consejo (2001/87/CE) de 8 de diciembre de 2000 referente a la firma del Convenio de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y de los Protocolos adjuntos sobre la Lucha contra la Trata de Personas especialmente Mujeres y Niños, y contra el Tráfico de Emigrantes por Tierra, Mar y Aire, en nombre de la Comunidad.

De esta forma llegamos al instrumento normativo por antonomasia de que se dotó a la Unión, la Decisión Marco del Consejo 2002/629/JAI de 19 de julio de 2002 relativa a la lucha contra la Trata de Seres Humanos que deroga en su art. 9 a la Acción común 97/154/JAI, este instrumento considera que la trata de seres humanos constituye una grave violación de los derechos fundamentales de la persona y la

dignidad humana e implica prácticas crueles como el abuso y el engaño de personas vulnerables, así como el uso de violencia, amenazas, servidumbre por deudas y coacción. Estableciendo, como bien se aprecia en el considerando 7¹³, la definición de los elementos constitutivos del Derecho Penal comunes a todos los Estados miembros que incluya sanciones efectivas, proporcionales y disuasorias.

Podemos observar en esta Decisión el enfoque básicamente punitivista que se le da al delito de trata, probablemente las causas que han conducido a la Unión a darle este enfoque, se basen en la relación tradicionalmente establecida entre la trata de personas y la migración ilegal y el hecho de que se conciba la trata de seres humanos como un tipo de delincuencia organizada contra el que se debe luchar mediante el empleo del Derecho Penal (Villacampa, 2011: 166).

El art. 1 de la Decisión establece un concepto de trata de personas prácticamente coincidente con el del Protocolo de Palermo, tipificando las infracciones relacionadas con la trata de seres humanos con fines de explotación laboral o sexual, disponiendo que: “1. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de los actos siguientes: la captación, el transporte, el traslado, la acogida, la subsiguiente recepción de una persona, incluidos el intercambio o el traspaso del control sobre ella, cuando: a) se recurra a la coacción, la fuerza o la amenaza, incluido el rapto, o b) se recurra al engaño o fraude, o c) haya abuso de autoridad o de situación de vulnerabilidad, de manera que la persona no tenga una alternativa real y aceptable, excepto someterse al abuso, o d) se concedan o se reciban pagos o beneficios para conseguir el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona, con el fin de explotar el trabajo o los servicios de dicha persona, incluidos al menos el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o la servidumbre, o con el fin de explotar la prostitución ajena o ejercer otras formas de explotación sexual, incluida la pornografía”. En este mismo artículo se añade la ineficacia del consentimiento de la víctima cuando se haya recurrido a los medios señalados en el apdo. 1. Además otorga la consideración de delito de tales conductas cuando recaigan sobre un niño aunque no se hayan aplicado los medios señalados. En el art. 2 también se castiga la inducción, la complicidad y la tentativa de las infracciones anteriores. El marco sancionatorio se establece tanto para las personas físicas como para las jurídicas tal y como se aprecia en los art. 3, 4 y 5 de la Decisión en los cuales se pide a los Estados que adopten sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias, que puedan ser causa de extradición. La pena máxima privativa de libertad no será inferior a 8 años cuando concurra alguna de las causas

¹³ “Es necesario abordar la grave infracción penal que constituye la trata de seres humanos no solo mediante la acción individual de cada Estado miembro, sino con un enfoque global, caracterizado por una definición de los elementos constitutivos de Derecho penal comunes a todos los Estados miembros que incluya sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias. De acuerdo con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, la presente Decisión marco se limita a lo mínimo necesario para alcanzar estos objetivos a escala comunitaria y no excede lo que es necesario a tal efecto”.

siguientes, a) que ponga en peligro la vida de la víctima; b) que se cometan contra una víctima que sea particularmente vulnerable; c) que se cometan con violencia grave o hayan causado daños particularmente graves a la víctima; y d) que se cometan en el marco de una actividad delictiva. El art. 6 se refiere a normas de competencia y enjuiciamiento y el art 7 a la protección de las víctimas, incidiendo escasamente en este aspecto.

Con posterioridad a la Decisión Marco del Consejo 2002/629/JAI de 19 de julio de 2002, han continuado elaborándose documentos que mantienen el enfoque global y multidisciplinar para luchar contra la trata de seres humanos¹⁴. Cabe destacar los avances apuntados por la Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004 relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal que cooperen con las autoridades competentes, otorgando a las víctimas un periodo de reflexión. Sin embargo, el periodo de reflexión y las medidas de ayuda no se conceden a las víctimas independientemente de su capacidad para cooperar con las autoridades policiales y que, tras la expedición de los permisos de residencia, los perjudicados son, en ocasiones, objeto de una medida de expulsión. En relación a esta Directiva, es importante mencionar que España fue condenada por el Tribunal Superior de Justicia Europeo en su sentencia de 14 de mayo de 2009, respecto al asunto C266/08 por incumplimiento manifiesto del Estado al no adaptar la mencionada Directiva al Derecho interno dentro del plazo señalado, siendo el fallo:

“En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Sexta) decide:

1) Declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes, al no haber adoptado todas las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a dicha Directiva y al no haber comunicado a la Comisión las disposiciones de Derecho interno que supuestamente contribuyen a llevar a efecto tal conformidad.

2) Condenar en costas al Reino de España”. (STJE C-226/08, 14-5).

También podemos destacar para una visión más completa de la regulación en este ámbito, la Decisión Marco [2004/68/JAI](#) del Consejo, de 22 de diciembre de 2003 relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil

¹⁴ Entre las que cabe destacar: Decisión de la Comisión (2003/209/CE) de 25 de marzo de 2003 relativa a la creación de un grupo consultivo, denominado “Grupo de expertos en la trata de seres humanos” publicado en Diario oficial L 79/25 de 26.3.2003; el Programa de la Haya recogido en el Anexo I a las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Bruselas (4 y 5 de noviembre de 2004) publicado en DO C 53/1 de 3.3.2005; y la Resolución del Parlamento Europeo sobre Estrategias para prevenir la trata de mujeres y niños vulnerables a la explotación sexual (“004/2216(INI)) actualizada el 18 de enero de 2006.

tiene por objeto aproximar las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal con el fin de luchar contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil. La Decisión introduce un marco normativo común en materia de tipificación penal, de sanciones, de circunstancias agravantes, de asistencia a las víctimas y de competencia. Desde la adopción por el Consejo en 1997 de una [Acción Común](#) contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de la infancia, las iniciativas se han multiplicado, tanto a nivel nacional como regional. La presente Decisión Marco se propone regular en mayor medida determinados aspectos de derecho penal y de procedimiento penal con el fin de completar otros instrumentos en la materia.

Tras esta breve exposición sobre los instrumentos normativos creados por la Unión Europea en materia de trata de seres humanos, podemos introducirnos en la reciente Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo. En los últimos años la Unión Europea ha centrado sus esfuerzos en tomar en consideración la aproximación a la trata de personas desde la perspectiva de los derechos humanos. Todo ello ha implicado la necesidad de modificar la Decisión Marco 2002/629/JAI al objeto de adaptar la normativa a las exigencias, que en cuanto a la protección de las víctimas se hace imprescindible, además de la evidente y necesaria regulación del fenómeno a efectos penales y criminales. Dichos esfuerzos quedaron reflejados en la “Propuesta de Decisión Marco del Consejo relativas a la prevención y lucha contra la Trata de Seres Humanos y a la Protección de las Víctimas” de 2009. La Comisión, al elaborar esta propuesta pretendía reforzar aquellos aspectos en los que la respuesta de la Unión Europea era visiblemente insuficiente, tales como los relacionados con las fallas en la persecución de criminales, la insuficiente protección y asistencia a las víctimas, las insuficientes medidas de prevención y los déficit de conocimiento que se tenían sobre el fenómeno. Se abordaban aspectos tan importantes como la correcta definición del delito de trata de seres humanos incluida en los instrumentos de las Naciones Unidas y en el Convenio del Consejo de Europa, cubriendo también la trata de seres humanos con el objeto de la extracción de órganos; la contemplación de circunstancias agravantes por parte de los Estados Parte según la necesidad de proteger a las víctimas; la exoneración de responsabilidad por los delitos que hubieran podido cometer las víctimas en situación de trata; cuestiones procesales; medidas de prevención; etc.

Dicha propuesta no se materializó debido a la entrada en vigor del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o Tratado de Lisboa de 1 de diciembre de 2009, que supuso la desaparición de la estructura de pilares, así como la extensión del anterior proceso de “codecisión” (ahora denominado “procedimiento legislativo ordinario”) a diversos casos entre los cuales se sitúa el de trata de seres humanos,

cumpliendo con lo dispuesto en los art. 79 y 83¹⁵ de este Tratado, la Comisión pasó a presentar una Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a

¹⁵ El Art. 79 del Tratado establece, “1. La Unión desarrollará una política común de inmigración destinada a garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios, un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros, así como una prevención de la inmigración ilegal y de la trata de seres humanos y una lucha reforzada contra ambas. 2. A efectos del apartado 1, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas en los ámbitos siguientes: a) las condiciones de entrada y residencia y las normas relativas a la expedición por los Estados miembros de visados y permisos de residencia de larga duración, incluidos los destinados a la reagrupación familiar; b) la definición de los derechos de los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro, con inclusión de las condiciones que rigen la libertad de circulación y de residencia en los demás Estados miembros; c) la inmigración y residencia ilegales, incluidas la expulsión y la repatriación de residentes en situación ilegal; d) la lucha contra la trata de seres humanos, en particular de mujeres y niños. 3. La Unión podrá celebrar con terceros países acuerdos para la readmisión, en sus países de origen o de procedencia, de nacionales de terceros países que no cumplan o que hayan dejado de cumplir las condiciones de entrada, presencia o residencia en el territorio de uno de los Estados miembros. 4. El Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas para fomentar y apoyar la acción de los Estados miembros destinada a propiciar la integración de los nacionales de terceros países que residan legalmente en su territorio, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. 5. El presente artículo no afectará al derecho de los Estados miembros a establecer volúmenes de admisión en su territorio de nacionales de terceros países procedentes de terceros países con el fin de buscar trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia”. El Art. 83 reza, “1. El Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer, mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes. Estos ámbitos delictivos son los siguientes: el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada. Teniendo en cuenta la evolución de la delincuencia, el Consejo podrá adoptar una decisión que determine otros ámbitos delictivos que respondan a los criterios previstos en el presente apartado. Se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo. 2. Cuando la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en materia penal resulte imprescindible para garantizar la ejecución eficaz de una política de la Unión en un ámbito que haya sido objeto de medidas de armonización, se podrá establecer mediante directivas normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en el ámbito de que se trate. Dichas directivas se adoptarán con arreglo a un procedimiento legislativo ordinario o especial idéntico al empleado para la adopción de las medidas de armonización en cuestión, sin perjuicio del artículo 76. 3. Cuando un miembro del Consejo considere que un proyecto de directiva contemplada en los apartados 1 ó 2 afecta a aspectos fundamentales de su sistema de justicia penal, podrá solicitar que el asunto se remita al Consejo Europeo, en cuyo caso quedará suspendido el procedimiento legislativo ordinario. Previa deliberación, y en caso de que se alcance un consenso, el Consejo Europeo, en el plazo de cuatro meses a partir de dicha suspensión, devolverá el proyecto al Consejo, poniendo fin con ello a la suspensión del procedimiento legislativo ordinario. Si no hay acuerdo dentro de ese mismo plazo, y al menos nueve Estados miembros quieren establecer una cooperación reforzada con arreglo al proyecto de directiva de que se trate, lo comunicarán al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión. En tal caso, la autorización para iniciar la cooperación reforzada a que se refieren el apartado 2 del artículo 20 del Tratado de la Unión Europea y el apartado 1 del artículo 329 del presente Tratado se considerará concedida, y se aplicarán las disposiciones relativas a la cooperación reforzada.

la prevención y la lucha contra la Trata de Seres Humanos y la protección de las víctimas de 2010 que finalmente cristalizó con la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas.

Esta Directiva establece una serie de medidas destinadas a la lucha efectiva contra la trata de seres humanos considerando la trata como un delito grave dentro del marco de la delincuencia organizada y como una de las más graves violaciones de los derechos humanos. Dado que la presente Directiva adopta un enfoque respecto a la lucha contra la trata de seres humanos integrado, global y basado en los derechos humanos (como así establece es su propio preámbulo), a la hora de su aplicación, deben tenerse en cuenta otras Directivas complementarias como la Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes y la Directiva 2009/52/CE¹⁶ del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular.

Partiendo de esta premisa se insta a los Estados Parte a llevar a cabo las medidas necesarias que impliquen la prevención, la protección de las víctimas y la persecución o procesamiento de los infractores.

De esta forma el objeto de la presente Directiva establecido en su art. 1 es el de establecer normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en el ámbito de la trata de seres humanos. Además de introducir disposiciones comunes teniendo en cuenta la perspectiva de género para mejorar la prevención de este delito y la protección de las víctimas. En cuanto a la definición de trata establecida en su art. 2 Directiva, es totalmente acorde con la creada tanto por las Naciones Unidas como por el Consejo de Europa, incluyendo incluso la finalidad de extracción de órganos la cual había quedado omitida en instrumentos anteriores de la Unión Europea.

Desde el punto de vista de la prevención (art. 19 de la Directiva) la Directiva aboga por la necesidad de emprender acciones en los terceros países de los que son originarias o a los que se transfieren las víctimas con objeto de concienciar a la población, reducir la vulnerabilidad, apoyar y asistir a las víctimas, combatir las causas últimas de la trata y ofrecer apoyo a esos terceros países para la elaboración de una legislación apropiada de lucha contra la trata (considerando 2 de la Directiva); así

¹⁶ Diario Oficial L 168/24 de 30.6.2009

como otra serie de medidas tales como la elaboración de indicadores generales comunes para la identificación de las víctimas o la cooperación de las autoridades policiales de los Estados miembros, dicho lo anterior, se insta a los Estados miembros a elaborar o reforzar sus políticas de prevención de la trata a través de medidas destinadas a disuadir y disminuir la demanda, que estimula todas las formas de explotación y medidas destinadas a reducir el riesgo de ser víctima de la trata, mediante la investigación incluida la que se refiere a las nuevas formas de trata de seres humanos, la información, la recogida armonizada de datos, la concienciación y la educación.

En cuanto a las medidas adoptadas en torno a la persecución o procesamiento de los infractores en primer lugar considera como actuaciones punibles la inducción, la complicidad y la tentativa (art. 3 Directiva) y denota un especial interés por la regulación de las infracciones y sus penas, estableciendo penas de privación de libertad con una duración máxima de al menos 5 años para aquellas personas que incurran en un delito de trata tipificado en el art. 2 de la Directiva; y penas de privación de libertad con una duración máxima de al menos 10 años en el caso de que se trate de víctimas particularmente vulnerables, se cometa en el seno de una Organización Internacional, se ponga en peligro la vida de la víctima, etc. (art.4 Directiva) . Asimismo dedica dos de sus preceptos a la responsabilidad de las personas jurídicas y las posibles sanciones a estas (art. 5 y 6 Directiva).

En cuanto a las medidas destinadas a la investigación policial se recomienda a los Estados miembros que formen adecuadamente a los agentes y fiscales dedicados a la persecución de estos delitos que se instrumenten medidas como la interceptación de las comunicaciones, la vigilancia, el control de las cuentas bancarias y otras investigaciones financieras y por otro lado, se abre la posibilidad de que el procedimiento se inicie de oficio, así como de que continúe su curso aunque la víctima retire la declaración (art.9 Directiva).

Respecto a las medidas de protección en primer lugar podemos citar el art. 8 de la Directiva sobre el no enjuiciamiento de las víctimas de trata por su participación en actividades ilícitas a consecuencia de su situación, bajo la premisa de que debe protegerse a las víctimas, de conformidad con los principios básicos de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros correspondientes, contra el procesamiento o el castigo por actividades delictivas tales como el uso de documentación falsa o infracciones contempladas en la legislación sobre prostitución o inmigración que se hayan visto obligadas a cometer como consecuencia directa de ser objeto de la trata. El objetivo de esta protección es salvaguardar los derechos humanos de las víctimas, evitar una mayor victimización y animarlas a actuar como testigos en los procesos penales contra los autores. Los art. 11 a 17 de la Directiva se centran en las medidas de protección a las víctimas, en ellos se insta a los Estados miembros a proveer recursos para respaldar la asistencia, el apoyo y la protección a la

víctima, a través de un conjunto mínimo de medidas necesarias para permitir a la víctima recuperarse y escapar de sus traficantes. Se debe prestar asistencia y dar apoyo a una persona en cuanto existan indicios razonables para suponer que ha podido ser objeto de la trata de seres humanos, y con independencia de su voluntad de intervenir como testigo. Entre las medidas destinadas a proveer asistencia y apoyo, se encuentra la de representación legal, incluido a efectos de reclamar una indemnización. En cuanto al periodo de reflexión la Directiva se remite a otros instrumentos tales como Directiva 2004/81/CE, entre otras.

Las medidas de protección a las víctimas se extienden a las investigaciones y procesos penales de este delito, de forma que las víctimas gozan de una serie de derechos como el asesoramiento jurídico, la posibilidad de solicitar una protección especial por una situación de riesgo o la prevención de una victimización secundaria evitando repetir interrogatorios, contactos visuales con sus tratantes...además, por supuesto, de todas las prerrogativas que en el marco del proceso penal se reconoce a toda víctima de delito en aplicación de la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo de 15 de marzo de 2001, relativo al estatuto de la víctima en el proceso penal.

Los art. 13 a 16 se centran en la especial situación de los menores y su protección, en la presente Directiva el interés superior del menor tiene una consideración primordial, asimismo en caso de incertidumbre respecto a la minoría de edad, esta se presumirá a los efectos de salvaguardar y proteger al menor, se hace especial incidencia en la situación de los menores no acompañados adoptando medidas al respecto como la de nombramiento de tutor en aquellos casos en que se haga necesaria.

El art. 20 de la Directiva que venimos analizando crea la figura del Coordinador de la UE para la lucha contra la trata de seres humanos, y finalmente hasta el art 25 se disponen trámites como la vigencia y derogación de normas y el plazo de hasta 2013 para la recepción de la Directiva en el Derecho nacional.

5.- Consejo de Europa

Una vez observados los intentos tanto de la Unión Europea por abordar la lucha contra la trata de seres humanos desde un planteamiento básicamente punitivista o criminocéntrico hasta llegar al planteamiento actual de carácter victimocéntrico, como de las Naciones Unidas desde un punto de vista más cercano, desde un principio, a la protección de las víctimas, encontramos, finalmente, en el Consejo Europeo (organización internacional extracomunitaria de cooperación regional, con intervención en el marco europeo) el instrumento normativo que aborda plenamente la protección de los derechos de las víctimas de trata (Villacampa, 2011: 176; Pérez Alonso, 2008: 146), el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la Trata de

Seres humanos¹⁷, también conocido como Convenio de Varsovia, de 16 de mayo de 2005, ratificado por España el día 2 de abril de 2009¹⁸, siendo este el primer tratado internacional concebido específicamente para ofrecer unas normas mínimas de protección a las víctimas. Este Convenio es un documento cuya ratificación se esta demorando en exceso ya que pese a haber sido firmado hasta el momento por cuarenta y tres miembros del Consejo de Europa, solo ha sido ratificado por treinta y tres¹⁹ por lo que sólo en éstos últimos a entrado en vigor. El referido Convenio no ha sido ni firmado ni ratificado por países que han sido altamente influyentes en la política-criminal internacional sobre la trata de personas, como Estados Unidos, y ni siquiera ha sido todavía ratificado por la Unión Europea como organismo, pese a haber intervenido como tal en su elaboración.

El Consejo de Europa ha venido mostrando su interés por la lucha contra la trata a través de distintos instrumentos normativos²⁰ desde los años noventa, los cuales no entraremos a analizar para no incurrir en una innecesaria dilación.

Una vez realizada esta breve introducción podemos pasar a analizar el Convenio en ési mismo, el articulado de éste se estructura en cuatro áreas básicas siendo estas, la Prevención, la Protección a las víctimas, la Persecución del Delito y la Promoción de la cooperación a determinado nivel.

En Capítulo I comienza estableciendo cuales son los objetivos, el campo de aplicación y las definiciones más importantes del Convenio, en su art. 1, establece que el objetivo del presente es triple: “a) prevenir y combatir la trata de seres humanos, garantizando la igualdad entre las mujeres y los hombres; b) proteger los derechos de la persona de las víctimas de trata, crear un marco completo de protección y de asistencia a las víctimas y los testigos, garantizando la igualdad entre las mujeres y los hombres, así como garantizar una investigación y unas acciones judiciales eficaces; c) promover la cooperación internacional en el campo de la lucha contra la trata de seres humanos”.

¹⁷ Convenio nº 197 del Consejo de Europa.

¹⁸ BOE Núm. 219. Jueves 10 de septiembre de 2009. SEC. I. Pág. 76453.

¹⁹ Concretamente, el Convenio está en vigor en los siguientes países: Albania, Armenia; Austria, Azerbaiyán, Bélgica, Bosnia Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Chipre, Dinamarca, Francia, Georgia, Irlanda, Italia, Letonia, Luxemburgo, Malta, Moldavia, Montenegro, Holanda, Noruega, Polonia, Portugal; Rumania, San Marino, Serbia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Suecia, Macedonia, Ucrania y Gran Bretaña.

²⁰ Tales como, La Recomendación No R (91) 11 Sobre la *Explotación sexual, la Pornografía, la Prostitución y la Trata de menores y jóvenes mayores de edad*; la Recomendación No R (2000) 11 del Comité de Ministros, de 19 de mayo de 2000, sobre la *Lucha contra la Trata de Seres Humanos con Fines de Explotación Sexual*; la Recomendación No R (2001) 16 del Comité de Ministros, de 31 de octubre de 2001, sobre la *Protección de los Niños contra la Explotación Sexual*; la Recomendación 1545 (2002) de la Asamblea Parlamentaria estableciendo una campaña *contra la Trata de Mujeres*; la Recomendación 1610 (2003) sobre *Migración Conectada con la Trata de Mujeres y Prostitución*; la Recomendación 1611 (2003) sobre *Tráfico de Órganos en Europa*; la Recomendación 1663 (2004) sobre *Esclavitud Doméstica*.

Sin perjuicio de recoger las mismas conductas típicas señaladas en los instrumentos internacionales de Naciones Unidas y de la Unión Europea, mencionados anteriormente, extiende considerablemente su ámbito de aplicación toda vez que además de comprender la realizada al margen de la delincuencia organizada exige no solo el castigo de la trata interior (art.2) al establecer que “el presente Convenio se aplicará a todas las formas de trata de seres humanos, nacionales o transnacionales, relacionadas o no con la delincuencia organizada”, sino también previene la tipificación de la utilización de los servicios de la víctima una vez consumado el delito base: “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 artículo 4 apartado a del presente Convenio con conocimiento de que la persona en cuestión es víctima de la trata de seres humanos” (art. 19).

El Capítulo II contiene básicamente una serie de medidas de prevención de la trata, orientándose básicamente en las causas originadoras de este fenómeno, de esta forma el art. 5 en su segundo apartado establece literalmente que “las partes establecerán y/o apoyarán políticas y programas eficaces que puedan prevenir la trata de seres humanos por los medios siguientes u otros similares: investigaciones; campañas de información, sensibilización y educación; iniciativas sociales y económicas y programas de formación, en particular los destinados a las personas vulnerables ante la trata y los profesionales afectados por la trata de seres humanos”, a su vez demanda que los estados apoyen estas medidas desde un enfoque que tenga en cuenta los derechos humanos, la igualdad de hombres y mujeres y la particular situación de los niños. Asimismo y como uno de los elementos más novedosos respecto a otros instrumentos internacionales, es la especial incidencia que la convención hace sobre la desincentivación de la Demanda²¹ como estrategia preventiva tal y como podemos observar en el art. 6. Dentro de este capítulo y por lo tanto, dentro de las medidas de prevención consideradas por la Convención, podemos mencionar aquellas destinadas al control en las fronteras ya que se consideró que una mejor gestión de los controles en las fronteras y la cooperación haría la lucha contra la

²¹ Art. 6 reza “Con el fin de desincentivar la demanda que favorece todas las formas de explotación de las personas, en particular las mujeres y los niños, que tiene como resultado la trata, las Partes adoptarán o reforzarán medidas legales, administrativas, educativas, sociales, culturales o de otro tipo, incluyendo: a) investigación sobre las mejores prácticas, métodos y estrategias; b) medidas destinadas a que se tome conciencia de la responsabilidad y del importante papel de los medios de comunicación y de la sociedad civil para identificar la demanda como una de las causas profundas de la trata de seres humanos; c) campañas de información especializadas, en las que participen, cuando resulte adecuado, las autoridades públicas y los responsables políticos; d) medidas preventivas que incluyan programas educativos destinados a niñas y niños durante su escolaridad, que subrayen el carácter inaceptable de la discriminación basada en el sexo y sus consecuencias nefastas, la importancia de la igualdad entre las mujeres y los hombres, así como la dignidad y la integridad de cada ser humano”.

trata de seres humanos más eficaz (Explanatory Report, 2005: 111-116) medida concretada en el art. 7.

El Capítulo III detalla las medidas de protección de las víctimas de trata, no limitándose únicamente a las medidas de tutela previstas en el caso de que la víctima decida colaborar con la Administración de Justicia, y una vez que se halla inmersa en el marco de un procedimiento penal, a las que ni siquiera hacía referencia el Protocolo de Palermo, sino que se prevé un catálogo de derechos de las víctimas que se les reconoce a estas tan pronto se conozca su condición de tales, con independencia de su posterior intervención como testigos en un futuro procedimiento penal, dichas medidas son la “Identificación de las víctimas” (art. 10); “Protección de la vida privada” (art. 11); “Asistencia a las víctimas”(art. 12) adoptando medidas legislativas o de otro tipo necesarias para prestar asistencia a las víctimas en su restablecimiento físico, psicológico y social, ofreciendo unas condiciones de vida que garanticen su subsistencia, acceso a asistencia médica de urgencia, ayuda en materia de traducción e interpretación, asesoría e información, etc.; “Periodo de recuperación y de reflexión” (art. 13) dadas las terribles circunstancias a las que se ven sometidas las víctimas de trata es necesario que cuenten con un periodo de tiempo en el que la víctima comience el camino hacia la recuperación, durante el cual no pueda ser repatriada y en el que no se encuentra aún en condiciones de decidir si quiere o no colaborar con la Administración de Justicia. La Convención obliga a las Partes a establecer en su Derecho interno un período de reflexión que dure por lo menos 30 días. Este período mínimo constituye una importante garantía para las víctimas y sirve para varios propósitos. Uno de los propósitos de este período es que las víctimas puedan restablecerse y escapar a la influencia de los traficantes. La recuperación de las víctimas implica, por ejemplo, la curación de las heridas y la recuperación del asalto físico que han sufrido. Esto también implica que se han recuperado un mínimo de estabilidad psicológica (Explanatory Report, 2005: 172-179); “Permiso de Residencia” (art. 14) de forma que transcurrido el periodo de reflexión, exista la posibilidad de que se expida un permiso de residencia a la víctimas del delito de trata, sin que se prevea un periodo de duración mínimo de ese permiso y sin que sea necesaria la colaboración de la víctima con la Administración de Justicia. En el caso de los niños, el permiso de residencia se expedirá teniendo en cuenta su interés superior y se renovará tomando también a éste en consideración. “Indemnización y recursos” (art. 15) El propósito de este artículo es asegurar que las víctimas de la trata de seres humanos sean compensados por los daños sufridos. Se compone de cuatro párrafos. El primero se refiere a la información a las víctimas. La segunda trata de derecho de las víctimas a la asistencia jurídica. La tercera establece el derecho de las víctimas a la indemnización y el cuarto se refiere a las garantías de compensación²². “Repatriación y retorno de las

²²Art. 15. 1 Las Partes garantizarán a las víctimas, desde su primer contacto con las autoridades competentes, el acceso a la información sobre los procedimientos judiciales y administrativos

víctimas” (art. 16) una vez extinguido el permiso concedido, si no se ha concedido asilo a la víctima de la trata ni ha obtenido permiso de residencia ordinario, procede la repatriación; “Igualdad entre mujeres y hombres” (art. 17) el principal objetivo de este artículo tiene por objeto llamar la atención sobre el hecho de que las mujeres, de acuerdo con los datos existentes, son el principal grupo objetivo de la trata de seres humanos y al hecho de que las mujeres, que son susceptibles a ser víctimas, a menudo son marginadas, incluso antes de convertirse en víctimas de la trata siendo víctimas de la pobreza y el desempleo más a menudo que los hombres (Explanatory Report, 2005: 210).

En Capítulo IV, centra su atención en las medidas a adoptar por los Estados Partes en el ámbito del Derecho penal sustantivo éstas se basan principalmente en la obligación de los estados de incriminar como delito la trata de personas tal y como se define en el propio Convenio, cuando los hechos hayan sido cometidos intencionadamente (art. 18). Asimismo considera infracción penal tanto la tentativa como la complicidad²³ según lo dispuesto en el art. 21. Es importante destacar el contenido del art. 19 de la Convención según el cual: “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 artículo 4 apartado a del presente Convenio con conocimiento de que la persona en cuestión es víctima de la trata de seres humanos”, de manera que por primera vez se tipifica la utilización de los servicios de una víctima a sabiendas de su condición de tal.

Dentro de este capítulo se establece un régimen de responsabilidad de las personas jurídicas y de sanciones y medidas así como todo aquello relativo a las circunstancias agravantes (art. 22, 23 y 24) al respecto podemos remarcar, entre otras medidas, la posibilidad de confiscación o incautación de los instrumentos y productos relacionados con todas las conductas cuya incriminación se prevé en el Convenio, así como las medidas de cierre temporal o definitivo de todo establecimiento utilizado

pertinentes, en un idioma que puedan comprender. 2 Las Partes deberán prever, en su legislación interna, el derecho a la asistencia de un defensor y a una asistencia jurídica gratuita para las víctimas, de acuerdo con las condiciones previstas por su legislación interna. 3 Las Partes deberán prever, en su legislación interna, el derecho para las víctimas a ser indemnizadas por los autores de los delitos. 4 Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que la indemnización de las víctimas quede garantizada, en las condiciones previstas por su legislación interna, por ejemplo mediante la creación de un fondo para la indemnización de las víctimas o mediante otras medidas o programas destinados a la asistencia e integración sociales de las víctimas, que podrían financiarse con cargo a los haberes procedentes de las medidas previstas en el artículo 23.

²³ Art 21 reza: “1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo que resulten necesarias para convertir en infracción penal todo tipo de complicidad cuando se cometa intencionadamente con vistas a la comisión de uno de los delitos tipificados en aplicación de los artículos 18 y 20 del presente Convenio. 2. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo que resulten necesarias para convertir en infracción penal toda tentativa intencionada de cometer uno de los delitos tipificados en aplicación de los artículos 18 y 20, apartado a, del presente Convenio”.

para cometer la trata de seres humanos y sin duda la más remarcable es la incluida en el art. 26 en virtud de la cual “las Partes deberán prever, con arreglo a los principios fundamentales de su sistema jurídico, la posibilidad de no imponer sanciones a las víctimas por haber tomado parte en actividades ilícitas cuando hayan sido obligadas a ello”, contemplando una excusa absolutoria o cláusula personal de levantamiento de pena fundamentada en la situación de temor a que pueden haberse visto conducidas las víctimas en el momento de cometer el delito que puede ser incorporada por los Estados Parte tanto como disposición de Derecho penal sustantivo como entre sus normas procesales (Explanatory Report, 2005: 272).

El Capítulo V se centra en el Derecho procesal penal y de competencia conteniendo disposiciones como la ampliación de la competencia de los tribunales nacionales sobre hechos delictivos acaecidos fuera de sus fronteras, que ya habían sido incorporados en otras normas supranacionales que vinculan al Estado español; aunque la principal novedad radica en que el Convenio dedique un capítulo a medidas de carácter procesal, de forma que se prevé, entre otras, la posibilidad de que este tipo de delitos sean perseguibles de oficio (art. 27), o la ampliación de la competencia de los Tribunales de los Estados Parte más allá de los mandatos del principio de territorialidad (art. 31), así como la necesidad de contar con personas o entidades especializadas en la lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas (art. 29).

El capítulo VI establece las disposiciones relativas a la cooperación internacional entre las Partes en la Convención. Las disposiciones no se limitan a la cooperación judicial en materia penal. También están preocupados con la cooperación en la prevención de la trata y en la protección de las víctimas y la asistencia. En cuanto a la cooperación judicial en materia penal, el Consejo de Europa ya cuenta con un importante conjunto de instrumentos normativos, cabe mencionar aquí el Convenio Europeo de Extradición (STE n.º 24), el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal (ETS N.º 30), los Protocolos de estos (ETS N.º 86, 98, 99 y 182) y el Convenio relativo al Blanqueo, Seguimiento, Embargo y Decomiso de los productos del Delito (ETS No. 141). Estos tratados son instrumentos intersectoriales que se aplican a un gran número de delitos, no a un determinado tipo de delito. En este capítulo el Convenio en su artículo 32, exige a las Partes a cooperar en la mayor medida posible en virtud de los instrumentos existentes²⁴, a su vez, establece un mecanismo de supervisión desarrollado en el Capítulo VII que, entre otras cosas, se encargará de

²⁴ El Art. 32 reza: “Las Partes cooperarán, con arreglo a lo dispuesto en el presente Convenio, en aplicación de los instrumentos internacionales y regionales pertinentes aplicables, de los acuerdos basados en disposiciones uniformes o recíprocas de sus legislaciones internas, en la medida más amplia posible, con el fin de: prevenir y combatir la trata de seres humanos; proteger y prestar asistencia a las víctimas; realizar investigaciones o procedimientos relativos a los delitos tipificados con arreglo al presente Convenio”.

supervisar la aplicación del artículo 32, la forma en que tales instrumentos intersectoriales se aplican para combatir la trata de seres humanos.

Por último, el Capítulo VII prevé la articulación de un mecanismo de seguimiento contiene disposiciones encaminadas a garantizar la aplicación efectiva de la Convención por las Partes. El sistema de seguimiento previsto en la Convención, que es sin duda uno de sus principales puntos fuertes, tiene dos pilares: por un lado, el Grupo de Expertos contra la trata de seres humanos (GRETA) órgano técnico, compuesto por expertos independientes y altamente cualificados en el área de derechos humanos, la asistencia y protección a las víctimas y la lucha contra la trata de seres humanos, con la tarea de adoptar un informe y las conclusiones sobre la aplicación de cada Parte de la Convención, por el contrario, existe un órgano más político, el Comité de las Partes, integrada por los representantes en el Comité de Ministros de las Partes en la Convención y de los representantes de las Partes que no son miembros del Consejo de Europa, que podrá adoptar las recomendaciones, sobre la base del informe y las conclusiones del GRETA , dirigida a una de las Partes sobre las medidas que deben adoptarse para dar seguimiento a las conclusiones del GRETA (Explanatory Report, 2005: 354).

En el presente epígrafe se ofrece el enfoque que del delito de trata establece la normativa internacional y europea, en cuyo caso podemos destacar la transformación de estos instrumentos hacia un fenómeno esencialmente relacionado con la protección de los derechos humanos. En primer lugar, realizamos un breve recorrido por los antecedentes legislativos relacionados con la trata desde el S. XIX. En segundo lugar, ofrecemos una aproximación a la trata en la normativa internacional vigente desde diversos puntos de vista partiendo de su estrecha relación con las migraciones, pasando por la perspectiva del trabajo para finalizar con su aproximación desde el punto de vista de la esclavitud. En tercer lugar, penetramos en la normativa específica de la trata analizando de forma individual los instrumentos internacionales más importantes. En cuarto lugar, dedicamos parte del presente apartado al análisis de los instrumentos europeos reguladores de la trata y finalizamos con lo dispuesto por el Consejo de Europa como organización internacional extraeuropea con intervención en el marco europeo.

IV.- LEGISLACIÓN INTERNA PAÍSES EUROPEOS

1.- Alemania

Alemania se encuentra entre los países europeos que regulan conjuntamente la trata de personas y su explotación, al igual que otros países como Italia, Austria o Portugal. El delito de Trata de Personas (*Menschenhandel*) se ubica en el capítulo 18 de la Parte Especial del Código Penal Alemán (StGB), entre los “Delitos contra la libertad personal” (*Straftaten gegen die Persönliche Freiheit*) dentro de los cuales se incluyen:

-El delito de trata de seres humano con la finalidad de explotación sexual (*Menschenhandel zum Zweck der sexuellen Ausbeutung*) §232 StGB.

-El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral (*Menschenhandel zum Zweck der Ausbeutung der Arbeitskraft*) §233 StGB.

-El delito de favorecimiento de la trata de personas (*Förderung der Menschenhandels*) §233 a StGB.

También se incluyen otros tipos delictivos que podrían incluirse en los supuestos de trata como el delito de secuestro (*Menschenraub*, §234 StGB) o el delito de trata de niños (*Kindelhandel*, §236 StGB).

Los preceptos enumerados fueron incluidos en el Código Penal alemán tras la reforma operada en 2005 al objeto de cumplir con lo requerido por la Decisión Marco 2002/629/JAI y con lo dispuesto en el Protocolo de Palermo. Hasta entonces, únicamente se recogía el delito de trata de personas para la explotación sexual, incluyéndose éste, dentro de los delitos contra la libertad sexual por lo que con esta reforma se incluyeron otros tipos delictivos no recogidos hasta entonces, de la misma forma, se amplió la consideración del delito de trata de personas para la explotación sexual desde una perspectiva exclusivamente de género a una posición neutral en la que se abarca más ampliamente este tipo delictivo.

Como ya explicamos al inicio del presente epígrafe, Alemania se encuentra entre los ordenamientos jurídicos de la Europa continental que incriminan conjuntamente los supuestos de trata y los de explotación. Con la singularidad de que sitúa en lugar preferente la incriminación de la explotación sexual o laboral, bajo la denominación de trata y, en un segundo término, las conductas de promoción de la trata de personas que cubren actos preparatorios o auxiliares a aquellos pero que son las que corresponden con el concepto internacional de trata.

En primer lugar, “El delito de tráfico de personas con el fin de explotación sexual” aparece recogido en el §232 del Código Penal alemán²⁵ consiste en determinar a una persona que se encuentra en una situación de necesidad o vulnerabilidad que se deriva de su residencia en un país extranjero, a iniciarse o proseguir en la prostitución o a llevar a cabo actos de naturaleza sexual a realizar sobre o ante el autor o sobre o ante un tercero o que se realicen por el autor o por un tercero sobre la víctima. Se tipifica y castiga con la misma pena a quien determine a un menor de 21 años a iniciar o proseguir en la prostitución o a realizar alguna de las acciones de naturaleza sexual anteriormente mencionadas.

El delito requiere que el autor se aproveche objetivamente de una situación de miseria, apuro económico... o del desamparo anudado a la estancia de una persona en un país extranjero. Salvo que la víctima sea menor de 21 años, en cuyo caso, no se requiere el aprovechamiento de ninguna de tales situaciones. Las actividades a las que se ve determinada la víctima son:

-La prostitución forzada al inicio o a la continuación de esa actividad.

-Se obligue a la víctima a efectuar conductas de carácter sexual, que pueden tener lugar con el autor o con cualquier tercero, entre las que se incluirían el comercio de esposas, la producción de pornografía, la electrónica o la intervención en espectáculos de naturaleza sexual, entre otras posibilidades.

El precepto determina que la tentativa es punible (*Der Versuch ist strafbar*, §232.2).

La pena correspondiente al tipo básico del delito es de 6 meses a 10 años de prisión. Las penas se agravan cuando concurren algunas de las circunstancias establecidas que contempla el §232.3 StGB, es decir, que la víctima sea un niño; que el autor cometa un maltrato corporal grave o ponga en peligro la vida de la víctima en la

²⁵ **§ 232. Menschenhandel zum Zweck der sexuellen Ausbeutung:** **1** Wer eine andere Person unter Ausnutzung einer Zwangslage oder der Hilflosigkeit, die mit ihrem Aufenthalt in einem fremden Land verbunden ist, zur Aufnahme oder Fortsetzung der Prostitution oder dazu bringt, sexuelle Handlungen, durch die sie ausgebeutet wird, an oder vor dem Täter oder einem Dritten vorzunehmen oder von dem Täter oder einem Dritten an sich vornehmen zu lassen, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren bestraft. Ebenso wird bestraft, wer eine Person unter einundzwanzig Jahren zur Aufnahme oder Fortsetzung der Prostitution oder zu den sonst in Satz 1 bezeichneten sexuellen Handlungen bringt. **2** Der Versuch ist strafbar. **3** Auf Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren ist zu erkennen, wenn 1. das Opfer der Tat ein Kind (§ 176 Abs. 1) ist, 2. der Täter das Opfer bei der Tat körperlich schwer misshandelt oder durch die Tat in die Gefahr des Todes bringt oder, 3. der Täter die Tat gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat, begeht. **4** Nach Absatz 3 wird auch bestraft, wer 1. eine andere Person mit Gewalt, durch Drohung mit einem empfindlichen Übel oder durch List zur Aufnahme oder Fortsetzung der Prostitution oder zu den sonst in Absatz 1 Satz 1 bezeichneten sexuellen Handlungen bringt oder, 2. sich einer anderen Person mit Gewalt, durch Drohung mit einem empfindlichen Übel oder durch List bemächtigt, um sie zur Aufnahme oder Fortsetzung der Prostitution oder zu den sonst in Absatz 1 Satz 1 bezeichneten sexuellen Handlungen zu bringen. **5** In minder schweren Fällen des Absatzes 1 ist auf Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren, in minder schweren Fällen der Absätze 3 und 4 ist auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu erkennen.

ejecución del hecho; o que el autor cometa el hecho de manera habitual o como miembro de una banda formada para la comisión continuada de estos delitos. Tales penas se verán rebajadas penas de 3 meses a 5 años y 6 meses a 5 años para los tipos cualificados en los casos menos graves.

De igual manera se agrava la responsabilidad penal, aunque podría considerarse un delito autónomo en relación con los establecidos en los párrafos anteriores, en aquellos casos en que se determine a otro mediante coacción, amenaza o engaño a iniciar o proseguir en la prostitución o a realizar alguna de las acciones de naturaleza sexual que se mencionaron anteriormente. Es decir, en tales casos, el autor no debe aprovecharse objetivamente de una situación de apuro o de desamparo de la víctima, sino que debe emplear determinados medios como la violencia, la intimidación o el engaño para colocar a la víctima en la situación de explotación descrita en el apartado 1.

En segundo lugar, “El delito de trata para la explotación laboral” se contempla en el §233 StGB²⁶ en el que se considera un delito que protege la libre determinación sobre la propia capacidad de trabajo, consiste en determinar a una persona que se encuentra en una situación de necesidad o de vulnerabilidad que se deriva de su residencia en un país extranjero a la esclavitud, servidumbre o servidumbre por deudas, o a aceptar o mantenerse en una ocupación laboral en la que aquél o un tercero le imponen condiciones laborales en extrema desproporción a las condiciones de trabajo a las que están sometidos otros trabajadores que realizan la misma o similar actividad laboral.

Al tipo básico descrito le corresponde la misma pena que al contemplado para el delito de trata con fines de explotación sexual, es decir, prisión de 6 meses a 10 años. Los supuestos cualificados en los cuales se agravan las penas se corresponden con los mismos supuestos establecidos en el precepto anterior, al igual que el tipo cualificado descrito en el caso de que la colocación de una persona en una situación de explotación se produzca mediante el empleo de medios como la violencia, la amenaza de daño grave o el engaño o ardid, así como las rebajas en las penas determinadas para aquellos casos menos graves. También en este caso, si nos hallamos frente a una

²⁶ § 233 Menschenhandel zum Zweck der Ausbeutung der Arbeitskraft: 1 Wer eine andere Person unter Ausnutzung einer Zwangslage oder der Hilflosigkeit, die mit ihrem Aufenthalt in einem fremden Land verbunden ist, in Sklaverei, Leibeigenschaft oder Schuldknechtschaft oder zur Aufnahme oder Fortsetzung einer Beschäftigung bei ihm oder einem Dritten zu Arbeitsbedingungen, die in einem auffälligen Missverhältnis zu den Arbeitsbedingungen anderer Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer stehen, welche die gleiche oder eine vergleichbare Tätigkeit ausüben, bringt, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren bestraft. Ebenso wird bestraft, wer eine Person unter einundzwanzig Jahren in Sklaverei, Leibeigenschaft oder Schuldknechtschaft oder zur Aufnahme oder Fortsetzung einer in Satz 1 bezeichneten Beschäftigung bringt. 2 Der Versuch ist strafbar. 3 § 232 Abs. 3 bis 5 gilt entsprechend.

víctima menor de 21 años el tipo se comete con independencia de que se empleen los medios comisivos mencionados. Al igual que en el delito anterior, la tentativa es punible.

Es importante señalar que la trata de personas que tiene por objeto el trasplante de órganos no se incluye en este tipo delictivo ya que el ordenamiento alemán, regula esta circunstancia fuera del Código Penal en la “*Transplantationsgesetz*”.

En tercer lugar, el “Delito de favorecimiento de la trata de personas” tipificado en el §233 a StGB tipifica el favorecimiento del tráfico de personas con fines de explotación sexual o laboral reclutando, transportando, haciendo llegar a su destino, albergando u hospedando a una persona. Este precepto establece la imposición de una pena de prisión de 3 meses a 5 años a quien favorezca un delito de trata de personas de los contemplados en los §§ 232 o 233 StGB, bien reclutando, transportando, transmitiendo, alojando o acogiendo a una persona encaminada a la realización de un concreto supuesto de explotación de los contemplados en los preceptos anteriores. De igual forma, se admite la punición de la tentativa.

Para concluir, únicamente mencionar que a los tipos delictivos de trata de personas, en cuanto a la competencia de los tribunales alemanes, se les aplica el principio de Justicia Universal sobre el cual nos centraremos posteriormente.

2.- Italia

En el supuesto de Italia, al igual que Alemania, la Trata de personas se incrimina junto con los supuestos de explotación en un mismo capítulo del Código Penal.

En cuanto a la ubicación sistemática, se sitúa en la Sección Primera “*Dei delitti contro la personalità individuale*” del Capítulo III “*Die delitti contro la libertà individuale*” entre los delitos contra la persona, del libro segundo del Código Penal italiano en el cual se regula:

-Delito de reducción o mantenimiento en una situación de esclavitud o servidumbre (art. 600 CPi).

-Delito de trata de personas (art. 601 CPi).

-Delito de compra-venta de esclavos (art. 602 CPi).

Estos delitos han sido tradicionalmente previstos en el CPi, pero fueron modificados por la *Legge* de 11 de agosto de 2003 n° 228 “*Di misure contro la tratta di personae*”.

En primer lugar, en el delito de reducción o mantenimiento en una situación de esclavitud o servidumbre²⁷ se describe la conducta típica que consiste en el ejercicio sobre una persona de un poder correspondiente al del derecho de propiedad, así como la reducción o mantenimiento de la persona en un estado de sujeción continuada, obligándola a la realización de prestaciones de carácter laboral o sexual o bien a la servidumbre o a prestaciones que comporten su explotación.

Todo ello tiene lugar cuando la conducta se realiza a través de los siguientes medios comisivos: violencia, amenaza, engaño, abuso de autoridad o aprovechamiento de una situación de inferioridad física o psíquica de la víctima, de una situación de necesidad, o mediante promesa o dación de sumas de dinero o algún tipo de ventaja a quien tenga autoridad sobre la persona. El empleo de tales medios comisivos debe acontecer siempre, incluso cuando la víctima es un menor.

La pena será de 8 a 20 años de prisión y se agravará, entre un tercio y la mitad, en aquellos casos en los que la víctima es un menor así como en aquellos otros en el que el delito tiene como finalidad la explotación de la prostitución o para someter a la persona a la extracción de órganos.

En segundo lugar, el art. 601 del CPi tipifica el delito de trata de personas²⁸, según el cual, se castiga con la misma pena que en el supuesto anterior de esclavitud, la conducta de aquel que aprovechando el estado de sometimiento definido en el precepto anterior, obliga a otro a entrar, mantenerse o salir del territorio italiano, o a

²⁷ **Art. 600. Riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù.** Chiunque esercita su una persona poteri corrispondenti a quelli del diritto di proprietà ovvero chiunque riduce o mantiene una persona in uno stato di soggezione continuativa, costringendola a prestazioni lavorative o sessuali ovvero all'accattonaggio o comunque a prestazioni che ne comportino lo sfruttamento, è punito con la reclusione da otto a venti anni. La riduzione o il mantenimento nello stato di soggezione ha luogo quando la condotta è attuata mediante violenza, minaccia, inganno, abuso di autorità o approfittamento di una situazione di inferiorità fisica o psichica o di una situazione di necessità, o mediante la promessa o la dazione di somme di denaro o di altri vantaggi a chi ha autorità sulla persona. La pena è aumentata da un terzo alla metà se i fatti di cui al primo comma sono commessi in danno di minore degli anni diciotto o sono diretti allo sfruttamento della prostituzione o al fine di sottoporre la persona offesa al prelievo di organi.

²⁸ **Art. 601. Trata di persone.** Chiunque commette tratta di persona che si trova nelle condizioni di cui all'articolo 600 ovvero, al fine di commettere i delitti di cui al primo comma del medesimo articolo, la induce mediante inganno o la costringe mediante violenza, minaccia, abuso di autorità o approfittamento di una situazione di inferiorità fisica o psichica o di una situazione di necessità, o mediante promessa o dazione di somme di denaro o di altri vantaggi alla persona che su di essa ha autorità, a fare ingresso o a soggiornare o a uscire dal territorio dello Stato o a trasferirsi al suo interno, è punito con la reclusione da otto a venti anni. La pena è aumentata da un terzo alla metà se i delitti di cui al presente articolo sono commessi in danno di minore degli anni diciotto o sono diretti allo sfruttamento della prostituzione o al fine di sottoporre la persona offesa al prelievo di organi.

trasladarse en su interior, con la intención de someterlo o mantenerlo en una situación de esclavitud o servidumbre.

Los agravantes en este caso son los mismos que los previstos para el delito de reducción o mantenimiento de una persona en situación de esclavitud o servidumbre; es decir, los casos en que la víctima sea un menor de edad o que la finalidad sea la explotación sexual o la extracción de órganos.

En tercer lugar, el art. 602 del CPI tipifica el delito de compra-venta de esclavos²⁹ en el que se castigan aquellos supuestos de adquisición, venta o cesión de una persona que se halle en una de las situaciones que contempla el art. 600 del CPI y que no puedan ser tipificados conforme al delito de trata de personas del art. 601 del CPI.; por lo que podría considerarse un tipo residual.

De igual forma, este delito se agrava cuando la víctima es menor de edad o cuando tiene como finalidad la explotación de la prostitución o el sometimiento a la víctima a la explotación de la prostitución o la extracción de órganos.

Los tipos delictivos analizados contienen un tipo cualificado común, aplicándose estos en los casos en que la víctima sea menor de edad o la finalidad sea la explotación de la prostitución o la extracción de órganos. Ahora bien, el CPI ha introducido una serie de tipos cualificados anejos a la tipificación de otras infracciones relacionadas con la trata de personas, así como dos tipos privilegiados. De esta forma, el art. 600 sexies incorpora las infracciones relacionadas con la prostitución y la pornografía de menores, estableciendo como agravantes aquellos casos en que el delito sea cometido por un ascendiente, por el padre o la madre adoptivos, o por su cónyuge o conviviente, por el tutor o por persona a quien el menor ha sido confiado por motivo de cuidado, educación, instrucción, vigilancia, custodia, trabajo, o por un funcionario público en ejercicio de sus funciones o bien, finalmente, si se comete en perjuicio de un menor en estado de enfermedad o de disminución física, bien sea natural o provocada.

De igual forma, se establece la rebaja de la pena en los casos en que se actúa concretamente de manera que el menor de edad recupere su propia autonomía y libertad y en los supuestos de arrepentimiento, este último, solo aplicable a los casos de trata no de esclavitud.

²⁹ **Art. 602. Acquisto e alienazione di schiavi.** Chiunque, fuori dei casi indicati nell'articolo 601, acquista o aliena o cede una persona che si trova in una delle condizioni di cui all'articolo 600 è punito con la reclusione da otto a venti anni. La pena è aumentata da un terzo alla metà se la persona offesa è minore degli anni diciotto ovvero se i fatti di cui al primo comma sono diretti allo sfruttamento della prostituzione o al fine di sottoporre la persona offesa al prelievo di organi.

El art. 600 octies del CPi tipifica el empleo de menores para la mendicidad en el cual se incrimina a quien emplea a un menor de 14 de años para mendigar, así como permitir que tal persona cuando se halle sometida a la autoridad del sujeto activo o le haya sido dada en custodia o vigilancia al mismo, mendigue o que otro se valga de ella para mendigar, castigando tales conductas con penas de prisión de hasta 3 años.

Es importante señalar la inclusión que en el delito de asociación para delinquir (art. 416 CPi), del tipo cualificado en aquellos casos en que dicha asociación tenga por finalidad la comisión de uno de los delitos contemplados en los art. 600, 601 y 602 del CPi.

El art. 600 septies contempla una serie de sanciones accesorias aplicables como un comiso ampliado, la clausura definitiva de actividades en cuya realización haya sido financiada la comisión del delito o la prohibición de realizar cualquier actividad en una escuela de cualquier tipo o grado, así como el desempeño de cualquier empleo o servicio en instituciones o estructuras públicas o privadas frecuentadas prevalentemente por menores.

El art. 604 CPi prevé la aplicación extraterritorial de la ley penal italiana en los supuestos de los delitos contenidos en esta sección cuando los cometan ciudadanos italianos, o bien cuando los cometa un ciudadano italiano de acuerdo con un ciudadano extranjero, penándose al ciudadano extranjero en determinados supuestos.

3.- Portugal

Portugal sigue la misma línea que en los casos anteriores tipifica el delito de trata en todas sus fases de manera conjunta. La ubicación sistemática del delito de trata aparece tipificado en el art. 160 del CPp³⁰ como una conducta delictiva que goza de autonomía al margen de la realización de un posterior acto de explotación.

³⁰ **Artigo 160 Tráfico de pessoas 1.** Quem oferecer, entregar, aliciar, aceitar, transportar, alojar ou acolher pessoa para fins de exploração sexual, exploração do trabalho ou extracção de órgãos: a) Por meio de violência, rapto ou ameaça grave; b) Através de ardil ou manobra fraudulenta; c) Com abuso de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, económica, de trabalho ou familiar; d) Aproveitando-se de incapacidade psíquica ou de situação de especial vulnerabilidade da vítima; ou e) Mediante a obtenção do consentimento da pessoa que tem o controlo sobre a vítima; é punido com pena de prisão de três a dez anos. **2.** A mesma pena é aplicada a quem, por qualquer meio, aliciar, transportar, proceder ao alojamento ou acolhimento de menor, ou o entregar, oferecer ou aceitar, para fins de exploração sexual, exploração do trabalho ou extracção de órgãos. **3.** No caso previsto no número anterior, se o agente utilizar qualquer dos meios previstos nas alíneas do n.º 1 ou actuar profissionalmente ou com intenção lucrativa, é punido com pena de prisão de três a doze anos. **4.** Quem, mediante pagamento ou outra contrapartida, oferecer, entregar, solicitar ou aceitar menor, ou obtiver ou prestar consentimento na sua adopção, é punido com pena de prisão de um a cinco anos. **5.** Quem, tendo conhecimento da prática de crime previsto nos n.ºs 1 e 2, utilizar os serviços ou órgãos da

El tipo básico establecido consiste en ofrecer, entregar, seducir, aceptar, transportar, alojar o acoger a una persona con la finalidad de explotarla sexualmente, para el trabajo o para la obtención de órganos.

Se aplica una pena de prisión de 3 a 10 años. Los medios comisivos empleados, salvo que la víctima sea un menor son la violencia, engaño o amenaza grave; engaño o maniobra fraudulenta; el abuso de autoridad resultante de una relación de dependencia jerárquica, económica, profesional o familiar; el aprovechamiento de la incapacidad psíquica o la situación de especial vulnerabilidad de la víctima o la obtención del consentimiento de la persona que tiene control sobre la víctima.

El tipo cualificado establecido señala una pena de 3 a 12 años de prisión en el caso de que la víctima sea menor de edad, se empleen los medios comisivos contemplados en el número 1 del precepto o se actúe profesionalmente o con intención lucrativa. Además se incrimina la retención, ocultación, destrucción o daño a los documentos de identificación o de viaje de la víctima de trata.

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

4.- Francia

El Ordenamiento Penal Francés hasta no hace mucho no incriminaba el delito de trata de personas como tal ya que se focalizaba el mismo en los supuestos de explotación sexual y estos ya venían siendo regulados dentro de los delitos de proxenetismo. La mayoría de los supuestos de trata de personas, cuanto menos los que tienen como finalidad la explotación sexual, se continúan incriminando conforme a los delitos de proxenetismo previstos en los arts. 225-5 y ss. del CPf.

No fue hasta la firma por parte del Estado francés del Protocolo de Palermo que se publicó la Ley núm. 2003-239 la cual introdujo en el cap. V del Título II Libro II CPf, entre los delitos contra la dignidad de las personas, la sección 1 bis, relativa a la incriminación del delito de trata de seres humanos. La Ley núm. 2007-1631 (Loi nº 2007-1631 du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l’immigration, à l’intégration et à l’asile) establece definitivamente el tipo básico del delito definiendo la trata de

vítima é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal. 6. Quem retiver, ocultar, danificar ou destruir documentos de identificação ou de viagem de pessoa vítima de crime previsto nos n.ºs 1 e 2 é punido com pena de prisão até três anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

personas como el reclutamiento, transporte, transferencia, albergue o acogimiento de una persona, a cambio de una remuneración o de cualquier otra ventaja o de una promesa de remuneración o de ventaja, para ponerla a disposición de un tercero, incluso no identificado, con el fin de permitir la comisión contra esa persona de infracciones de proxenetismo, agresión o atentados sexuales, explotación de la mendicidad, de condiciones de trabajo o de alojamiento contrarias a su dignidad o para obligar a esta persona a cometer un crimen o delito³¹.

Observamos que en el Código Penal Francés, en cuanto a la finalidad, no se comete el delito con la finalidad de explotación genérica sino con la finalidad de obtener un beneficio económico.

La pena aplicable consiste en 7 años de prisión y multa de 150.000 euros (art. 225-4-1 CPf).

El tipo cualificado de primer grado establecido señala una pena de hasta 10 años de prisión y multa de 1.500.000 euros en los supuestos en que el delito se cometa con los tipos agravados correspondientes. Existen varios tipos de agravantes, en primer lugar, aquellas relativas a las características de la víctima incluyéndose dentro de estas aquellos cometidos contra un menor, una persona particularmente vulnerable, un conjunto de personas, una persona que se halla fuera del territorio francés o tras su llegada; en segundo lugar, según el empleo de ciertos medios comisivos como la amenaza, coacción, violencia o maniobras dolosas que conciernan a la víctima, a su familia o a una persona con la que tenga relación habitual; en tercer lugar, aquellos agravantes relativos a las características del autor del delito, es decir, aquellas ocasiones en las que el delito es cometido por un ascendiente legítimo, natural o adoptivo de la víctima de la infracción o una persona que tiene autoridad sobre la misma o que abusa de la autoridad que le confieren sus funciones, o porque es una persona llamada a combatir la trata de seres humanos o a mantener el orden público.

En el caso francés los medios comisivos no se integran como elementos del tipo básico, tal y como se refleja en las definiciones internacionales, sino que constituyen circunstancias agravantes.

³¹ **Article 225-4-1** De la traite des êtres humains. La traite des êtres humains est le fait, en échange d'une rémunération ou de tout autre avantage ou d'une promesse de rémunération ou d'avantage, de recruter une personne, de la transporter, de la transférer, de l'héberger ou de l'accueillir, pour la mettre à sa disposition ou à la disposition d'un tiers, même non identifié, afin soit de permettre la commission contre cette personne des infractions de proxénétisme, d'agression ou d'atteintes sexuelles, d'exploitation de la mendicité, de conditions de travail ou d'hébergement contraires à sa dignité, soit de contraindre cette personne à commettre tout crime ou délit. La traite des êtres humains est punie de sept ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende.

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

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

5.- Gran Bretaña

La regulación del delito de trata de personas en Gran Bretaña, concretamente en Inglaterra y Gales e Irlanda del Norte, incrimina separadamente los delitos de trata de personas para la explotación sexual, que singulariza, y el delito de trata de personas para cualquier otra finalidad de explotación, que se incrimina en otro cuerpo normativo distinto.

La Trata de personas para la explotación sexual se regula mediante la Sexual Offences Act de 2003 en los art. 57 a 60 en los cuales diferencia la trata en función de que la misma implique un movimiento geográfico hacia el interior del territorio británico (Trafficking Into the UK for sexual Exploitation, art. 57.), en territorio británico (Trafficking within the UK for Sexual Exploitation, art. 58.), o hacia el exterior de dicho territorio (Trafficking Out of the UK for Sexual Exploitation, art. 59.).³²

³² **Art. 57. Trafficking into the UK for sexual exploitation.** 1. A person commits an offence if he intentionally arranges or facilitates the arrival in, or the entry into, the United Kingdom of another person (B) and either, a) he intends to do anything to or in respect of B, after B's arrival but in any part of the world, which if done will involve the commission of a relevant offence, or b) he believes that another person is likely to do something to or in respect of B, after B's arrival but in any part of the world, which if done will involve the commission of a relevant offence. 2. A person guilty of an offence under this section is liable a) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding 6 months or a fine not exceeding the statutory maximum or both; b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 14 years. **Art. 58. Trafficking within the UK for sexual exploitation.** 1. A person commits an offence if he intentionally arranges or facilitates travel within the United Kingdom by another person (B) and either a) he intends to do anything to or in respect of B, during or after the journey and in any part of the world, which if done will involve the commission of a relevant offence, or b) he believes that another person is likely to do something to or in respect of B, during or after the journey and in any part of the world, which if done will involve the commission of a relevant offence. 2. A person guilty of an offence under this section is liable a) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding 6 months or a fine not exceeding the statutory maximum or both; b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 14 years. **Art. 59. Trafficking out of the UK for sexual exploitation.** 1. A person commits an offence if he intentionally arranges or facilitates the departure from the United Kingdom of another person (B) and either a) he intends to do anything to or in respect of B, after B's departure but in any part of the world, which if done will involve the commission of a relevant offence, or b) he believes that another person is likely to do something to or in respect of B, after B's departure but in any part of the world, which if done will involve the commission of a relevant offence. 2. A person guilty of an offence under this section is liable a) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding 6 months or a fine not exceeding

En los tres supuestos la descripción de la conducta típica coincide salvo en lo referente a la dirección del desplazamiento. Así el delito consiste en disponer o facilitar intencionalmente la llegada o la entrada en el Reino Unido, el traslado en el mismo o la salida del mismo bien cuando el ofensor tiene la intención de realizar alguna conducta sobre o en relación a la víctima tras su llegada, durante o tras el viaje, o tras la partida en cualquier lugar del mundo, y que allí dónde fuera efectuada implicaría la comisión de un delito grave, o bien cree que otra persona puede hacer a la víctima o en relación con ella también tras su llegada, durante o tras el viaje, o tras su partida y en cualquier lugar del mundo objeto de una conducta de las referidas características. Con sanciones de hasta 14 años de prisión.

En el art. 60 de este mismo cuerpo legal se establecen aquellos casos considerados como delitos graves, incluyéndose como tales cualquiera de los delitos contemplados en el apartado legislativo británico en el que se contienen la mayor parte de los delitos sexuales, cualquiera de los contemplados en el art. 1 (1) (a) de la Protection of children Act de 1978, un delito de los incluidos en la Schedule 1 de la Criminal Justice order 1998, o bien un delito de los contemplados en el art. 3 (1) (a) de la Protection of children Order de 1978 y a cualquiera realizado fuera de Inglaterra, Gales o Irlanda del Norte que no constituyendo uno de los específicos delitos mencionados antes debiera serlo si fuera cometido en cualquiera de estos territorios.

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

Por otro lado, en lo relativo al delito de trata para la explotación laboral, se haya contemplado en el art. 4 de la Asylum and Immigration Act de 2004 modificado por la UK Borders Act de 2007 y tras esta por la vigente Borders, Citizenship and Immigration Act de 2009. Al igual que en lo relativo a la trata para la explotación, la conducta se estructura en función de que la trata sea con destino a territorio británico (art. 4.1), sea en el ámbito del mismo (art. 4.2) o con destino al exterior (art. 4.3). Comete el mismo quien dispone o facilita la llegada o la entrada al Reino Unido, el tránsito por el mismo o bien la salida del mismo de un individuo bien con la intención de explotarlo en el Reino Unido o en cualquier parte, o bien en la creencia de que otra persona

the statutory maximum or both; b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 14 years.

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

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

En síntesis, los ordenamientos analizados pueden clasificarse conforme a dos modelos, entre los que también cabe incluir 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 (Alemania, Italia, Portugal). De otro, aquellos otros que únicamente incriminan la trata sin perjuicio de que la efectiva explotación de la persona pueda constituir un delito de aquellos contemplados junto a la trata, pero en todo caso con diferente ubicación a la de la trata en el Código Penal (Francia, España y, con ciertas peculiaridades, Gran Bretaña).

SEGUNDA PARTE: TRATAMIENTO JURÍDICO DEL DELITO DE TRATA DE PERSONAS EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL.

I.- INTRODUCCIÓN

El tratamiento jurídico del delito de trata de personas en el Derecho penal español introduce la incriminación de la trata de personas como tal tras la reforma operada por la LO 5/2010 de 22 de junio por la que se modifica la LO 10/1995 de 23 de noviembre del CP, introduciendo un nuevo título VII bis al libro II del CP rubricado “De la trata de seres humanos” constituido por un único artículo el 177 bis del CP. Hasta esta última reforma, existía una falta de claridad legislativa importante ya que la trata de personas se encuadraba dentro de un grupo de normas penales que respondían a una política criminal claramente determinada por las exigencias de la política migratoria estatal y de la UE, en la cual no se incorporaba debidamente lo establecido tanto en los Protocolos de la ONU como en las Directivas Europeas. El CP español a pesar de haber sido reformado con posterioridad a la adopción de los Protocolos de Palermo y de las ya referidas normas comunitarias no tipificaba de manera separada y diferenciada la trata de seres humanos y los delitos de favorecimiento de la inmigración clandestina. De forma que en España solo se castigaba con carácter muy restrictivo alguna modalidad de trata de seres humanos con fines de explotación sexual (art. 318.2 bis CP) mientras que el delito de favorecimiento de inmigración clandestina estaba doblemente regulado tanto en el art. 318 bis del CP y art. 313 CP. Tal regulación, además de no cumplir con los requerimientos impuestos por la normativa internacional, excluía todo lo relativo a la vulneración de los derechos fundamentales de la persona que las conductas de trata entrañan, generaba confusión en cuanto a los fenómenos de trata de personas y de las migraciones ilegales o clandestinas (tan claramente conceptualizadas en la normativa internacional y comunitaria) y generaba vacíos de punibilidad al hacer especial hincapié en el cruce ilegal de fronteras, dejando prácticamente impune los casos de trata interna de ciudadanos españoles o de la UE. De esta forma cabe mencionar lo establecido en el Informe de la Comisión Europea de 6 de diciembre de 2006 [COM (2006) 770] en el cual “lamenta que España no establezca una distinción clara entre la trata de seres humanos y el tráfico ilícito de emigrantes”. Las dos Decisiones Marco destinadas a combatir estas formas de delincuencia se basan en definiciones diferentes, lo que parece excluir la posibilidad de que las mismas disposiciones de Derecho penal puedan aplicarse a estas dos formas de delincuencia. Por lo tanto, surgen dudas en cuanto a la posibilidad de aplicar adecuadamente las disposiciones de la citada Decisión Marco del

Consejo sin establecer distinción alguna entre la trata de seres humanos y el tráfico ilícito de emigrantes.

Todo ello generó la necesidad de una reforma penal que abarcara lo más ampliamente posible todo lo relativo al delito de trata incluyéndose correctamente lo establecido por la normativa internacional; de esta forma el 22 de junio de 2010 se publicó la nueva reforma del CP en la que se incluía el delito de trata con una regulación específica que será el objeto de análisis en los próximos epígrafes.

II.- EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

La versión originaria del CP solo recogía un tipo de “Tráfico de trabajadores” en el art. 313, que era continuación de lo introducido anteriormente en el art. 499 del Código Penal de 1971.

La Ley de 15 de noviembre de 1971 reforma el Código Penal introduciendo las figuras típicas del tráfico ilegal de mano de obra y de las migraciones laborales v fraudulentas [art. 499 bis TR 1973] como delitos contra la seguridad y libertad en el trabajo. Dada las circunstancias sociales de la época en la que el nivel de emigración de trabajadores españoles era altísimo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se preocupó de declarar que “el término migraciones debe ser tomado como equivalente a emigraciones y que el calificativo de fraudulentas debe ser interpretado no como las realizadas fuera de los cauces administrativos establecidos, sino de manera restrictiva, como aquellas que se determinan y consuman por medios engañosos o falaces, induciendo insidiosamente a error a los trabajadores, viciándoles su voluntad y conduciéndoles a lejanas tierras mediante ardides, mendacidades, falsas promesas u ofrecimientos torticeros” (STS 18/5/1981, RJ 2235).

A través de numerosas reformas del CP de 1995 se ampliaron y solaparon los diversos tipos de tráfico. La primera ampliación a través de la LO 11/1999 de 30 de abril en la que se modificó el título VIII del Libro II del CP introdujo en el apartado 2 del art. 188 CP la modalidad de tráfico con el propósito de explotación sexual, que se solapaba con el tráfico de “trabajadores”; en este se castigaba a quien favoreciera directa o indirectamente la entrada, estancia o salida del territorio nacional de personas con el propósito de su explotación sexual empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima.

Con la LO 4/2000 de 11 de enero sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social se introdujo el título XV bis “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros” cuyo efecto fue la ampliación de la protección a los no trabajadores y la restricción del ámbito de aplicación a los

extranjeros extracomunitarios. A su vez, surgieron problemas concursales al abrirse la posibilidad de que a los supuestos de tráfico de trabajadores extranjeros pudieran aplicarse a la vez los art. 313, 318 bis y 188.2 del CP.

La LO 11/2003 de 29 de septiembre de Medidas Concretas de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros suprimió la modalidad específica del tráfico para la explotación sexual del art. 188.2 del CP, introduciendo un tipo cualificado de tráfico de personas en atención a esa finalidad en el ap. 2º del art. 318 bis del CP (limitando su aplicación a la protección de extracomunitarios con una pena de 5 a 10 años de prisión) y dejando el ámbito del tráfico de españoles o comunitarios para su explotación laboral dentro del art. 313 CP con una pena inferior, de 2 a 5 años, creándose una situación, cuanto menos, carente de sentido. De esta forma, la doctrina intentó poner coto mediante recursos interpretativos restrictivos al caos generado por esta regulación a tres bandas; pese a todo ello, podemos observar en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha sido a través de la figura creada por el ya mencionado art. 318.2 bis del CP como se han incriminado los supuestos de prostitución forzada de mujeres inmigrantes en España. En la mayoría de los casos de trata para la explotación sexual, el Tribunal Supremo ha recurrido al tipo cualificado, al fin de evitar la infracción del *non bis in ídem*. De esta forma mediante la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2007 se intenta solventar la confusión generada centrando su atención en cuanto al alcance interpretativo de la “inmigración clandestina”. En este sentido dice que:

“Los términos gramaticales (inmigración clandestina) son exactos en el art. 313 y 318 bis e idéntica debe ser también su significación jurídica, además que la diferencia no se halla en la delimitación típica, sino en el sujeto pasivo, que en un caso es el trabajador y en el otro un ciudadano extranjero (“persona” en general), sea o no trabajador. En la práctica la doctrina más caracterizada entiende que con la nueva redacción del art. 318 bis por la LO nº 11 de 29 de septiembre de 2003 se ha producido una derogación tácita del art. 313.1º del CP y ello por cuanto a pesar de la aparente diferencia, aunque en este último precepto no se hable de trabajador extranjero, si se precisa que sea un inmigrante y este término solo puede predicarse de un extranjero; los nacionales no inmigran a su propio país” de igual forma, establece “La clandestinidad a que se refiere el tipo penal no concurre exclusivamente en los supuestos de entrada en territorio español por lugar distinto a los puestos fronterizos habilitados al efecto, sino que queda colmada también mediante cualquier entrada en la que se oculte su verdadera razón de ser, lo que incluye la utilización de fórmulas autorizadas del ingreso transitorio en el país (visado turístico, por ejemplo) con fines de permanencia, burlando o incumpliendo las normas administrativas que lo autoricen en tales condiciones” (STS 380/2007, 10-5, RJ 2007, 3503).

A la hora de determinar si la concurrencia de comportamientos tipificables como constitutivos del delito del art.188.1 y del previsto en el art.318 bis.2 del Código

Penal debe estimarse un concurso de normas o un concurso de delitos, en los Acuerdos del Pleno de la Sala segunda del Tribunal Supremo con fecha 4.4.2004 se pronunció respecto al mismo estableciendo *“La concurrencia de comportamientos tipificables como constitutivos del delito del art.188.1 y del previsto en el art.318 bis.2 del Código Penal, debe estimarse concurso de delitos”*(Acuerdos del Pleno 2000-2011)

Con la LO 13/2007 de 19 de noviembre, se amplía el ámbito espacial del delito al tráfico que se dirige no solo a España sino a cualquier país de la UE.

En resumen, el panorama previo a la actual reforma estaba compuesto por un delito de tráfico de trabajadores que podía incluir el tráfico para la prostitución, fuera cual fuera la nacionalidad de la persona traficada, pero cuyo componente de explotación quedaba bastante diluido por las notas de “ilegalidad” administrativa y ataque al mercado laboral que lo caracterizan; y un delito de tráfico de extranjeros, para el que se preveían penas mucho mayores, y en el que se confundían los perfiles de explotación y el quebrantamiento de la normativa reguladora de la inmigración en el ámbito de la Unión Europea. En este sentido podemos mencionar el Informe de la Fiscalía contra la trata de seres humanos e inmigración ilegal en el cual realiza una valoración de la legislación precedente en cuanto al delito de tráfico de personas, ya que no existía un delito específico de trata, dicho informe especifica que “las consecuencias no pueden ser más desafortunadas: la actual regulación de nuestro Código Penal no cumple con los instrumentos internacionales de Naciones Unidas vinculantes para España ni traspone adecuadamente la normativa comunitaria europea sobre la materia; aquellas reformas del Código Penal español parece que solo proyectan una voluntad dirigida a instrumentalizar al derecho penal como instrumento de control de los flujos migratorios orillando el fenómeno de la trata como uno de los más graves atentados contra los derechos fundamentales con posible detrimento del principio de proporcionalidad; se produce una intolerable discriminación según que las víctimas sean nacionales de un país miembro de la Unión Europea o no lo sean; el artículo 318 bis CP se ha convertido en una fuente permanente de gravísimos problemas exegéticos significadamente en relación con las situaciones concursales delictivas, no solo en relación con los delitos de explotación laboral (delitos contra los derechos de los trabajadores) sino también con los delitos de explotación sexual efectiva (los delitos de prostitución coactiva y corrupción de menores)”.

Por esta razón, con la LO 5/2010 se crea un nuevo tipo de “trata de seres humanos” que se introduce en el nuevo Título VII bis de artículo único: Art. 177 bis CP mediante el cual se regulan aquellas conductas en las que la persona traficada es objeto de explotación. Por otro lado, se mantiene el art. 313 CP del que se suprime el primer apartado y las políticas de inmigración se mantienen salvaguardadas en el art. 318 bis CP aunque este último, pese a haber sido modificado, continúa generando

confusión con respecto al bien jurídico protegido y la conducta típica a la que se refiere.

III.- REGULACIÓN ACTUAL:

TÍTULO VII BIS. DE LA TRATA DE SERES HUMANOS.

Artículo 177 bis.

1. Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, la capture, transportare, trasladare, acogiere, recibiere o la alojare con cualquiera de las finalidades siguientes:

- a. La imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre o a la mendicidad.
- b. La explotación sexual, incluida la pornografía.
- c. La extracción de sus órganos corporales.

2. Aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior, se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones indicadas en el apartado anterior cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación.

3. El consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados en el apartado primero de este artículo.

4. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo cuando:

- a. Con ocasión de la trata se ponga en grave peligro a la víctima;
- b. la víctima sea menor de edad;
- c. la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, discapacidad o situación.

Si concurriere más de una circunstancia se impondrá la pena en su mitad superior.

5. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación absoluta de seis a doce años a los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. Si concurriere además alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en su mitad superior.

6. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades. Si concurriere alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en la mitad superior. Si concurriere la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo se impondrán las penas señaladas en este en su mitad superior.

Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado. En todo caso se elevará la pena a la inmediatamente superior en grado si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 o la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo.

7. Cuando de acuerdo con lo establecido en el [artículo 31 bis](#) una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa del triple al quíntuple del beneficio obtenido. Atendidas las reglas establecidas en el [artículo 66 bis](#), los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del [artículo 33](#).

8. La provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de trata de seres humanos serán castigadas con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente.

9. En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del [artículo 318 bis de este Código](#) y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación.

10. Las condenas de jueces o tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza que los previstos en este artículo producirán los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español.

11. Sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales de este Código, la víctima de trata de seres humanos quedará exenta de pena por las infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado.

1.- La universalización del delito

Una de las mayores características de este nuevo precepto es la universalización del delito en cuanto a la ampliación del círculo de víctimas. Con la regulación actual observamos que con la ubicación del art. 177 bis bajo la rúbrica “de la Trata de Seres Humanos” se expande el círculo de las víctimas del delito de trata incluyéndose tanto los nacionales como los extranjeros, de forma que el delito puede ser cometido contra cualquier persona (nacional o extranjera) siendo el bien jurídico protegido la dignidad humana, como veremos posteriormente. Contrariamente a lo que ocurría con el delito de tráfico o inmigración clandestina del art. 318 bis situado bajo la rúbrica “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros” caracterizado por el elemento transnacional así como la afectación únicamente de los ciudadanos extranjeros quedando excluidos los nacionales y limitando por ende el bien jurídico protegido al interés del estado por controlar los flujos migratorios. Este nuevo precepto se ubica tras el Título VII, relativo a los delitos de torturas y otros delitos contra la integridad moral y antes del Título VIII, que recoge los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales; con esta nueva ubicación se aclara definitivamente cual es el bien jurídico protegido, esencialmente, como ya hemos dicho, la dignidad de la persona humana, que tan confuso ha sido hasta entonces, como podremos ver en epígrafes posteriores. En el precepto se regula el delito de trata con independencia de que la víctima sea nacional o extranjera, incluyéndose a los extranjeros comunitarios; es importante este cambio al fin de no dejar desprotegidas a las víctimas nacionales y comunitarias como ocurría antes de la reforma a modo de ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2007 en la cual no se consideraba como víctimas de la trata de personas a mujeres de nacionalidad rumana porque en el art. 318 bis no se contemplaban como víctimas a las personas que pudieran circular libremente por el territorio (STS 484/2007, 29-5, RJ 4740). Esta y otras sentencias se habían basado en un Acuerdo de la Sala II de lo Penal del Tribunal Supremo, que recogía lo siguiente: “*las conductas que favorezcan o promuevan la entrada de ciudadanos rumanos en España, incluso para el ejercicio de la prostitución, no son sancionables al amparo del art. 318 bis del Código Penal*” (Acuerdos del Pleno, 2007).

2.- Bien jurídico protegido

El panorama previo al delito de trata de personas se caracterizaba por una regulación escasa y desordenada que lejos de cumplir con los preceptos establecidos en la normativa internacional, concretamente en la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional y en su Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente de Mujeres y Niños en el cual se definía claramente el concepto de trata de personas, ofrece una regulación vaga y plagada de indefiniciones que ha conllevado a la difícil aplicación del precepto ante la creciente comisión de este tipo de delitos con las consiguientes lagunas legales que aparecían reflejadas tanto en la jurisprudencia como en las divergentes opiniones doctrinales en cuanto al bien jurídico protegido o la delimitación de la conducta típica.

De esta forma y para ofrecer una visión panorámica de la regulación que en la actualidad establece nuestro Código Penal al respecto, podemos mencionar el nuevo Título VII Bis “De la Trata de seres humanos” con un único artículo, el art. 177 bis CP ubicado entre los delitos contra la integridad moral y los cometidos contra la libertad e indemnidad sexuales, esta nueva ubicación surge de la creación de un precepto específico que regula el delito de trata de personas bajo los mandatos de la normativa internacional creando un tipo delictivo individual y ubicado correctamente en virtud del bien jurídico protegido en el mismo, a diferencia de lo que ocurría en la regulación anterior que analizaremos en el presente epígrafe. Por otro lado y contra todo pronóstico se mantiene, aunque con ligeras modificaciones, el art. 318 bis CP que bajo el título XV bis con la rubrica “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros” continúa ofreciendo una regulación desmaterializada y confusa en cuanto al tráfico ilegal o la inmigración clandestina en el que el bien jurídico protegido, sigue suscitando las mismas dudas que en la normativa anterior y su aplicación todavía genera problemas. Por último, es importante mencionar el art. 313 CP el cual bajo el título “de los delitos contra los derechos de los trabajadores”, establece el delito de favorecer o determinar la emigración de una persona bajo una contratación simulada, en cuyo caso, como podremos observar se continúan generando los problemas surgidos en su aplicación de la regulación anterior en la cual la conducta recogida en este último y la tipificada en el art. 318 bis 1 CP coincidían casi plenamente, aun así en la regulación actual pese a los intentos del legislador por diferenciar ambas conductas, la conducta típica en ambos casos continua siendo confusa.

Con el Convenio de Varsovia de 16 de mayo de 2005 se produce el cambio definitivo de perspectiva, situándose a la víctima en el centro de la regulación penal y ofreciendo un amplio marco de tutela y regulación de los derechos de la víctima como la inclusión del periodo de reflexión o la posibilidad de obtener un permiso de residencia y lo más importante, la independencia de la trata de personas respecto de los problemas ligados a la emigración y delincuencia organizada, desembocando todo

ello en la equiparación del concepto de trata con una violación de los derechos humanos así como un atentado contra la dignidad y la integridad de las personas. Afianzando como bien jurídico protegido la dignidad de la persona. De todo ello, junto con la normativa internacional anterior, incorrectamente aplicada hasta ahora en nuestro país, deriva la necesidad de una nueva ubicación sistemática coherente con el objeto de tutela, de esta forma la exposición de motivos de la LO 5/2010 de 22 de junio establece que el art. 177 bis del CP “tipifica un delito en el que prevalece la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren” la inclusión de este nuevo título VII bis surge de la necesidad de superar el inadecuado tratamiento que a estos delitos dispensaba el art. 318 bis CP, ya que se creaba la confusión con la inmigración clandestina, concepto, como hemos podido observar, diferente al de trata de seres humanos.

Con el objetivo de esclarecer cual es el bien jurídico protegido en el delito de trata de personas, analizaremos cuáles son los distintos contenidos que la doctrina había propuesto que correspondían al bien jurídico protegido en su inmediato predecesor, es decir, en la regulación anterior del delito de “tráfico ilegal de personas” del art. 318 bis CP en el cual, se regulaba el delito de la inmigración clandestina o el tráfico de personas, este artículo se hallaba (y se halla puesto que como ya hemos mencionado continúa vigente salvo por alguna ligera modificación) ubicado el Título XV bis de “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros” en cuyo caso el bien jurídico protegido ha sido motivo de profundas divergencias tanto doctrinales como jurisprudenciales. Hasta esta última reforma, la trata de personas se incluía dentro de este precepto del Código Penal ya que no se daba la diferencia que propugnaba la normativa internacional en cuanto a los términos “tráfico y trata”. Existían tres posiciones básicas a las que haremos referencia brevemente al objeto de comprender y explicar cual es el bien jurídico protegido en la vigente legislación.

En primer lugar, la corriente doctrinal que defendía la existencia de un interés de carácter individual, es decir, defiende como bien jurídico los derechos de los ciudadanos extranjeros. Según esta posición, se niega la consideración como bien jurídico protegido del interés por parte del Estado de controlar los flujos migratorios y establece que los derechos de los ciudadanos extranjeros constituirán el bien jurídico protegido. Dentro de esta postura existen numerosas vertientes, por un lado, aquellos que consideran como bien jurídico protegido el derecho de los extranjeros a alcanzar la plena integración social (Piedecabras, 1999: 386; Rodríguez Mesa, 2001: 55), según la cual, el fundamento material del injusto del art. 318 bis CP reside en la privación o menoscabo del disfrute de tales derechos y libertades por parte del extranjero víctima del tráfico ilegal. En este mismo sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 13 de marzo de 2001, ha declarado que el bien jurídico protegido por la misma no es otro que, *“el disfrute de aquellas libertades públicas, más que el control*

por parte del Estado del mercado de trabajo y de la presencia de súbditos extranjeros en España” (SAP 2001/690).

Esta interpretación doctrinal sufrió numerosas objeciones, Daunis Rodríguez comenta que “el sujeto que promueve, facilita o favorece la inmigración clandestina o el tráfico ilegal de personas no obstaculiza el ejercicio de los derechos de los extranjeros que acceden de forma irregular, sino que, es la propia administración quien los niega, al exigir que el extranjero cumpla una serie de requisitos que condicionan la adquisición de tales derechos” (Daunis, 2010: 12). Si el bien jurídico protegido radica realmente en el disfrute o no de los derechos derivados de su situación administrativa podríamos considerar que queda quebrantado el principio de subsidiariedad, intervención mínima o “última ratio” del derecho penal en virtud del cual el derecho ha de ser la “última ratio”, el último recurso al que hay que acudir a falta de otros menos lesivos, pues si la protección de la sociedad y de los ciudadanos puede conseguirse en ciertos casos con medios menos lesivos y graves que los penales, no es preciso ni se deben utilizar estos (Luzón, 1996: 82).

Junto a este sector doctrinal se sitúan aquellos que identifican el bien jurídico protegido en el delito de tráfico de personas con la dignidad humana, este grupo de autores considera que lo que se protege es el derecho de los extranjeros a que se respete su libertad, seguridad y en última instancia su dignidad. Consideran que el tráfico de personas supone un trato inhumano y degradante e instrumentaliza al ser humano. Según esta tesis, la dignidad humana se ve afectada en el momento en que la persona es tratada como puro objeto o cosa, en este sentido cabe destacar la postura de Villacampa Estiarte, la cual identifica la dignidad humana como objeto de tutela por constituir la base esencial para el ejercicio del resto de derechos, partiendo de la idea de que lo que pretendía impedirse en el delito, era el tratamiento de las personas como mercancías, con su consiguiente cosificación (Villacampa et al., 2004: 1517) . En contraposición con esta corriente, surgen numerosas críticas a destacar la de Daunis Rodríguez que establece al respecto que no puede negarse que existen supuestos de tráfico de personas en los que se produce dicha despersonalización del extranjero al considerarlo como una cosa o mercancía objeto de un negocio lucrativo, abusando de su situación de necesidad para engañarlo y estafarlo, transportándolo en condiciones inhumanas con uso de violencia o intimidación. Sin embargo, no puede obviarse que dicho tratamiento indigno no concurre en todos los casos. La realidad criminológica pone de manifiesto la existencia de múltiples conductas de tráfico de personas, dónde las organizaciones o sujetos individuales que introducen a los extranjeros en España utilizan diversos medios que no conllevan atentado alguno a su dignidad. Cuando se produce tráfico ilegal de personas, incluso por una banda organizada con ánimo de lucro, el extranjero no necesariamente debe ser tratado como una mercancía con la que se negocia, porque en puridad, el traslado o la introducción clandestina es lo que supone o conlleva el lucro del traficante; y no negociar o comerciar con el extranjero.

En otras palabras, el objeto del comercio o negocio es el servicio prestado ilegalmente al extranjero, pero no el extranjero en sí (Daunis, 2010: 13). Efectivamente, si nos ceñimos literalmente a lo establecido en el art. 318 bis 1 CP no parece observarse la protección de la dignidad, en este sentido, ante determinadas conductas como los casos de “ayuda humanitaria” o “razones familiares” desde la consideración de la dignidad como bien jurídico protegido deberían considerarse conductas atípicas; en cambio, desde la literalidad del precepto estas conductas son típicas, ya que debe tenerse en cuenta que aquellas circunstancias que pueden afectar a la dignidad se recogen en los tipos agravados (Díaz y García Conlledo, et al. 2007). Por último, dentro de este sector doctrinal, cabe mencionar brevemente aquellos que identifican el objeto con la protección de la integridad moral al considerar el tráfico de personas como un ejemplo paradigmático de un trato inhumano y degradante que afecta profundamente a la personalidad, vejatorio, pero sobre todo que convierte al ser humano en un objeto de comercio (De León, 2003: 250).

La segunda tesis doctrinal entiende que se protege la ordenación y el control por parte del estado de los flujos migratorios; es decir, la protección de un interés colectivo. Desde esta posición, el precepto no se basa en la protección de los extranjeros que intentan acceder a España de forma irregular, su integración, derechos sociales básicos o su dignidad; sino que más bien se destina a facilitar al estado el control de los flujos migratorios, a evitar que accedan al territorio español personas que ni cumplan los requisitos establecidos al efecto, poniendo en peligro la estabilidad económica y social del país, el Código Penal opta por el castigo de cualquier conducta relacionada con la entrada ilegal. Así resultan irrelevantes cuestiones como el ánimo de lucro, la pertenencia a asociaciones, la forma en que se produzca el traslado, etc. Lo importante es que no entre nadie que el estado no quiere que entre. De esta forma el Código Penal considera el ánimo de lucro, la pertenencia a asociaciones, el fin de la explotación sexual... como tipos agravados y no como elementos de tipo básico (Arroyo et al, 2001: 32-33; Ortubay, 2002; Díaz y García Conlledo, et al 2007).

En tercer y último lugar, existen una serie de posiciones eclécticas según las cuales el delito del tráfico de personas protege tanto al control de flujos migratorios como a un bien jurídico de carácter individual. Esta última posición es la que ha venido tomando la jurisprudencia al respecto, de una parte se afecta al control de los flujos migratorios; y de otra parte a los extranjeros objeto del tráfico, así la Sentencia del Tribunal Supremo 432/2012 de 1 de junio de 2012, establece que *“como se ha puesto de manifiesto por la doctrina científica más autorizada, en realidad lo que se incrimina es el favorecimiento del tráfico ilegal en la medida en que perjudica los derechos que el ciudadano extranjero podría llegar a disfrutar en caso de que su entrada o tránsito por el Estado español hubiese sido realizada en condiciones de legalidad, y también el interés del Estado en el control de los flujos migratorios”* (STS 432/2012, 1-6, RGEP 4507).

En conclusión la regulación precedente del delito de tráfico de personas venía siendo escasa, confusa e ineficaz lo que conllevó a la creación de un precepto destinado a regular acertadamente una de las conductas más graves que afectan a los bienes jurídicos más importantes. De esta forma, con el art. 177 bis del CP son la dignidad y la libertad las que constituyen el bien jurídico protegido; mientras que la tutela del interés estatal en el control de los flujos migratorios quedaría confiada al art. 318 bis CP, según afirma expresamente la Exposición de Motivos (Cussac et al, 2010: 208). Por tanto, el bien jurídico protegido por este delito es la misma dignidad de la persona en la que se asientan sus derechos básicos y su libertad individual. De ahí que el primer paso en la reorientación legislativa del delito de trata haya sido la búsqueda de una nueva ubicación sistemática coherente con el objeto de tutela. La opción legislativa ha sido la creación de un nuevo título VII bis que sigue al que castiga los atentados contra la integridad moral de la persona. Se asocia el delito de trata a otras infracciones en las que el individuo queda reducido a la condición de objeto, pertenencia o utilidad de otro sujeto que le niega su dignidad más básica, tal y como ocurre con el delito de violencia habitual o tortura (Rodríguez, 2010: 73).

3.- Referencia al territorio.

La inclusión del ámbito territorial de aplicación que establece el art. 177 bis CP surge de la confusión previa que se generaba en cuanto a los conceptos de “tráfico” y “trata” al ser indispensable el elemento transnacional.

De esta forma el precepto establece que “*sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella*” al objeto de esclarecer el ámbito territorial de aplicación, pese a que para muchos autores la alusión al marco geográfico nada añade a un precepto que, como recuerda la Exposición de Motivos, castiga formas de delincuencia “nacionales o transnacionales” quedando resentida la calidad estilística de la redacción del precepto (Rodríguez, 2010: 74).

De esta forma, se elimina el elemento transnacional puesto que la conducta puede realizarse íntegramente en España y tampoco es relevante la nacionalidad de la víctima, que podrá ser extranjera o española. Cuando se produce el cruce de fronteras este podrá ser legal o ilegal de manera que queda eliminada cualquier referencia al tráfico ilegal o la inmigración clandestina. Por tanto puede cometerse la infracción penal. En España, supone que todo el tracto de la trata puede realizarse en el interior de las fronteras nacionales, la víctima puede ser captada para la explotación dentro de España, así que cualquiera de las conductas intermedias de transporte, transferencia, acogimiento o alojamiento se realiza en el mismo ámbito de soberanía territorial. Desde España, en cuyo caso la víctima es captada en España para ser explotada en el extranjero o bien el captador se encuentra en España y contacta con una víctima que se halla en el extranjero para lograr su posterior explotación, sea en España o en otro país. En tránsito por España, en este caso, tan solo se realizan las conductas

intermedias entre la captación y la entrega de la víctima para ser explotada. Por último, con destino a España, en cuyo caso, España es el país dónde se efectúa la recepción de la víctima para ser explotada.

Así quedaría cubierta una de las precisiones establecidas en el Convenio del Consejo de Europa en cuanto al ámbito de aplicación que no debe quedar reducido a la delincuencia organizada transnacional así el delito puede producirse ya en territorio español ya desde, en tránsito o con destino a España. En efecto, si el Protocolo de Palermo ofrecía serias dudas sobre si la trata de seres humanos podría abarcar la meramente doméstica o interior, el Convenio del Consejo de Europa es taxativo e imperativo al establecer en su artículo segundo que el presente Convenio se aplicará a todas las formas de trata de seres humanos, nacionales o transnacionales, relacionadas o no con la delincuencia organizada.

Conforme a la redacción dada al tipo del delito de trata del art. 177 bis CP, en cuanto a la referencia territorial que se especifica en el mismo, no estamos ante una regla que altere los criterios de aplicación de la jurisdicción penal española regulados en el art. 23 de la LOPJ, en aplicación de dicho precepto consideramos que como regla general rige el principio de territorialidad (art. 23.1 LOPJ) de la ley penal según el cual la misma se aplica a los hechos cometidos en el territorio del Estado, sean nacionales o extranjeros los participantes en el delito. Este es un criterio que se fundamenta en el principio de soberanía, es en el espacio sujeto a la soberanía del Estado donde se plasma el ejercicio del ius puniendi. Además es el más acorde con los principios procesales, el lugar de comisión es el más adecuado para juzgar, pues allí es más fácil recabar las pruebas para esclarecer mejor los hechos; y penales, sobre todo en lo que se refiere al principio de prevención general del Derecho penal. No obstante este mismo precepto incluye una serie de supuestos que podríamos considerar excepcionales al principio de territorialidad, a destacar en el tema que nos atañe, por un lado el principio de personalidad o de la nacionalidad (art. 23.2 LOPJ) y por otro el principio de universalidad o de Justicia Universal. (Luzón, 1996: 202-203; García Sánchez, 2004). Del art. 177 bis CP se desprende que si el delito se comete con la realización de cualquiera de las conductas alternativamente fijadas, basta que una de ellas tenga lugar en España para que opere el territorio como criterio de atribución de jurisdicción. La regla anterior solo tiene una excepción, cuando España es el lugar de destino de la trata y no llega a producirse la entrada en territorio nacional. En estos supuestos el delito se ha cometido fuera de España, sin que se llegue a concretar la conducta que determina la activación de la jurisdicción nacional conforme al criterio territorial. Para salvar este escollo, la opción legislativa ha sido considerar la mera finalidad de explotación de la víctima en España como elemento bastante para entender cometido el delito en nuestro país. De este modo la trata con destino a España es igualmente punible aunque no se haya realizado ningún acto típico en nuestro territorio. Esta extensión de la jurisdicción responde más a una finalidad

preventiva o disuasoria que propiamente punitiva, siendo más lógico que en estos supuestos actúe la jurisdicción española tan solo si no lo hace la del otro estado donde materialmente se ha cometido el delito (Rodríguez, 2010: 73-75). Por ello pese al intento por parte del legislador por dar la mayor amplitud posible en cuanto a la competencia de nuestros tribunales respecto a este delito, existen lagunas difíciles de cubrir con los principios de competencia establecidos en la LOPJ, como el caso en el que un nacional español sea 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, en cuyo caso, la conducta no sería constitutiva de delito en nuestro país, ya que el principio de atribución de la competencia a nuestros tribunales a través del principio de personalidad o nacionalidad únicamente es aplicable cuando los “criminalmente responsables” fueren españoles o extranjeros que hubieran adquirido la nacionalidad española y bajo el cumplimiento de una serie de requisitos específicos; quedando, por tanto desprotegidas, las víctimas de nacionalidad española de un delito de trata fuera de las fronteras de nuestro país en los casos en los que no exista ningún punto de conexión con este.

La solución a estas situaciones radicaría en la aplicación del principio de justicia universal o mundial (LOPJ, art. 23.4, 2009)³³ en virtud del cual es aplicable la ley penal de un país a determinados hechos aunque se cometan fuera del territorio de ese Estado, aunque no sean nacionales los autores y aunque los hechos no afecten a intereses esenciales del estado, la actual configuración de este precepto tras la última reforma operada por LO 1/2009, de 3 de noviembre, enumera una serie de conductas susceptibles de tipificarse según la ley española pese a que hayan sido cometidas por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional, siendo de interés, para el caso

³³ Art. 23.4 LOPJ: Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la Ley española, como alguno de los siguientes delitos: a) Genocidio y lesa humanidad. b) Terrorismo. c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves. d) Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores e incapaces. e) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes. f) Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores. g) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España. h) Cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deba ser perseguido en España.

Sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles. El proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreseerá provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados en el país o por el Tribunal a los que se refiere el párrafo anterior.

que nos ocupa, la letra f) “Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores”.

Así, el fundamento para proceder a la aplicación del principio de justicia universal a los casos de trata viene dificultado por las limitaciones impuestas al mismo por la propia LOPJ (Chinchón, 2009) al haber incurrido, una vez más, en el error técnico de confundir los términos “tráfico”, “inmigración clandestina” y “trata”. De esta forma, únicamente será aplicable en aquellas situaciones 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) de este precepto, a excepción 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 este suscritos, en virtud del art. 23.4 h) LOPJ.

En resumen, el legislador español, aún con la referencia geográfica incluida, limita indebidamente la tipicidad del delito de trata, añadiendo a dicha limitación típica la ausencia de previsión específica de la aplicación del principio de justicia universal a los supuestos de trata (Villacampa, 2011: 409-416).

4.- Conductas típicas

En el plano objetivo, la conducta típica consiste en captar, transportar, trasladar, acoger, recibir o alojar a una persona, nacional o extranjera, empleando violencia, intimidación o engaño, o bien abusando de una situación de superioridad o de necesidad, o de vulnerabilidad de la víctima. La captación y recepción marcan el momento inicial y final de la trata como tracto sucesivo en el que se suceden las distintas conductas criminales. Esta redacción se corresponde con lo dispuesto por el Informe del Consejo General del Poder Judicial en observación crítica al Anteproyecto del Código Penal del año 2008 en la que expresa “*parece necesario que el tipo penal refuerce la vinculación dolosa de todas las conductas con el tráfico de personas, de tal forma que el peso central de la conducta típica no recaiga en las acciones de captar, alojar, recibir, o acoger, sino, precisamente en la de traficar con personas. La captación, transporte, traslado, acogida, recepción o alojamiento a los que se refiere el Anteproyecto de 2008 deben ser descritas, por tanto, como formas concretas de traficar con personas*” (Terradillos, 2010: 17).

La captación según la RAE es la acción de atraer a alguien, ganar la voluntad o el afecto de alguien. Supone un acto de vencimiento de la voluntad de la víctima para la introducción de la persona traficada en el ámbito del dominio del traficante o explotador. Constituye la conducta esencial del delito e implica la actividad previa llevada a cabo por el explotador o por el traficante, mediante esta conducta la víctima pasa a ser la propiedad de otra persona, esta pérdida de autodeterminación puede lograrse mediante medios físicos, intimidatorios o con mecanismos fraudulentos que

atraigan e introduzcan a la persona traficada en el área de dominio del captador. (Rodríguez, 2010: 76-77). En situaciones de necesidad la captación puede realizarse a través de la sustracción de la persona de un estado de marginación o pobreza de forma que se genere una dependencia respecto de su captor, por tanto, la captación requiere que la víctima, por iniciativa del autor, adopte algún tipo de compromiso explícito o implícito en virtud del cual se sienta obligada bien a prestar servicios a favor de este, bien a hacerlo en favor de un tercero (Villacampa, 2011: 417; Pomares, 2011: 8). Siempre es preciso que concurra un fraude o engaño en el acto inicial de captación, ese engaño inicial es el que facilita el posterior abuso o la coacción en el lugar de destino en el que la víctima ya no puede sustraerse del influjo del autor. La captación puede por tanto realizarse mediante una coacción o abuso directo o diferido gracias al fraude del engaño.

Algunos autores, como Pérez Alonso incluyen en el comportamiento de captación (o en la recepción) una modalidad de trata expresamente prevista por la Directiva 2011 (art. 2.1) el intercambio o el traspaso del control sobre la víctima (Pérez Alonso, 2008).

La recepción supone la entrega de la persona traficada a efectos de ser explotada. El traficante entrega a la persona y es el explotador quien la recibe. Se convierte en autor de un delito de trata previo al de explotación. Se considera la existencia de un doble castigo en el que el explotador compra a la persona traficada participando en el negocio sobre ella, lesiona el interés jurídicamente protegido del art. 177 bis del CP al convertir a la víctima en objeto de comercio; lesionándose posteriormente otro interés jurídico con la explotación. Existen otras interpretaciones en cuanto a la acción típica de la recepción, por un lado se podría considerar que la recepción es la que efectúa el propio traficante en el lugar de destino tras atraer a la víctima mediante coacción o engaño gracias a la captación de un tercero; o bien considerarse como recepción aquellas entregas en tránsito que se producen entre los distintos traficantes o entre los agentes de un mismo traficante que se hallan en lugares diversos de la ruta trazada (Rodríguez, 2010: 78). En otro sentido, existe la interpretación en virtud de la cual se engloban las conductas típicas consistentes en acoger, recibir o alojar considerando tales coincidentes, según esta interpretación, “acoger” supone el recibimiento y albergue de la víctima, tanto en la ocasión inicial en la que resulta transferida, como en las subsiguientes, sin que el sentido de “recibir” sea sustancialmente distinto, se considera que la única distinción existente en estos casos hace referencia al ámbito temporal, es decir, se interpreta que “acoger” hace referencia a una conducta más duradera que el mero “recibir” que se podría identificar con recoger aquello que es enviado, cuando acoger, según la RAE implica admitir a una persona en casa, darle refugio o albergue (Villacampa, 2011: 421; Pomares, 2011: 9). A efectos de interpretación quizás esta regulación peca de exceso al incluir dentro de la conducta

típica una serie de conductas que en sentido gramatical podrían considerarse similares, sin embargo, con la introducción de este delito en la nueva reforma del Código Penal ha querido concretarse lo máximo posible el tipo, al objeto de acabar con la indeterminación que caracterizaba al delito de trata de seres humano en la regulación precedente, así como un intento por adaptar dicho precepto lo mejor posible a las normativas internacionales y regionales, de manera que ciertamente estas tres conductas (acoger, recibir, alojar) no se emplean conjuntamente en ninguna de las definiciones de trata que vinculan a España, tanto en el art. 1 DM 2002/629/JAI como en el Protocolo de Palermo, lo mismo que en la Directiva 2011/36/UE, se hace referencia a la acogida y la recepción, mientras que el Convenio de Varsovia se incluyen como modalidades típicas el alojamiento y la acogida.

El transporte y traslado constituyen las conductas intermedias que han de interpretarse en términos amplios de manera que incluyan la facilitación del desplazamiento al lugar de explotación. Caben supuestos de traslado voluntario de la víctima conseguido previo engaño, en cuyo caso será suficiente a efectos de considerar el traslado, como acto independiente de la captación previa, la facilitación del traslado con medios económicos o materiales (Mayordomo, 2011: 30). Por transporte, entendemos cualquier traslado de la persona o personas tratadas, fuera o dentro de nuestras fronteras, con cualquier medio. Incluye, por tanto, el hecho de llevar a un lugar como el del cambio de lugar. El transporte no necesita efectuarse con carácter internacional, puede ser tanto interno como internacional. Existen algunas interpretaciones respecto a la conducta del traslado, por un lado, podría considerarse como un sinónimo de transporte en el sentido de desplazamiento de un lugar a otro, en este sentido se pronuncian algunos autores como Queralt Jiménez que cita textualmente “cuando se refiere a la conducta consistente en trasladar, indica que en buena medida es sinónimo de la anterior locución, esto es, de trasportar, pues entiende que corresponde a mover el lugar de estancia de las víctimas, aunque sin ofrecerlas aún al mercado” (2010: 184). Por otro lado, puede interpretarse que el transporte es la conducción de la víctima al lugar de explotación y el traslado el cambio de lugar de alojamiento de la persona que aún no tiene comprador. Con esta perspectiva, el transporte sería el acto previo a la entrega del sujeto traficado a su adquirente y el traslado el cambio de lugar de almacenamiento de una persona que aún está en venta (Rodríguez, 2010: 78). Por último, la interpretación que concibe el traslado como el traspaso de control sobre una persona, por medio de la venta, el alquiler o la permuta, engloba el acto de trasladar el dominio sobre la persona a otro a 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 (Villacampa, 2011: 419). En esta misma línea se pronuncia la doctrina alemana que sostiene que en la conducta típica consistente en transmitir no solo se incluyen los supuestos de traslado

de un lugar a otro, sino también aquellos que implican cambio de control o transmisión de control de una persona sin alteración de su ubicación en el espacio. Según la circular emitida por el Ministerio Fiscal 5/2011 al objeto de aclarar las posibles dudas generadas en el precepto, establece que el “transporte solo puede representar la acción por la que se lleva a la persona tratada de un lugar a otro cualquiera que sea el medio o vehículo utilizado, por sí o por un tercero. El término “traslado”, como acepción necesariamente diferenciada del propio transporte, al ser aplicado a una persona carente de capacidad de decisión por hallarse sometida a violencia, intimidación o situación abusiva, adquiere el significado de entrega, cambio, cesión o transferencia de la víctima, del mismo modo que la “recepción” indica esa misma relación desde la perspectiva de quien la toma o se hace cargo de ella. En ambos casos se comprenderán todos los supuestos de ventas entre tratantes o de adquisiciones mediante precio de quien ejerza un poder de dominación sobre otro”.

El alojamiento y acogimiento son también conductas intermedias que parecen solaparse, no podemos confundirlas con el alojamiento y acogimiento que se produce con posterioridad a la recepción de la víctima por el explotador las cuales entrarían dentro de la infracción constitutiva de explotación.

Acoger, según la RAE significa admitir, refugiar, proteger o amparar. En atención al carácter internacional de muchos supuestos de trata, supone el recibimiento y albergue de la víctima tanto en la ocasión inicial como en las subsiguientes. Consideramos que el legislador se refiere a la provisión de medios de subsistencia preordenados a la entrega de la víctima como mercancía, así como a la preservación de la integridad de la persona objeto de explotación y con ello de su valor de mercado o de su utilidad como esclavo, el acogimiento con el amparo y protección que supone para la víctima es lo que crea la relación de dependencia al darse una situación de necesidad o vulnerabilidad que permite al tratante apropiarse de su voluntad (Rodríguez, 2010: 79).

Alojar, significa ofrecer cobijo, con independencia del lugar en el que el mismo se facilite. Como ya vimos anteriormente, se da la confusión, en cierta forma, entre las conductas de acoger, recibir y alojar ya que si atendemos a su significado literal, son similares entre sí.

Entre las conductas típicas y atendiendo a lo dispuesto en alguno de los textos internacionales de referencia, no se ha incluido en el art. 177 bis CP la denominada “transferencia” que supone la entrega de la víctima de un traficante a otro, exclusión que puede ser considerada como poco acertada. Es una conducta penalmente relevante en orden a la trata, aunque no se dan lagunas de punibilidad en la medida en

que la “recepción” puede ser interpretada como el acto de apropiación por cada intermediario.

En cualquier caso, cabe subrayar que estas conductas solo adquieren significado como modalidades de trata si van dirigidas a la consecución de conductas posteriores de explotación de la víctima y se realizan empleando cualquiera de los procedimientos expresamente descritos que analizaremos a continuación.

A modo de conclusión, observamos por un lado, la amplitud ofrecida por el legislador de la conducta típica ya que las conductas de captar, transportar, trasladar, acoger, recibir o alojar al interpretarse de acuerdo con la significación gramatical de los términos, implica un ámbito de punibilidad amplísimo; por otro lado, el precepto incurre en el defecto de no incluir como conducta delictiva el intercambio o traspaso de control sobre la víctima, que solo resulta posible si se realiza una interpretación extensiva del verbo típico “trasladar”.

5.- Medios Comisivos.

Los medios comisivos descritos en el art. 177 bis del CP son la violencia, la intimidación o engaño, el abuso de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima. La inclusión de los medios comisivos en el tipo básico es uno de los grandes avances en cuanto a la regulación del delito de trata en nuestro país; en la regulación anterior, estos se introducían como agravantes creando confusión respecto al tipo. La prohibición de trata de personas venía reflejada en el numeral 2º del art 318 bis CP en dicho apartado se elevaba a 10 años la pena de prisión cuando el tráfico de personas o la inmigración clandestina fuera cometido con fines de explotación sexual, en este sentido Daunis Rodríguez explicaba los defectos de dicho precepto al plantear la cuestión de que a través de esta, poco acertada, técnica legislativa se pretendiese mutar el tráfico de personas y convertirlo en trata cuando la promoción de la inmigración clandestina tuviese como finalidad la explotación sexual del extranjero objeto del traslado, de ahí deriva la conclusión de que efectivamente no estábamos ante la regulación de un delito de trata de personas ya que no se daban ninguno de los elementos que configuran dicha conducta, siendo estos, el uso de medios que anulen la voluntad de la víctima (2010: 19). Con la inclusión de los medios comisivos dentro del tipo básico queda superada la laguna punitiva que surgía de la confusa regulación precedente en la que, en primer lugar, quedaban distorsionados los conceptos de tráfico y trata causando, de la misma forma, confusión respecto al bien jurídico protegido y en segundo lugar, no se incriminaba la trata de personas, sino únicamente una modalidad de tráfico, en cuyo caso el fundamento de la agravación se situaba en el mero interés lucrativo, sin necesidad de corroborar la existencia de abuso o falta de consentimiento de la persona objeto de la explotación sexual. En conclusión,

ha sido acertada la inclusión de los medios comisivos en el tipo básico de forma que quede configurado conforme a los mandatos internacionales el delito de trata de personas, al describirse ampliamente la conducta típica y los medios comisivos, de igual forma, el consentimiento será irrelevante, en virtud del apartado 3º del art. 177 bis CP cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados en el apartado primero del mismo artículo.

Es importante precisar que respecto a los textos internacionales existe alguna variación en la regulación española, así por ejemplo, el Convenio de Varsovia de 2005 establece como medios comisivos la amenaza o uso de la fuerza u otras formas de coerción, el secuestro, fraude, engaño, abuso de autoridad o de otra situación de vulnerabilidad, o el ofrecimiento o aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con vistas a su explotación. Estas diferencias se ven salvaguardadas con el uso de una serie de conceptos con un efecto práctico equivalente, de esta forma la violencia o intimidación engloban todas las formas coactivas a las que aluden los textos internacionales; el engaño comprende todas las formas fraudulentas; y mediante la incorporación de las tres formas de abuso (superioridad, necesidad y vulnerabilidad) se abarcan el resto de situaciones. Sin embargo, el legislador español ha omitido la inclusión de aquellos casos en los que se da la concesión o recibimiento de pagos o beneficios para conseguir el consentimiento de una persona que tenga el control sobre otra.

Con estos medios comisivos se reflejan, en palabras de Villacampa Estiarte, las tres clases de trata, siendo estas, la “trata forzada”, “trata fraudulenta” y “trata abusiva” a través de las cuales podemos describir cada uno de los medios comisivos.

En primer lugar, con “trata forzada” se hace referencia a la que implica el empleo de la violencia o la intimidación, entendiendo violencia como la ejercida físicamente sobre la víctima que sea menester a los efectos de doblegar la voluntad de la misma; e intimidación identificada con aquella que implica el empleo de la fuerza física no directamente sobre la víctima de trata, sino sobre alguna de las personas allegadas a la misma, integrando dentro de este medio comisivo de la intimidación, los supuestos de fuerza moral o los de violencia sin fuerza.

En segundo lugar, con “trata fraudulenta” hacemos referencia a aquella llevada a cabo mediante el empleo del engaño en el sentido de maquinarse un ardid que sirva para que la víctima acepte o consienta viciadamente padecer una situación de inexorable sometimiento del que difícilmente puede escapar (Pérez, 2008: 329). El engaño es el medio comisivo más utilizado para determinar el desplazamiento de un migrante, asimismo, puede referirse tanto a supuestos de trata internacional, como a los de trata nacional, así como a lo relativo al tipo de actividad que la persona

desarrollara en el lugar de destino o las condiciones en que la misma va a realizarse. Como ejemplo de modalidad engañosa típica la STS. 15.2.99 incluye un supuesto en el que el acusado facilitaba a jóvenes colombianas 2.000 dólares en efectivo y el billete para el viaje a España, pero, una vez que se encontraban en nuestro país, les exigía la devolución de la mencionada cantidad, y el reembolso adicional de un millón de pesetas, que deberían conseguir ejerciendo la prostitución en un club. Se considera que la narración fáctica de la sentencia de instancia describe un notable contraste entre lo ofrecido muy ventajoso para la mujer en el momento de la recluta y la realidad con que la misma se encontraba cuando se había incorporado realmente al negocio del acusado, tratándose de un evidente engaño.

En tercer y último lugar, con “trata abusiva” nos referimos a aquella que se produce bajo el abuso de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima. Los tres instrumentos internacionales que han servido de base al diseño del delito se refieren al abuso de una situación de autoridad o al abuso de una situación de vulnerabilidad, a las cuales la legislación española a añadido el abuso de una situación de necesidad, situación que para la mayoría de los autores, se consideraría incluida en el medio comisivo del abuso de una situación de vulnerabilidad (Villacampa et al, 2011). La vulnerabilidad puede ser de cualquier tipo: física, psicológica, emocional o familiar, social o económica y la situación de superioridad se conceptúa como la que supone aprovecharse de la correlativa posición de inferioridad en la que se encuentra el sujeto pasivo, es decir, el sujeto activo y pasivo se hallan en una real situación de desigualdad (Daunis, 2010). La sentencia STS. 161/99 de 3.2.99 se refiere a un supuesto que podemos considerar como ejemplo de abuso de la situación de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, en el que los acusados se aprovecharon de la extremada juventud de una joven checa, de su desconocimiento del idioma y las costumbres españolas, de su ausencia de amistades de confianza y de su situación ilegal en España, para negarle sus ganancias y obligarla así a continuar ejerciendo la prostitución, que quería dejar, bajo su control y beneficio.

El Tribunal Supremo en su Sentencia 1367/2004 explica la aplicación de los medios comisivos en el delito de determinación a la prostitución, los cuales pueden ser extrapolados el delito que nos ocupa dada la similitud en la conducta típica de ambos casos siendo así:

“...en lo que concierne a su interpretación "determine empleando violencia, intimidación o engaño", pues es sabido que el primer medio comisivo equivale a fuerza física, directamente ejercida sobre la víctima o encaminada a crear en ella un estado de miedo a sufrir malos tratos en el futuro si no se dedica a la prostitución, es decir, la llamada vis compulsiva, mientras el segundo se corresponde con la fuerza psíquica o moral, es decir, con amenazas en sentido estricto o el ejercicio de cierta clase de fuerza sobre las cosas, en tanto el tercero es sinónimo de fraude o maquinación fraudulenta, cual sería el caso en el que

se convence a alguien bajo oferta vinculada de trabajo para que venga a España a trabajar desde el extranjero, si bien, el engaño se suele en estos supuestos completar con la ulterior utilización de violencia o intimidación en la persona para someterla al ejercicio de la prostitución en nuestro país (SSTS. 17.9 y 22.10.01). Junto a ellos se añaden diversas modalidades de abusos, que no son sino relaciones específicas de prevalimiento del sujeto activo con la víctima, y que se originaría, bien en una situación de superioridad respecto a ella (v. gr. superior jerárquico), bien en un estado de necesidad en el que ésta se encuentra (v. gr. penuria económica, drogodependencia, etc.) bien en su específica vulnerabilidad (por razón de su corta edad, enfermedad u otra condición similar)” (STS 1367/2004, 29-11, toI 526580).

Finalmente es imprescindible señalar que en los supuestos en que la víctima del delito sea un menor de edad, no es necesaria la concurrencia de los medios comisivos analizados para que la conducta sea constitutiva del delito de trata. Asimismo, el empleo de aquellos a los que se ha hecho referencia invalida el consentimiento de la víctima en todo caso, en este sentido el art. 2.4 Directiva 2011 y el art. 4b) Convenio del Consejo de Europa para la lucha contra el tráfico de seres humanos, de 16 de mayo de 2005, señalan que el consentimiento de la víctima de la trata ante la explotación, prevista (posible) o consumada, no será válido cuando se utilicen procedimientos que anulan o doblegan su voluntad. Por tanto, no hay delito de trata si hay consentimiento válido de la persona (mayor de edad) que es captada, trasladada o acogida, reúna o no las condiciones para permanecer en territorio español (si es extranjera) (SAP Pontevedra, 14/2008, 30-4).

En cuanto a las principales críticas respecto a los medios comisivos señalados en este nuevo precepto, destacamos la de Terradillos Basoco, el cual establece que en lo objetivo, los medios han de ser idóneos para neutralizar la voluntad contraria de la víctima; y en lo subjetivo han de perseguir esa finalidad. Actuar en situación de necesidad de la víctima, sin provocarla ni servirse de ella, recurrir a violencias gratuitas o engañar para reforzar un consentimiento previo no integran el tipo del art. 177 bis CP. (2010: 210). Aunque si analizamos el literal de los medios comisivos podríamos concluir que los mismos abarcan, de una forma u otra, todas las situaciones bajo las que podría darse la conducta típica señalada a través de los medios comisivos referenciados.

Por último, señalar las posibles dudas que puedan generarse en cuanto a la no concurrencia de medios comisivos a efectos de catalogar el delito de trata en los casos de que la víctima sea menor, ya que en el literal del precepto, se limita únicamente a los casos en que la trata “se llevare a cabo...con fines de explotación”, lo cual puede generar confusión respecto a las posibles acepciones que pueda tener la explotación como por ejemplo, que la finalidad de “extracción de órganos” quede contenida o no, dentro del término “explotación”; en este sentido, habría sido acertado señalar que

aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior, se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones típicas señaladas cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad, sin hacer referencia alguna a los fines. Asimismo, el precepto debería incluir dentro de este apartado a los incapaces ya que el consentimiento en estos casos, al igual que respecto de los menores de edad, ha de ser irrelevante concurran o no medios comisivos en la realización de la conducta típica.

6.- Tipo subjetivo, finalidades de la explotación.

En cuanto al aspecto subjetivo del delito, el art. 12 del CP establece:

“Las acciones u omisiones imprudentes solo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley”

En aplicación de este precepto la conducta típica definida en el tipo básico del art. 177 bis 1 CP ha de realizarse de manera dolosa, pues no existe una tipificación expresa de la modalidad imprudente. Por lo tanto, el tipo exige dolo, es decir, el conocimiento y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo, lo que supone un mayor desvalor subjetivo de la acción, pero también generalmente una mayor peligrosidad que en la correspondiente acción imprudente (Luzón, 1996: 390). Dado que queda totalmente excluida la imprudencia grave únicamente surgen dudas respecto a la existencia de responsabilidad por dolo eventual, la mayoría de la doctrina acepta la posibilidad del dolo eventual aunque algunos autores exigen el dolo directo como forma restringida del tipo (Rodríguez Mesa, et al., 2001) al analizar el tipo subjetivo en el precepto anterior (art. 318 bis CP) en cuyo caso las teorías doctrinales establecidas respecto al dolo podemos hacer extensibles, en muchos aspectos, al delito que nos ocupa.

Tomaremos en consideración la doctrina del Tribunal Supremo en cuanto a la definición de dolo y su diferencia con la culpa consciente, concluyendo que el art. 177 bis CP incluye tanto la responsabilidad indudablemente por el dolo directo, como por el dolo eventual. La STS 1335/ 2009 de 1 de diciembre al describir el dolo eventual dice:

“En efecto, como nos dice la STS 19/2005, de 24 de enero, a diferencia del dolo directo, donde el agente quiere el resultado, y el directo de segundo grado, donde dicho resultado se representa como una consecuencia inevitable de la acción, que admite el autor, en el llamado dolo eventual el agente se representa el resultado como posible. Por otra parte, en la culpa consciente no se quiere causar la lesión del bien jurídico, aunque también se advierte su posibilidad, y, sin embargo, se actúa. Y aunque el autor se representa el peligro, confía que no se va a producir el resultado. Por ello, existe en ambos elementos subjetivos del tipo una base de coincidencia: advertir la posibilidad del resultado, pero no querer el mismo. Para la teoría del consentimiento habrá dolo eventual cuando el autor consienta y apruebe el resultado advertido como posible. La teoría de la representación se basa en el grado de probabilidad de que se produzca el resultado, cuya posibilidad se ha representado el autor. Sin

embargo, la culpa consciente se caracteriza porque, aun admitiendo dicha posibilidad, se continúa la acción en la medida en que el agente se representa la producción del resultado como una posibilidad muy remota. En síntesis, en el dolo eventual si el autor hubiese conocido de antemano la producción del resultado hubiese continuado el curso de la acción, mientras que en la culpa consciente dicho conocimiento le hubiese hecho desistir de la misma”. (STS 1335/ 2009, 1-12, CENDOJ 280791120012009101332).

Visto lo anterior entendemos la responsabilidad en caso de dolo eventual en el delito de trata, es importante añadir que el dolo puede ser inicial o subsiguiente, ya que aunque inicialmente el sujeto no tuviese intención de explotar sexualmente a la víctima o de conseguir cualquiera de las finalidades que dan vida a esta figura delictiva, si con posterioridad el sujeto dirige su acción a la consecución de cualquiera de los fines definidos en el art. 177 bis CP se cometerá el delito aunque inicialmente no fuera esa su voluntad (Peces, 2010: 47-48).

Se requiere que el autor del delito tenga la intención de explotar a la víctima en alguna de las formas que el tipo enumera sin ser necesario que la referida explotación llegue a producirse para que el tipo se consuma. La perfección típica se alcanza, por tanto, con la realización de una de las conductas que el tipo contempla, empleando cualquiera de los medios enumerados en el delito, concurriendo la intención de proceder a la explotación de la víctima en uno de los campos apuntados, pero sin necesidad de que la explotación llegue a acontecer para que el delito se consuma. En conclusión, cometerá el delito de trata de personas tanto quien realice una de las conductas típicas que contempla el art. 177 bis 1 del CP con la finalidad de explotar directamente a la víctima como aquel que realice la conducta con conocimiento de que la víctima va a ser explotada por un tercero, de forma que, las conductas tipificadas son alternativas e independientes, bastando la realización de cualquiera de ellas para que exista un delito consumado. De no ser así, se daría el caso en el que la consumación únicamente tendría lugar con la “recepción” de la persona tratada quedando el resto de las conductas tipificadas como formas imperfectas de ejecución o actos preparatorios punibles.

La técnica legislativa empleada para tipificar el delito de trata de personas de forma independiente, es la de castigar por separado la “trata” y la “explotación”, es decir, lo que podríamos considerar como el “acto preparatorio”, englobado dentro de la trata, del delito posterior de explotación; pasa a ser un delito autónomo y distinto. Al respecto, Rodríguez Fernández establece, que el delito posterior es un elemento subjetivo del injusto del delito preparatorio, que se realiza con la finalidad de que sea cometida la segunda infracción.

Al objeto de evitar la posible aplicación del concurso medial de delitos del art. 77.2 CP, el art. 177 bis 9, el cual analizaremos con posterioridad, salva esta situación

con la introducción de una regla concursal que obliga al castigo separado e independiente del delito de trata con respecto del delito constitutivo de la posterior explotación.

Una vez realizada esta breve aclaración respecto de los caracteres generales del tipo subjetivo en el delito de trata de personas, podemos comenzar a comentar de manera más detallada las finalidades del ya citado precepto, siendo estas:

- 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 órganos corporales.

Estos fines de explotación incluidos en nuestro Código Penal se corresponden con los establecidos tanto en el art. 3.a) del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños, de 15 de noviembre de 2000; en el art. 4 a) del Convenio del Consejo de Europa para la lucha contra el Tráfico de seres humanos de 16 de mayo de 2005 y por último la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo de 19 de julio de 2002 sustituida por la reciente Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas.

- a) Imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre y mendicidad.**

El delito de trata de seres humanos con los denominados fines de explotación laboral ha creado la necesidad de definir unas modalidades de conducta que, sin ser nuevas, no forman parte de ningún tipo penal específico, de manera que a diferencia del fin de explotación sexual que abarca ampliamente todas aquellas conductas delictivas de naturaleza sexual tipificadas en nuestro Código Penal, el cual ofrece una normativa, cuanto menos confusa que genera dudas a la hora de aplicar la regla concursal en la cual se castiguen de forma autónoma, los delitos de trata con fines de explotación laboral respecto de la explotación laboral como delito autónomo al de trata. Creándose situaciones carentes de sentido como por ejemplo la excesiva pena establecida en el delito de trata “de 5 a 8 años prisión” con respecto de las penas impuestas en el Título XV del Código Penal para los delitos contra los derechos de los trabajadores, rúbrica sobre la cual quedarían, en cierta forma, englobados los delitos de explotación laboral, en cuyo caso la pena más elevada al respecto sería de 5 años. En relación con esta línea de pensamiento, autores como Lascuráin Sánchez al analizar los delitos contra los derechos de los trabajadores en la normativa anterior, cuyo contenido podemos trasladar al presente análisis ya que dichos preceptos apenas fueron modificados por la reforma operada en 2010, señalaba la incongruencia de que

se castigase igual la explotación que el favorecimiento del peligro de explotación, de igual forma, que se alegue como bien jurídico protegido los derechos como trabajadores de unas personas de las que se dice que no tienen derecho al trabajo (Lascurain, 2004: 35).

Continuaremos por definir los fines que engloban la explotación laboral, acudiendo para ello a lo dispuesto en los textos internacionales a los cuales está vinculado el estado español.

En primer lugar, la imposición de trabajo o servicios forzados está dirigida a imponer a la víctima la realización de cualquier actividad o servicio contra su voluntad. El art. 2.1 del Convenio sobre el Trabajo Forzoso de 1930 define el trabajo o servicio forzado u obligatorio como el que es exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente. Para el Derecho Internacional, el concepto de trabajo no solo comprende cualquier actividad laboral productiva reglada o no (agrícola, industrial, de servicios, doméstica, etc.), sino también otras actividades de naturaleza bien distinta como la recluta de menores para intervenir en conflictos armados o para la comisión de hechos constitutivos de delitos (Convenio OIT 1999 sobre las peores formas de trabajo infantil).

En segundo lugar, los conceptos “esclavitud o prácticas similares a la esclavitud” definen aquel estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o alguno de ellos³⁴. Podemos citar el ejemplo de un inmigrante que desea obtener un permiso de residencia, y es obligado a firmar un “contrato de esclavo”, por el que realiza trabajo doméstico sin cobrar salario alguno a [cambio](#) de comida bajo condiciones de tratos humillantes y vejatorios como la exigencia de servir desnudo y decir a sus empleadores “si amo”, recibiendo el nombre de “esclavo” (STS 995/2000, 30-6, EDJ 18344). La persona esclavizada puede ser utilizada para la realización de cualquier actividad lucrativa o no, entre ellas para satisfacer los apetitos sexuales de su dominador o de un tercero, si la persona ha sido “tratada” con intención de ser utilizada como mero objeto sexual por el tratante no nos hallaríamos ante un supuesto de fines de explotación sexual sino ante un caso específico de “fines de esclavitud sexual”, en cuyo caso, consumado el atentado contra la libertad sexual, daría lugar al correspondiente concurso de delitos, normalmente con el delito de agresiones sexuales regulados en los arts. 178 y ss. CP (Circular 5/2011: 26).

³⁴ Art. 1.1 Convención sobre la esclavitud de 1926; art. 7 Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de 1956; art. 7.2.c) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998.

El término esclavitud, únicamente aparece reflejado en nuestro Código Penal, dentro de los delitos de lesa humanidad, concretamente en el art. 607 bis 2. 10º CP³⁵. En el cual se define la esclavitud y se castiga siempre y cuando forme parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o una parte de ella. Por lo que quedan fuera de esta conducta todas aquellas situaciones en las que la víctima sea objeto de explotación en condiciones de esclavitud sin que se dé bajo una de las conductas típicas que configuran el delito de lesa humanidad. Una vez más, las loables intenciones de crear un delito autónomo de trata de seres humanos quedan incompletas al no existir una regulación clara y específica de cada uno de los fines de explotación mencionados y castigados a través del delito de trata.

Como ya hemos mencionado con anterioridad, para que dichos fines de explotación laboral sean incluidos dentro del delito de trata de seres humanos debe darse una vinculación de carácter laboral en sentido amplio. Así, teniendo en cuenta una concepción contemporánea de esclavitud, no ha de basarse en el ejercicio de derechos de propiedad sobre una persona, sino como bien establece Pérez Alonso, en una “relación posesoria de carácter fáctico” en la que el autor se apropia ilícitamente del valor del trabajo de la víctima y le arrebató la condición de persona mediante el sometimiento a una situación de disponibilidad absoluta; se comporta como si fuera su dueño, como si tuviera un derecho de disposición sobre ella (Pérez, 2008: 63-65).

Con “prácticas similares a la esclavitud” se hace referencia a todos aquellos modos o procedimientos encaminados a someter a una persona a una situación de disponibilidad total³⁶.

En tercer lugar, el precepto hace referencia a la “servidumbre”, refiriéndose a la prestación no libre de cualquier tipo de servicio, impuesto mediante medios que coarten la libertad de acción de la víctima. Se puede reducir a una persona a estas condiciones de cuatro formas:

1.- Por deudas, se define como la situación en la que el deudor se compromete a prestar sus servicios personales como garantía de una deuda, si los servicios prestados “equitativamente” valorados, no se aplican al pago de la deuda, o si no se

³⁵ Art. 607 bis 2. 10º - Los reos de delitos de lesa humanidad serán castigados... Con la pena de prisión de cuatro a ocho años si sometieran a alguna persona a esclavitud o la mantuvieran en ella. Esta pena se aplicará sin perjuicio de las que, en su caso, correspondan por los concretos atentados cometidos contra los derechos de las personas. Por esclavitud se entenderá la situación de la persona sobre la que otro ejerce, incluso de hecho, todos o algunos de los atributos del derecho de propiedad, como comprarla, venderla, prestarla o darla en trueque.

³⁶ Art. 1 Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de 1956

limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios. La mayoría de las personas objeto de trata son explotadas conforme a esta práctica. Como ejemplo de este tipo de esclavitud por servidumbre la STS 221/2005 de 24 de febrero condena a dos empleadores que tenían a su servicio como empleada doméstica y a la vez en un establecimiento abierto al público, a una mujer extranjera, sin remuneración ni reconocimiento de ningún otro derecho. Dicha situación fue impuesta a la víctima por la circunstancia de no poder hacer frente a la cantidad que le reclamaban por facilitarle ese trabajo, reteniéndole el pasaporte mientras no abonara esa deuda (STS, 221/2005, 24-2, La Ley 1952631/2005).

2.- La Gleba, aquellos casos en que la persona está destinada a vivir y 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 condición³⁷. Aunque esta forma de explotación no es muy habitual en nuestro país. Estos delitos, a falta, como ya dijimos, de un tipo autónomo más amplio que tipifique esta conducta como tal, integrarán un delito contra los derechos de los trabajadores, tipificado en los art. 311.1 o en su caso 312.2 del CP.

3.- La tercera forma de servidumbre sería aquella cuyo propósito es imponer un matrimonio forzoso a una mujer la cual es 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.

4.- Por último, toda institución o práctica que tenga por objetivo la venta o transmisión de una mujer (cuando el marido de una mujer, la familia o el clan del marido tienen derecho a cederla a un tercero a título oneroso o de otra manera o la mujer, a la muerte de su marido, puede ser transmitida por herencia a otra persona), o de un menor (cuando un niño o un joven menor de 18 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 a la persona o el trabajo del niño o del joven).

Finalmente, en cuarto y último lugar, entre lo fines de explotación señalados en el art. 177 bis 1 a) se incluye la “mendicidad” siguiendo las orientaciones del derecho comunitario; se entiende que constituye una forma de trabajo o servicio forzoso según lo dispuesto por la definición del Convenio nº 29 de la OIT por tanto, la explotación de la mendicidad incluido el uso de la mendicidad de una persona dependiente víctima de la trata, solo se incluye en el ámbito de la definición de trata de seres humanos cuando concurren todos los elementos del trabajo o servicio forzoso (Considerando 11 expediente preliminar Directiva 2011). En el art. 2.3 de la citada Directiva se incluye

³⁷ Art. 1 Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de 1956.

expresamente la mendicidad como modalidad de trabajo o servicio forzoso. Probablemente se incluyó al objeto de despejar las dudas sobre la naturaleza laboral del ejercicio de la mendicidad como modalidad de explotación (Pomares, 2011: 22).

La mendicidad integra uno de los fines de la trata cualquiera que sea el sexo, edad o capacidad física o psíquica de la víctima. Si además se hubiesen utilizado menores e incapaces entraría en concurso con el art. 232.1 CP. En el caso de los supuestos de tráfico de menores con fines de mendicidad (art. 232.2 CP)³⁸ se produciría un solapamiento con una respuesta punitiva muy dispar, como solución al mismo la Circular 5/2011 “Sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración” establece que estos casos quedarán comprendidos en el delito de trata, siendo menores no es necesaria la concurrencia de los medios comisivos, dando lugar a un concurso aparente de normas con el art. 177 bis CP a resolver de conformidad con el art. 8.4 CP, castigándose por tanto, solo el delito de trata según el criterio de alternatividad.

Por último, es importante mencionar los posibles problemas que se puedan dar a la hora de castigar la explotación laboral en sí misma como conducta autónoma del delito de trata, como ya dijimos anteriormente, el principal problema radica en las lagunas punitivas respecto de cierto tipos penales, un ejemplo de ello es el hecho de que a los efectos del delito de trata no existen diferencias entre víctimas nacionales o extranjeras, en cambio esta situación cambia en los casos de explotación laboral en los que el CP establece una pena más grave si la víctima laboralmente explotada es extranjera y sin autorización para trabajar en España, lo que conllevaría valorar de forma distinta a las víctimas de un mismo delito. Entre las posibles soluciones a esta situación podemos destacar aquella en la que se considere las modalidades de explotación laboral vinculadas al delito de trata como trato degradante, de manera que la respuesta punitiva en este caso sería igual para todas las víctimas. Consideramos que esta solución podría ser factible pero probablemente generara lagunas en cuanto a las conductas que puedan considerarse trato degradante a los efectos penales.

b) La explotación sexual, incluida la Pornografía.

³⁸ Art. 232 CP 1. Los que utilizaren o prestaren a menores de edad o incapaces para la práctica de la mendicidad, incluso si ésta es encubierta, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año. 2. Si para los fines del apartado anterior se traficaren con menores de edad o incapaces, se empleare con ellos violencia o intimidación, o se les suministrare sustancias perjudiciales para su salud, se impondrá la pena de prisión de uno a cuatro años.

El segundo grupo de posibles finalidades del delito de trata, es el característico de los supuestos de trata para la explotación sexual. Como podemos observar, se utiliza la misma locución “explotación sexual” que se encontraba recogida en el art. 318 bis 2 CP en su redacción anterior. En relación con este precepto anterior, es importante remarcar que pese a que hasta la inclusión del art. 177 bis CP en nuestra legislación no se llegase a regular el delito de trata de personas de forma amplia, autónoma e independiente; esta modalidad comisiva se producía igualmente, lo que llevaba a los tribunales españoles a utilizar el único precepto que daba respuesta a esta clase de acciones, el art. 318 bis 2 CP, en el que se regulaba la trata de personas con fines de explotación sexual como un agravante al tipo básico de promover o favorecer el tráfico ilegal o la inmigración clandestina. Con la introducción del art. 177 bis CP quedan regulados autónomamente estos supuestos dándose respuesta a las exigencias internacionales y cabida a un tipo delictivo muy extendido actualmente, dejando sin efecto lo dispuesto por el apartado segundo del art. 318 bis CP que como ya hemos advertido, era objeto constante de controversia por su poco acertada técnica legislativa.

De esta forma, el tipo delictivo se refiere, en este punto, al fin de la explotación sexual en sentido amplio, es decir, englobando no solo a la explotación de la prostitución ajena, sino a todas aquellas formas de explotación de actividades de la víctima que tengan naturaleza sexual sin que necesariamente impliquen el ejercicio de la prostitución. Para algunos autores como Guardiola Lago no solo debe identificarse este tipo de explotación con la lucrativa, sino con toda aquella que pueda reportar algún tipo de beneficio, incluso personal, al explotador, sin que sea necesariamente económico; en cambio para la doctrina del Tribunal Supremo el ánimo de lucro es consustancial con el concepto de explotación sexual en relación a la interpretación de la misma “explotación sexual” del ordinal segundo del art. 318 bis CP, que “mutatis mutandis” es plenamente trasladable al art. 177 bis CP: “La existencia de ánimo de lucro es inherente a la finalidad de explotación sexual, generalmente a través de actividades de prostitución, de manera que quien explota o pretende explotar la prostitución de otros no lo hace de forma desvinculada de las ganancias económicas que el ejercicio de ese comercio supone” (STS 378/2011, 17-5, Cendoj 28079120012011100380) de igual forma, “la ganancia económica puede ser fija, variable o a comisión, pero es preciso, en cualquier caso, que se trate de un beneficio económico directo” (et al. STS 450/2009, 22-3).

Puesto que de lo que se trata es que se explote sexualmente a la víctima, es indispensable detenerse en el término “explotación”, en nuestra legislación la tipificación de la explotación de la prostitución se halla regulada en el art. 188.1. CP³⁹,

³⁹ El que determine, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, será castigado con las penas de prisión de dos a cuatro años y

el tipo delictivo se refiere al “lucro” de la explotación de la prostitución por lo que la única duda planteada es si además del lucro es exigible una mayor lesividad (Daunis, 2010: 19-20), al respecto, las líneas doctrinales adoptadas pueden reducirse a tres, en primer lugar, las que buscan el sentido de la incriminación de tal conducta en los abusos que rodean el ejercicio de la prostitución a personas que se hallan en una situación de particular vulnerabilidad; la de aquellos que entienden inviable cualquier interpretación restrictiva; y finalmente las posturas abolicionistas más extremas, que sostienen la necesidad de criminalizar la participación en la prostitución adulta consentida (Daunis, 2009: 159). Para Villacampa Estiarte, opinión por la que nos decantamos, cuando el art. 177 bis 1 b) CP se refiere a la explotación sexual, en lo que a la prostitución se refiere, deberá interpretarse, al menos cuando esta atañe a adultos, que debe tratarse de prostitución forzada, en el sentido que a ésta otorga el art. 188.1, primer inciso, CP, y de prostitución de cualquier tipo cuando se trate de menores o incapaces (Villacampa, 2011: 441).

De la misma forma, al referirnos a la explotación sexual quedan incluidas en dicho supuesto, todas aquellas formas de explotación de actividades de la víctima que tengan naturaleza sexual sin que necesariamente impliquen el ejercicio de la prostitución, que en el caso de llegar a producirse ganaría relevancia penal como delito contra la libertad sexual, así entendemos que con “explotación sexual y pornografía” además de a la prostitución, se hace referencia a otras situaciones como el “Alterne”, en cuyo caso, es objeto de polémica tanto doctrinal como jurisprudencial en cuanto a su definición y tipificación, la actividad de alterne es considerada como laboral por una gran parte de la doctrina social, la STSJ de Castilla la Mancha 41/2011 en su fundamento jurídico 4º dice que “a nadie se le escapa que el tema que subyace en la sentencia "alterne" despierta una especial sensibilidad, pues la libertad de la persona y su dignidad se presentan en términos de clara fragilidad, y pese a constituir un fenómeno con constante presencia en la historia de la humanidad, aporta en la actualidad las suficientes variables como para que merezca una consideración por parte de los poderes públicos, cualquiera que sea la opción "prohibicionismo, abolicismo o reglamentarismo" desde la que se aborde la cuestión. De ahí que la calificación o no como laboral de una actividad como la que estamos analizando supone una incursión, no exenta de problemas, en un ámbito de la realidad social de contornos difusos y cuyo tratamiento jurídico en nuestro país hoy puede calificarse como de cierta legalidad, puesto que aunque se haya dado un paso hacia su liberalización, consecuencia de la atipicidad penal desde 1995 de la prostitución voluntaria de adultos, no se ha abordado la reglamentación de ejercicio de dicha actividad” (STJ Castilla la Mancha 41/2011, 17-1, JUR 20110117). La actividad de

multa de 12 a 24 meses. En la misma pena incurrirá el que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma.

alterne no suele ser, en la práctica, actividad pura de alterne, sino actividad de alterne asociada a la prostitución y la ilicitud de ésta lleva la de aquella. Pero los órganos judiciales de suelen limitar a verificar la actividad de alterne, sin llegar a discernir si hay la de prostitución. También quedan incluidos supuestos como los llamados "masajes eróticos" (STS 556/2008, 17-9, 283600), la participación en espectáculos exhibicionistas o "strip tease" (STS 1428/ 2000, 23-9, El derecho 2000/41112) o en la "pornografía" refiriéndose en este último caso a cualquier actividad dirigida a la confección de material audiovisual en el que con finalidad de provocación sexual, se contengan imágenes o situaciones impúdicas todo ello sin perjuicio de que, en esta materia las normas deben ser interpretadas de acuerdo de acuerdo con la realidad social, como impone el art. 3.1 del Código Civil (STS 373/2011, 8-11, 421295); la STS 1058/2006, de 2 de noviembre ya declaró que la distinción entre el concepto de pornografía de lo meramente erótico es, a veces, un problema complejo por cuanto depende de múltiples factores de tipo cultural, estructuras morales, pautas de comportamiento... por ello, el delito de trata con fines de pornografía hace referencia en nuestra legislación, generalmente, a los delitos de prostitución y corrupción de menores regulados en el capítulo V del CP en relación a ello el Consejo de Europa ha definido la pornografía infantil como "cualquier material audiovisual que utiliza niños en un contexto sexual". Nuestra jurisprudencia en STS. 20.10.2003, consideró que la imagen de un desnudo (sea menor o adulto, varón o mujer) no puede ser considerada objetivamente material pornográfico, con independencia del uso que de las fotografías pueda posteriormente hacerse y, en la STS 10.10.2000 precisa que la ley penal no nos ofrece una definición de lo que considera pornografía, refiriéndose a ella en los artículos 186 y 189 del Código penal. No nos extenderemos más en lo relativo a todas las formas que engloban la finalidad de la "explotación sexual y pornografía" para evitar una dilación excesiva respecto de un tema del que se requeriría un estudio pormenorizado y que por motivos de espacio no podemos llevar a cabo en el presente trabajo.

En consecuencia, si la explotación sexual ha sido efectivamente llevada a cabo a través de la prostitución coactiva, el delito de trata entrará en concurso con el delito del art. 188.1 CP, en el caso de personas mayores de edad, o con el art. 188.2 o 3 CP, si fueran menores de 18 o 13 años respectivamente. Del mismo modo, si la actividad efectivamente desarrollada en el caso de menores o incapaces necesariamente sometidos al proceso de trata fuera el explotarlos sexualmente, es decir, con ánimo de lucro, a través de su utilización con fines sexuales o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico se producirá un concurso de delitos con el art. 189 CP.

c) La extracción de los órganos corporales

Por último, el art. 177 bis CP establece como uno de los fines del delito de trata de personas, la extracción de sus órganos corporales. Con la inclusión de esta finalidad en nuestro Código Penal se siguen los compromisos internacionales sobre esta forma de explotación, que vinculan a nuestro país. Este supuesto específico se planteó con la Resolución 78 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, se confirmó en la declaración de la tercera Conferencia de Ministros Europeos de Salud y en la Convención de Derechos Humanos y Biomedicina, reafirmado en el Protocolo a dicha Convención sobre Trasplante de órganos y Tejidos de origen humano, que prohíbe el tráfico de órganos y tejidos, finalmente la Directiva Europea de Calidad y seguridad de Órganos para Trasplantes de junio de 2010 es la que establece el marco normativo al respecto. Sin olvidar, la inclusión de esta finalidad dentro de los fines del delito específico de trata tanto en el Protocolo de Palermo como en el Convenio de Varsovia.

Junto a la incriminación del delito de trata de personas cuando la finalidad de la trata es la extracción de órganos corporales el legislador ha incluido esta conducta típica a través del art. 156 bis CP, entre los delitos de lesiones⁴⁰. La estricta referencia, tanto en el delito de trata con el fin de la extracción de órganos como en el delito de tráfico de órganos en si mismo, a los órganos, deja fuera del tipo aquellos supuestos que tengan por objeto la sangre y sus componentes, o aquellos casos en que la extracción forme parte íntegramente de una ceremonia o rito aberrante como los “satánicos”.

Asimismo estos preceptos establecen la distinción entre órganos principales y no principales, evidentemente, debe interpretarse en sintonía con lo previsto en los arts. 149 y 150 del Código Penal. Una definición jurídica de órgano viene recogida en el art. 3 del RD 2070/1999 de 30 de diciembre conforme al cual se entenderá por tal «aquella parte diferenciable del cuerpo humano constituida por diversos tejidos que mantiene su estructura, vascularización y capacidad para desarrollar funciones fisiológicas con un grado importante de autonomía y suficiencia. Son, en este sentido

⁴⁰ Los que promuevan, favorezcan, faciliten o publiciten la obtención o el tráfico ilegal de órganos humanos ajenos o el trasplante de los mismos serán castigados con la pena de prisión de seis a doce años si se tratara de un órgano principal, y de prisión de tres a seis años si el órgano fuera no principal. 2. Si el receptor del órgano consintiera la realización del trasplante conociendo su origen ilícito será castigado con las mismas penas que en el apartado anterior, que podrán ser rebajadas en uno o dos grados atendiendo a las circunstancias del hecho y del culpable. 3. Cuando de acuerdo con lo establecido en el [artículo 31 bis](#) una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa del triple al quíntuple del beneficio obtenido. Atendidas las reglas establecidas en el [artículo 66 bis](#), los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del [artículo 33](#).

órganos: los riñones, el corazón, los pulmones, el hígado, el páncreas, el intestino y cuantos otros con similar criterio puedan ser extraídos y trasplantados de acuerdo con los avances científico-técnicos». Pueden plantearse algunas dudas sobre si se incluyen, por ejemplo manos, pies, dedos, piel u ojos, entre otros. Probablemente todos los citados deban entenderse englobados en atención a su autonomía funcional (Gómez, 2010: 619).

Visto lo anterior, la cuestión principal surge a la hora de aplicar la cláusula concursal establecida por el art. 177 bis 9 CP ya que nos encontraríamos con un concurso de delitos entre el previo de trata y el posterior de tráfico de órganos, generándose una posible duplicidad incriminatoria ya que la descripción típica del art. 156 bis CP es excesivamente amplia. Para solventar esta situación la Circular 5/2010 sobre los criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración establece que en aquellos casos en los que el nuevo delito de tráfico ilegal de órganos genere un concurso aparente de normas con el de trata de seres humanos, se resolverá por el cauce del art. 8.4 CP de tal forma que será de aplicación el art. 177 bis cuando el órgano extraído no fuera principal. En estos casos, una vez practicada la extracción, el delito de trata entrará en concurso con el de lesiones contra la vida según el resultado efectivamente producido.

7.- Penalidad.

La pena establecida por el tipo penal es la de prisión de 5 a 8 años. Teniendo en cuenta el resto del articulado del Código Penal, consideramos tal y como viene denunciando gran parte de la Doctrina, que se trata de una pena excesiva ya que, como hemos visto, llega a superar a las penas establecidas para los delitos que regulan la explotación a los que la trata sirve como instrumento; dándose situaciones de doble incriminación y desproporcionalidad con el resto del articulado del código penal.

Al respecto es importante hacer referencia a lo dictado por los instrumentos comunitarios los cuales vienen proponiendo reiteradamente que las legislaciones nacionales incluyan sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, calificativos reiteradamente recogidos en los instrumentos comunitarios de contenido penal, de acuerdo con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.(Santana, 2011: 224). En este sentido, la Directiva 2011/36 modifica la pena del tipo básico, con respecto a la Decisión Marco 2002/629/JAI a la que sustituye, con una pena privativa de libertad de una duración máxima de al menos 5 años y la eleva hasta 10 años de privación de libertad en los casos de los subtipos agravados, pese a este aumento punitivo establecido en la nueva Directiva Europea, la pena establecida para el tipo básico del art. 177 bis CP continúa siendo excesiva llegando a superar incluso, a la del homicidio; así por ejemplo, según lo establecido por la Directiva 2011/36 la pena máxima para

funcionario público, cuando la víctima es especialmente vulnerable, cuando se pone su vida en grave peligro y en caso de organización criminal ha de ser de, al menos, diez años. La prevista en el CP art. 177 bis, al suponer el salto de grado, va de 8 años y un día a 12 años, e incluso es de 12 años y un día a 18 años para el jefe de la organización.

8.- Tipos cualificados del delito.

8.1.- Tipos cualificados en atención a la víctima.

En primer lugar, se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el tipo básico, en caso de la puesta en grave peligro de la víctima, víctima menor de edad o por su especial vulnerabilidad por razón de la enfermedad, discapacidad o situación (art. 177 bis 4 CP), estableciéndose para estos casos una pena de 8 años y un día a 12 de años de prisión, en caso de concurrencia de más de una de las tres agravantes esta pena se impondría en su mitad superior, es decir de 10 a 12 años.

a) Puesta en grave peligro de la víctima

Considerándose como tal aquellos supuestos en los que el peligro al que se pone a la víctima afecta a bienes jurídicos esenciales, exige generar una situación de riesgo cierto de lesión para la vida, salud o integridad física o psíquica de la víctima en cualquiera de las fases de desarrollo del proceso de trata, el concepto de “grave peligro” es un concepto jurídico indeterminado por lo que la valoración de la gravedad del peligro ha de realizarse de acuerdo con los criterios ya definidos jurisprudencialmente a propósito de otros delitos, atendiendo tanto a la probabilidad del mal prevenido como a la entidad de los bienes jurídicos potencialmente afectados. Podemos afirmar, al margen del tratamiento individualizado que le den los tribunales en cuanto al concepto de “puesta en grave peligro para la víctima” es que dicho peligro puede ser causado tanto por las condiciones en que se produce el viaje como por aquellas en las que se desarrolle la realización de cualquiera de las conductas típicas que contempla el tipo básico del delito. Así por ejemplo, en las condiciones de alojamiento o captación.

En el caso de que durante el proceso de trata se produzca la muerte o graves lesiones de la víctima, no será de aplicación la circunstancia agravante, sino el tipo básico de trata en concurso ideal con el delito de resultado correspondiente, siendo aplicado el régimen general de concurrencia de delitos de peligro (aquellos que se consuman sin necesidad de lesión, con el simple peligro del bien jurídico) en relación con el correspondiente de lesión (supone ya la efectiva lesión o menoscabo del bien jurídico), realizándose la subsunción de los hechos en el delito de lesión que absorbería al delito de peligro, evitándose de esta forma la infracción del principio non bis in ídem.

b) Víctima menor de edad

El tipo básico del delito de trata, prevé la existencia del delito sin concurrencia de ningún medio comisivo en caso de que la víctima sea menor de edad; y configura en el apartado 4º del art. 177 bis CP la circunstancia agravatoria en relación con el delito de trata. De tal forma que cuando el tratante haya aplicado al menor cualquiera de los medios comisivos descritos se castigará el delito de trata con la concurrencia de un agravante, es decir, se aplicaría la pena de 8 a 12 años (pena superior en grado).

Este agravante en relación con la minoría de edad de la víctima podría considerarse, en muchos aspectos, similar al agravante de “especial vulnerabilidad” que veremos posteriormente, ya que recurriendo a la normativa europea que vincula al estado español, la Decisión Marco de 2002 incluía, con relación a los menores de edad, una interpretación legal de especial vulnerabilidad considerando que el menor era especialmente vulnerable cuando esté por debajo de la mayoría de edad sexual según la legislación nacional y la infracción se haya cometido con fines de explotación de la prostitución ajena o de ejercer otras formas de explotación sexual, incluida la pornografía⁴¹. Con ello se hacía referencia a menores entre los 13 y los 16 años, según la legislación estatal de cada país. Por lo que a España respecta la intangibilidad o indemnidad sexual se fija en los menores de 13 años, de manera absoluta, y en determinados comportamientos por debajo de los 18 años. El fundamento de esta agravación residía en la concepción de que por debajo de cierta edad existe una indemnidad sexual de los niños, esto es, un derecho de estos a no ser involucrados en ningún contexto sexual debido a que por su edad no tienen la suficiente madurez física y psíquica para entender y afrontar las relaciones sexuales y sus consecuencias. La Directiva 2001/36 que deroga a la DM de 2002 en su art. 4.2 a) se limita a incluir “como mínimo a los menores”, sin realizar especificación alguna, por lo que habrá que entender que cualquier trata que recaiga sobre menores constituye, con independencia de la edad del menor y la finalidad perseguida, un subtipo agravado.

El art. 177 bis CP ha utilizado la técnica legislativa de la Directiva de 2011 en cuanto al agravante de minoría de edad, coincidimos con Villacampa Estiarte, en el sentido de que parece excesivo que la pena se vea aumentada automáticamente cuando la víctima sea un menor de edad sin más distinción, de forma que debería realizarse 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. La agravación contenida en este apartado 4º deberá reservarse para supuestos de trata con víctima menor de edad que impliquen un incremento de injusto

⁴¹ “Son víctimas especialmente vulnerables en el sentido del apartado 2 del artículo 2, el apartado 4 del artículo 8 y el apartado 1 del artículo 14 de la DM 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal.

en relación con los supuestos de trata de menores sin empleo de medios comisivos del tipo básico del delito (Villacampa, 2011: 453) teniendo en cuenta las particularidades de cada caso como por ejemplo aquellos supuestos en que la corta edad del menor lo convierta en una víctima particularmente vulnerable.

c) Víctima especialmente vulnerable por razón de enfermedad, discapacidad o situación

La especial vulnerabilidad de la víctima viene determinada por razón de enfermedad, discapacidad o situación, si atendemos al calificativo de “especial” podemos entender que hace referencia a que las situaciones en las que se encuentra la víctima son especialmente graves. La Directiva de 2011 identifica como víctimas especialmente vulnerables, además de los menores, los adultos especialmente vulnerables como consecuencia de un eventual embarazo, condiciones sanitarias o discapacidad, es decir, la especial vulnerabilidad de la víctima puede tener tanto un origen personal (discapacidad o enfermedad) o extra-personal (situación de necesidad o inferioridad). Por todo ello, a los efectos de evitar de nuevo la vulneración del principio non bis in ídem, cuando tales circunstancias hayan sido determinantes en la apreciación de la tipicidad conforme al apartado 1 del precepto, no procede su consideración como agravantes. Es decir, si la conducta típica se realiza a través del medio comisivo por el que se produce abusando de una situación de vulnerabilidad, a no ser que el grado de vulnerabilidad sea extremo, debe reservarse la calificación conforme al tipo agravado solo en los casos en los que las víctimas padezcan enfermedades graves, discapacidad mental, intelectual, sensorial o física sustancial que limite gravemente su participación en la vida social⁴².

8.2.- Tipos cualificados en consideración al sujeto activo.

El citado precepto en su apartado 5 establece la imposición de la “pena superior en grado” a la prevista en el tipo básico, es decir pena de prisión de 8 a 12 años, y la inhabilitación absoluta de 6 a 12 años, en aquellos supuestos en los que el autor lleve a cabo la acción prevaleciéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. Especificando que en el caso de concurrirse alguna de las circunstancias previstas en el apartado anterior (puesta en grave peligro de la víctima, menor de edad o especial vulnerabilidad) se aplicarán las penas en su mitad superior, es decir, se castigaría con la pena de prisión de 10 a 12 años e inhabilitación absoluta de 9 a 12 años.

⁴² En aplicación de lo dispuesto por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en cuyo art.1 párrafo 2º establece: “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Como bien establece Terradillos Basoco, se entiende que, en este caso, las circunstancias del apartado 4 que en aquel caso son acumulativas (pudiéndose dar más de una circunstancia que agrave el tipo), son alternativas de modo que es indiferente la concurrencia de una o varias, siendo imposible agravar más aun el tipo al haberse determinado ya que la concurrencia de alguna de ellas supone la imposición de la pena aumentada en un grado y en su mitad superior (Terradillos, 2010: 213).

Con este tipo cualificado, se configura un delito especial impropio por la cualidad personal del sujeto activo del delito, exigiéndose que las autoridades, sus agentes o funcionarios realicen los hechos del tipo básico de trata, de forma que en caso de participación accesoria, únicamente puedan ser castigados como cómplice del tipo básico común. En esta línea viene pronunciándose la jurisprudencia en relación con el ya modificado art. 188.2 CP que podemos aplicar al caso que nos ocupa, dicho precepto establecía el tipo cualificado para aquellos casos en que se determinase a una persona a ejercer la prostitución o mantenerse en ella mediante violencia, intimidación, engaño o abuso de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, en cuyo caso el autor que realice la conducta descrita prevaleciéndose de su condición de autoridad o agente de ésta o funcionario público, de esta forma la STS 438/2004 de 29 de marzo se pronuncia sobre la autoría en estos casos señalando que:

“Dada la redacción del nº 2 del art. 188 CP (equivalente al nº 3 del texto anterior a la reforma introducida por la LO 11/03, de 29 de septiembre), que aplica las penas del número anterior en su mitad superior, y además la pena de inhabilitación absoluta de 6 a 12 años, a los que realicen las conductas descritas en él, prevaleciéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, salvo que se realice una interpretación extensiva vedada al Derecho Penal, no puede entenderse que el cómplice (mero cooperante a la ejecución del hecho), que sea agente de la autoridad, haya realizado las conductas de determinación coactiva descritas en el número primero del mismo artículo. Por otra parte, si el supuesto del número 1º vendría a ser constitutivo de un delito común, y el previsto en el nº 2º de un delito especial impropio, en cuanto que el delito común estaría cualificado por la cualidad personal (autoridad o agente de la autoridad o funcionario público) del sujeto agente, y si, en rigor, conforme a la doctrina dominante, autor es quien realiza el aporte causal, llevando a cabo actos nucleares y ejecutivos del tipo, siendo meramente partícipe el que realiza otro tipo de aportación menos importante, rigiendo el principio de accesoriidad, los actos de complicidad estimados en el recurrente lo serán respecto al supuesto típico del número primero del art. 188, puesto que la punibilidad del partícipe depende jurídicamente del hecho del autor principal, o

mejor dicho, la ilicitud de la participación presupone la ilicitud del hecho en que se participa”. (STS 438/2004, 29-3, CENDOJ: 28079120012004100411).

El apartado 6 del art. 177 bis CP introduce el tipo agravado en caso de que el culpable pertenezca a una organización o asociación que se dedique a la realización de tales actividades. En cuyo caso prevé la pena superior en grado a la prevista en el tipo básico, es decir, de 8 a 12 años de prisión e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena. Asimismo, se prevén dos subtipos más, en primer lugar, en caso de que el culpable pertenezca a una organización o asociación criminal y concorra alguna de las tres agravaciones establecidas en el art. 177 bis 4 CP la pena se aplicará en su mitad superior, es decir, prisión de 10 a 12 años e inhabilitación especial por el mismo tiempo. En segundo lugar, en el caso de que la autoridad, agente de esta o funcionario público pertenezca a una organización o asociación de las establecidas por el apartado 5 de este mismo precepto, se impondrá la pena fijada para dicho supuesto en su mitad superior, es decir, pena de prisión de 10 a 12 años e inhabilitación absoluta de 8 a 12 años.

Finalmente en aquellos supuestos en que se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones se les aplicará la pena en su mitad superior que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado, es decir, pena de prisión de 12 a 18 años e inhabilitación especial por el mismo tiempo, aclarando que dicho aumento de un grado se producirá, en todo caso, cuando se incurra en cualquiera de los agravantes descritos en los apartados 4 y 5 de este mismo precepto.

El legislador a tomado como referencia a la hora de incluir el supuesto de pertenencia a organización o asociación criminal, el concepto que de la organización delictiva que establece la Directiva 2011/36/UE la cual se remite a la Decisión Marco 2008/841/JAI que deroga la Acción Común 98/733/JAI a la que se remitía la Decisión Marco sustituida por la Directiva. Según el art. 1.1 de la citada Decisión Marco se entenderá por organización delictiva “Una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto periodo de tiempo y que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años o con una pena aún más severa, con el objetivo de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material” en cualquier caso, la Directiva de Trata se remite, a efectos agravatorios, exclusivamente a la “organización delictiva”, por lo que no se entendería incluida en tal concepto la “asociación estructurada” a la que alude la Decisión Marco de 2008 diferenciándola de aquella.

El tipo cualificado del art. 177 bis 6 CP hace referencia a la integración de los culpables en una organización o asociación de más de dos personas, incluso transitoria, dedicada a “tales actividades” entendiéndose por estas, en términos estrictos, la comisión reiterada de delitos de trata de personas. Lo que permite acotar el amplio término al que se refiere con “Asociaciones ilegales”.

En cuanto al concepto de organización o asociación al que hace referencia este tipo cualificado ha sido objeto de discusión tanto doctrinal como jurisprudencial desde la regulación anterior en la que se establecía un tipo amplísimo de las denominadas “asociaciones ilícitas”, así como la confusa aplicación de los términos organización o asociación establecidos en el tipo agravado del art. 318 bis 5. En cuanto a la interpretación que tradicionalmente se ha dado a estos términos podemos decir que con el concepto “Asociación criminal”, partiendo de las definiciones ofrecidas tanto por la UE como por el ya modificado art. 515 del CP, requería tres notas básicas siendo estas, en primer lugar la formación por una pluralidad de personas; en segundo lugar, que estuviesen interrelacionadas entre si mediante una estructura organizativa; y en tercer y último lugar, que existiese cierta permanencia, es decir que el acuerdo que uniese a este grupo de personas fuera duradero y no meramente ocasional.

Con organización criminal, se hacía referencia a aquellas agrupaciones que además de cumplir con los tres requisitos anteriores, cumpliesen otras tres notas definitorias, siendo estas, la orientación de dicho grupo a la comisión de delitos graves, la adopción de una estructura compleja y la búsqueda de beneficio o poder como objetivo.

La amplitud típica que abarcaban dichos conceptos exigía la interpretación restrictiva del concepto de asociación en relación con el tipo cualificado del art. 318 bis.5 CP para el delito de tráfico de personas de la regulación anterior del CP.

El tipo cualificado descrito en el art. 177 bis. 6 CP objeto del presente estudio mantiene las notas “incluso de carácter transitorio” respecto de los delitos de trata cometidos en el seno de una organización o asociación dedicada a tales actividades, lo cual genera dudas en cuanto a la delimitación de los conceptos de organización y asociación establecidos en nuestro CP.

Con la reforma operada por la LO 5/2010 se incluye el Capítulo VI en el Título XXII del Libro II, que comprende los artículos 570 bis, 570 ter y 570 quáter, bajo la rúbrica “De las organizaciones y grupos criminales”, y que obedece a la necesidad de articular un instrumento normativo con el propósito de combatir adecuadamente “todas las formas de criminalidad organizada”, y responde asimismo a los compromisos derivados de instrumentos internacionales de aproximación de las legislaciones nacionales y de cooperación policial y judicial asumidos por los Estados

miembros de la Unión Europea en la lucha contra la llamada delincuencia organizada transfronteriza, tanto en materia de prevención como de represión penal. En dichos preceptos se ofrece una definición auténtica de organización criminal, al establecer en el párrafo segundo del apartado 1 que *se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas*. El elemento estructural del tipo viene definido, además de por la pluralidad subjetiva, más de dos personas, por dos notas delimitadoras: el carácter estable o por tiempo indefinido y la coordinación entre los miembros de la organización con reparto de roles.

La inclusión de estos nuevos tipos delictivos no solamente tienen como finalidad separar definitivamente la comisión de este tipo de delitos del ejercicio abusivo, desviado o patológico del derecho de asociación, sino también la ampliación de conductas delictivas, a través de la inclusión de las relacionadas con los grupos criminales que se introducen debido a que la exigencia jurisprudencial de la existencia de una estructura con vocación de permanencia en el delito de asociación ilícita impedía su aplicación a “otros fenómenos análogos muy extendidos en la sociedad actual, a veces extremadamente peligrosos o violentos que no reúnen esos requisitos estructurales” (Villacampa, 2012: 24).

Los referidos preceptos introducidos en nuestro CP, concretamente el art. 570 ter CP introduce el término “grupo criminal” entendiéndolo por tal aquel que exigiendo una cierta permanencia y una estructura básica que suponga una actuación concertada de sus miembros, no se requiere una asignación formal de funciones entre los distintos miembros del grupo, ni continuidad en la condición de miembro, con lo que caben dentro de este precepto las organizaciones criminales de carácter transitorio, tal y como establece la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2011, sobre la Reforma del Código Penal por LO 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales.

El apartado número 6 del art. 177 bis CP se refiere a una organización o asociación de más de dos personas, si bien incluso a las de carácter transitorio, en relación con ello es posible que una asociación esporádica cometa un delito de trata de personas, pero no es posible afirmar que esté “dedicada” a ello. Por tanto la transitoriedad en un delito que difícilmente puede ejecutar una persona sola, debe aludir a algo más que a lo episódico o esporádico, que queda, así al margen de la agravación.

Al objeto de delimitar el tipo cualificado que nos ocupa, mantenemos la necesidad de continuar con la interpretación restrictiva para este tipo delictivo que se

había venido defendiendo para el homólogo tipo cualificado del delito de tráfico de personas del art. 318 bis 5 CP por la jurisprudencia, pronunciándose como sigue,

"Es preciso que el acuerdo lleve a la formación de una estructura, si quiera sea elemental, en que haya una dirección y una jerarquía que planifique y conjunte las diversas actividades de los miembros del grupo añadiendo que conviene no ser demasiado flexible en la exigencia de los elementos que pueden conformar una organización o asociación dedicada a la comisión de ciertos delitos a fin de no incluir en dicha categoría, como forma transitoria de la misma, cualquier supuesto de codelincuencia compleja" (STS 1306/2003, 6-10, RJ 2003/7632).

En la misma línea y respecto a la posibilidad de incluir dentro de este tipo cualificado cualquier supuesto de codelincuencia en la comisión del delito de trata, la jurisprudencia realiza una interpretación restrictiva al establecer que:

"La jurisprudencia de esta Sala ha venido precisando que debe apreciarse el subtipo penal agravado de organización -que no puede confundirse con la mera coautoría o coparticipación- en aquellos casos en que los acusados se hayan aprovechado, para la realización del concreto delito enjuiciado, de redes estructuradas, más o menos formalmente, en las que estuviesen integrados («perteneciere») y en las que debe concurrir de ordinario una determinada jerarquía, un reparto de papeles y cierta vocación de continuidad (sentencias de 28 de junio [RJ 2000\5808] o 3 de noviembre [RJ 2000\9970] de 2000). (STS núm. 1095/2001, de 16 de julio [RJ 2001\6498]). Cumpliéndose con estos requisitos, es posible la existencia de una organización para la ejecución de una operación específica. También debe tenerse en cuenta que la agravación consiste en pertenecer a una organización, lo que excluye los supuestos de una mera colaboración accidental u ocasional. No debe confundirse esta posibilidad con la integración en una organización para la ejecución de una operación concreta, pues en este caso es evidente la pertenencia a la organización al tiempo de la ejecución, beneficiándose de la estructura organizativa." Y en sentido semejante la de 23 de Mayo de 2003, afirma:
"El concepto amplio de organización contenido en la STS de 14 de mayo de 1991 (RJ 1991\3646), según el cual abarca «todos los supuestos en los que dos o más personas programan un proyecto para desarrollar una idea criminal», fue seguido por las STS N° 937/1994, de 3 de mayo, STS N° 210/1995, de 14 de febrero (RJ 1995\818) y STS N° 864/1996, de 18 de noviembre (RJ 1996\8956), entre otras, que añadieron que no era precisa una organización más o menos perfecta, más o menos permanente, destacando esta última que «lo único exigible para la supervivencia del subtipo es que el acuerdo o plan se

encuentre dotado de una cierta continuidad temporal, o durabilidad, más allá de la simple u ocasional consorciabilidad para el delito. Entonces la organización lleva consigo, por su propia naturaleza, una distribución de cometidos y de tareas a desarrollar, incluso una cierta jerarquización». El concepto fue precisado en otras sentencias de esta Sala insistiendo en los elementos anteriores y completándolo con otras notas, como el empleo de medios idóneos (STS N° 797/1995, de 24 de junio [RJ 1995\4849], STS N° 1867/2002, de 7 de noviembre [RJ 2002\10073]); una cierta jerarquización (STS N° 867/1996, de 12 de noviembre [RJ 1996\9682]; STS N° 1867/2002); la distribución de cometidos y una cierta supervisión (STS N° 797/1995; STS N° 867/1996; STS de 6 de abril de 1998 [RJ 1998\4017]); la continuidad temporal del plan más allá de la simple u ocasional consorciabilidad para el delito o mera codelincuencia (STS N° 936/1994, de 3 de mayo [RJ 1994\3636]; STS N° 797/1995; STS N° 867/1996; STS de 6 de abril de 1998; STS N° 964/1999, de 10 de junio [RJ 1999\3887]); el empleo de medios de comunicación no habituales (STS de 8 de febrero de 1991 [RJ 1991\911]). La mera delincuencia se supera cuando se aprecia, además de la pluralidad de personas, la existencia de una estructura jerárquica, más o menos formalizada, más o menos rígida, con una cierta estabilidad, que se manifiesta en la capacidad de dirección a distancia de las operaciones delictivas por quienes asumen la jefatura, sin excluir su intervención personal, y en el hecho de que la ejecución de la operación puede subsistir y ser independiente de la actuación individual de cada uno de los partícipes, y se puede comprobar un inicial reparto coordinado de cometidos o papeles y el empleo de medios idóneos” (STS 1444/2004, 10-12, Tol. 556.733).

Finalmente, surge de nuevo, el posible solapamiento o duplicidad de agravaciones resucitándose los problemas planteados con el anterior art. 318 bis 5 CP mediante la previsión del tipo cualificado de asociaciones ilícitas del anterior art. 515.6º CP. Ante dicha duplicidad siendo más grave la penalidad correspondiente al tipo cualificado del delito de trata de personas, además de implicar un atentado más acabado en relación con el bien jurídico protegido por el delito de trata, debe defenderse la aplicación precedente de este tipo delictivo en aplicación de los principios de alternatividad, subsidiariedad y especialidad. De forma que podría subsumirse únicamente en los supuestos específicamente cualificados que contemplan tanto el art. 570 bis cuanto el art. 570 ter CP aquellos casos no subsumibles en el tipo cualificado del delito de trata de seres humanos.

9.- Responsabilidad de las personas jurídicas.

Cuando una persona jurídica sea responsable de los delitos de trata de personas según lo dispuesto en el art. 31 bis CP se le impondrá la pena de multa del tripe al quíntuple del beneficio obtenido. Adicionalmente y atendidas a las reglas establecidas en el art. 66 bis de este mismo cuerpo legal, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las letras recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33, esto es, disolución; suspensión de actividades; cláusula de locales; prohibición de realizar actividades; inhabilitación para obtener subvenciones, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de Seguridad Social; e intervención judicial.

La inclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, deviene de lo impuesto por los instrumentos internacionales y europeos, tomando como referencia especialmente estos últimos, la Decisión Marco 2002/629/JAI derogada por la Directiva 2011/36, pero vigente durante la reforma del CP operada por la LO 5/2010, instaba a que cada estado miembro adoptase las medidas necesarias, administrativas o penales, para garantizar que la persona jurídica considerada responsable sea castigada con sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, aludiendo así a los mismos principios que se establecen con relación a las personas físicas. Estableciendo sanciones que debían incluir las multas que podrían tener carácter penal o administrativo. Posteriormente, la ya reiteradamente mencionada Directiva 2011/36 recoge en paralelo a las penas privativas de derecho de las personas físicas, otras sanciones como son: la exclusión del disfrute de ventajas o ayudas públicas; la prohibición temporal o permanente del desempeño de actividades comerciales; el sometimiento a vigilancia judicial; la medidas judicial de liquidación; el cierre temporal o definitivo de establecimiento utilizados en la comisión de la infracción, entre otras.

Hasta la reforma operada por la LO 5/2010 la posible responsabilidad de las personas jurídicas venía regulada por el art. 31 CP en el cual únicamente se establecía la responsabilidad personal de “el que actúe como administrador de hecho o de derecho de una personas jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro”, siendo responsable del pago de la multa impuesta por sentencia, de manera directa o solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó. Al objeto de superar las lagunas punitivas generadas por tan escasa regulación, se introduce con la nueva reforma el art. 31 bis CP a través del cual la persona jurídica es penalmente responsable tanto de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de la misma y en su provecho por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho, como de los delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes estando sometidos a la autoridad de las personas físicas antes mencionadas han podido realizar los hechos por no haberse

ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso (Villacampa, 2011: 471). Únicamente puede exigirse responsabilidad penal a una persona jurídica respecto de aquellos delitos en que expresamente así se haya previsto en las disposiciones del Libro II del Código Penal entre los cuales se incluye el delito de trata de seres humanos. De acuerdo con lo previsto en el nuevo apartado 7 del art. 33 CP y según lo establecido en el art. 177 bis 7 CP, los tipos de penas establecidas para los casos de las personas jurídicas responsables del delito de trata que pueden imponerse, además de la pena multa principal, son la disolución de la persona jurídica; la suspensión de las actividades; la clausura de los locales y establecimientos; la prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito; la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social y la intervención judicial. La pena de multa, en este caso, está prevista como pena principal obligada y viene fijada, como ya dijimos anteriormente, por el tripe al quíntuple del beneficio obtenido por la comisión de un delito de trata de seres humanos, dejándose el resto de penas, a la sazón, las recogidas en las letras b) a g) del art. 33.7 CP con carácter potestativo de manera que los jueces o tribunales podrán imponerlas o no ponderando los siguientes parámetros establecidos en las reglas de aplicación de las penas que fija el nuevo art. 66 bis CP, siendo estas: en primer lugar según su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos; en segundo lugar según sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores y en tercer y último lugar, teniendo en cuenta el puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control.

La “Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por ley orgánica número 5/2010” justifica la introducción de este precepto (art. 31 bis) en nuestro CP asegurando que con este se resuelven las situaciones en las que se produce una disociación entre quien actúa, el representante, y quien ostenta la cualidad que el tipo exige al sujeto activo del delito, el representado, ya se trate de una persona física o jurídica. En consecuencia, en el contexto de un Derecho penal como actualmente ya es el nuestro, en el que se admite la responsabilidad de las personas jurídicas, sigue resultando necesaria la previsión expresa de las actuaciones en nombre de otro que efectúa el artículo 31 del Código Penal, haciendo viable la atribución de responsabilidad penal a una persona física que, no obstante haber lesionado un bien jurídico de forma merecedora de pena, no encajaría en el tipo penal por carecer de la cualificación necesaria para poder ser considerado autor del delito especial propio.

Con el art. 177 bis 7 CP además de cumplir con lo dispuesto en los ya mencionados instrumentos internacionales responsabiliza a las personas jurídicas a

razón, entre otras causas, de la estrecha relación existente entre estas y la delincuencia organizada analizada en el epígrafe anterior. El sistema de pena multa impuesto por este precepto persigue generar un cierto efecto confiscatorio de las ganancias obtenidas mediante un delito que puede llegar a ser muy lucrativo. En relación con esto último, nuestro ordenamiento jurídico articula la confiscación de ganancias tanto de las personas físicas como de las personas jurídicas a través de la consecuencia accesoria de comiso regulada en el art. 127 CP.

10.- Actos preparatorios

El número 9 del art. 177 bis CP determina la incriminación de los actos preparatorios de forma que la provocación, conspiración y la proposición para cometer el delito de trata de seres humanos, serán castigados con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente. Entendiendo que no será necesario que la persona responsable del delito logre la explotación de la víctima que sería lo que persigue a través de la conducta típica realizada. En este sentido y al fin de evitar reiterarnos excesivamente cabe recordar que pese a la opinión de un pequeño sector doctrinal que considera el delito de trata como un acto preparatorio de una posterior explotación criticándolo por el adelantamiento de las barreras de punibilidad que suponía, ha quedado asentada la opinión mayoritaria de que nos encontramos ante un delito autónomo que admite a su vez la incriminación de los actos preparatorios, respecto de los cuales cabe especificar que únicamente son punibles cuando así lo establezca el CP como en el caso que nos ocupa. La jurisprudencia viene pronunciándose al respecto determinando la punibilidad de los actos preparatorios en aquellos casos que establezca el CP, así la STS 273/1995 de 12 de julio dice:

“Sabido es cómo la doctrina actual estima que solo deben ser sancionadas penalmente aquellas conductas que supongan un daño o un peligro para un determinado bien jurídico al que el legislador reputa merecedor de esta especial y máxima protección. En este orden de cosas el Derecho penal solo interviene cuando el propósito criminal ya se ha manifestado al exterior y, además, existe al menos un peligro para el bien jurídico de que se trate, entendiéndose que, por regla general, este peligro comienza cuando se ha iniciado la ejecución de la correspondiente infracción, es decir, cuando ha empezado ya la acción que, conforme al modo en que ordinariamente se desarrollan los acontecimientos, normalmente ha de desembocar en la realización del correspondiente tipo delictivo. De esta manera los actos preparatorios, es decir, aquellos que se dirigen hacia la comisión del delito antes de la iniciación de la ejecución, quedan sin castigo, salvo, por lo que se refiere a nuestro derecho positivo, tres modalidades de conductas, aún no ejecutivas, pero que por implicar en el hecho a una pluralidad de sujetos

constituyen una mayor peligrosidad merecedora de sanción penal, la conspiración, la proposición y la provocación(...) castigar solo esta clase de conductas cuando se refieren a ciertos delitos graves en atención a la especial importancia de determinados bienes jurídicos cuya específica protección exige adelantar la punición a determinados actos aún no ejecutivos” (STS 273/1995, 12-7, Tol. 403.119).

En conclusión, en aquellos casos en que se dé el acto de proposición definido y regulado en el art. 17.2 CP; conspiración, establecido en el art. 17.1 CP; o provocación, descrito en el art. 18 del CP con el fin de llevar a cabo las conductas típica del delito de trata, serán castigados igualmente aunque no llegue a producirse la consumación con la pena inferior en uno o dos grados, es decir, la pena de prisión de 2 años y 6 meses a 5 años (en el caso de que se imponga la pena inferior en un grado) o bien, la pena de 1 año y 3 meses a 2 años y 6 meses (en caso de que se imponga la pena inferior en dos grados).

11.- Cláusula concursal

Las penas previstas en el art. 177 bis CP: “se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del art. 318 bis de este código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación”.

Como ya vimos anteriormente, el delito de trata de personas es un acto delictivo autónomo que supone la consumación del tipo con la realización de cualquiera de las conductas típicas independientemente de que llegue a producirse o no la posterior explotación a la cual sirve de instrumento. Con la cláusula concursal que nos ocupa, el legislador establece la aplicación del concurso real de delitos (art. 77.3 CP) cuando con la conducta típica constitutiva de trata concurra lo dispuesto en el art. 318 bis respecto al tráfico de inmigrantes; o bien se incurra en un delito autónomo derivado del empleo de los medios comisivos utilizados; o con respecto de los delitos posteriores constitutivos de la correspondiente explotación. El criterio adoptado que explica la aplicación de esta cláusula concursal es el de diferenciar cual es el bien jurídico protegido que pueda verse afectado.

De esta forma, por ejemplo, cuando se produzca un supuesto de trata con destino a España quedarían acumulados el delito de favorecimiento de inmigración ilegal regulado en el art. 318 bis CP y el de trata de seres humanos, ya que como analizamos anteriormente, se produce una dualidad de bienes jurídicos protegidos, en el primero el bien jurídico protegido es el control de los flujos migratorios por parte del estado y en el segundo el bien jurídico protegido es la dignidad de la persona. En este caso si se aplican las reglas dispuestas en el art. 77 del CP se daría un supuesto de

concurso medial de delitos (art. 77.2 CP) que supondría la imposición de la pena señalada para el delito más grave en su mitad superior, sin embargo con el art. 177 bis 9 CP se prevé la aplicación del concurso real de delitos según el cual las penas de prisión previstas para ambos delitos se cumplen sucesivamente. Con respecto a este concurso de delitos expresamente reflejado en el art. 177 bis 9 CP, es decir, la concurrencia del delito de trata con el de tráfico de inmigrantes, consideramos un error legislativo el mantener el delito de tráfico de personas en el CP ya que como hemos establecido anteriormente, el control de los flujos migratorios, bien jurídico protegido por este precepto, debería regularse administrativamente y no constituir un delito penal.

En el caso que de aquellos delitos que puedan cometerse durante la propia comisión del delito de trata, podrían incluirse aquellos derivados del empleo de medios coercitivos provocando delitos de lesiones, coacciones o amenazas, a estos se añaden aquellos casos en los que se producen detenciones ilegales o secuestros cuando se confina a las víctimas en lugares cerrados o atentados contra la libertad sexual a través de violaciones cometidas durante el viaje como mecanismo para destruir la estabilidad psicológica de la víctima; delitos contra la intimidad y el honor o delitos de trato degradante o incluso tentativas de homicidio o la misma producción dolosa o imprudente de la muerte de la víctima a consecuencia de las penalidades sufridas. Al respecto cabe especificar que el concurso real de delitos se producirá en aquellos casos en que se vulneren bienes jurídicamente protegidos distintos, en caso contrario, se solventará a través de otras técnicas legislativas como la subsunción o el concurso medial en caso de que concurra o no la necesidad instrumental, según lo establecido por la Doctrina en referencia a la aplicación del art. 77.1 CP.

Por último, en relación con la concurrencia del delito de trata de personas con aquellos que eventualmente puedan cometerse en caso de que la víctima llegue efectivamente a ser explotada. El delito de trata de personas con el fin de explotación sexual concurrirá con los delitos de libertad sexual esencialmente los contenidos en los arts. 187 y ss, aunque también es posible la concurrencia con los delitos de abusos y agresión sexual. En los supuestos de trata para la explotación laboral generalmente entrará en concurso con el contemplado en el art. 311 CP o 312.2.f) o bien con el 173.1 CP (trato degradante) y en el caso del delito de trata para la extracción de órganos se producirá el concurso con el delito específico de tráfico de órganos regulado por el art 156 CP.

Teniendo en cuenta las particularidades de cada caso y el posible solapamiento con las diferentes normas que puedan darse los cuales ya comentamos en el epígrafe sobre los fines de explotación de la trata.

12.- Reincidencia Internacional

El art. 177 bis 10 CP establece que “las condenas de jueces o tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza que los previstos en este artículo producirán los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español”. La inclusión de este apartado sobre la reincidencia internacional encuentra su fundamento en la especial relación de la trata con redes delictivas internacionales que operan en varios países y tienen gran movilidad. De igual forma, se da cumplimiento a lo dispuesto por los instrumentos internacionales al respecto, concretamente el art. 25 del Convenio de Varsovia según el cual “cada parte adoptará medidas legislativas y de otra índole para prever la posibilidad de tener en cuenta, para la apreciación de la pena, las condenas en firme impuestas en otra parte por infracciones establecidas de conformidad con el presente Convenio”.

Para la aplicación de este precepto y como bien explica la circular 5/2011 es imprescindible que consten en las actuaciones una certificación autenticada de la sentencia extranjera en donde conste la fecha de su firmeza, todas las circunstancias fácticas y el delito por el que se dictó la condena, la pena o penas impuestas, y la fecha en la que el penado las dejó efectivamente extinguidas, así como la certificación (en su caso prueba de derecho extranjero) por el que se acredite la falta de cancelación de los antecedentes penales. Para ello se acudirá a la utilización de los mecanismos de cooperación jurídica internacional y en su defecto, al auxilio judicial internacional, según lo establecido en el art 193 LEcrim el cual establece que “los exhortos a Tribunales extranjeros se dirigirán por la vía diplomática, en la forma establecida en los tratados, y a falta de estos, en la que determinen las disposiciones generales del Gobierno. En cualquier otro caso se estará al principio de reciprocidad”.

13.- Excusa absolutoria

El art. 177 bis 11 CP establece que “sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales de este Código, la víctima de trata de seres humanos quedará exenta de pena por las infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado”.

Con este precepto se traslada a nuestro ordenamiento la recomendación establecida por el art. 26 del Convenio de Varsovia el cual establece que “las partes deberán prever con arreglo a los principios fundamentales de su sistema jurídico, la posibilidad de no imponer sanciones a las víctimas por haber tomado parte en

actividades ilícitas cuando hayan sido obligas a ello”. Y lo dispuesto por el art. 8 de la Directiva 36/2011/CE en virtud del cual “los Estados miembros adoptarán, de conformidad con los principios básicos de sus respectivos ordenamientos jurídicos, las medidas necesarias para garantizar que las autoridades nacionales competentes puedan optar por no enjuiciar ni imponer penas a las víctimas de la trata de seres humanos por su participación en actividades ilícitas que se hayan visto obligadas a cometer como consecuencia directa de haber sido objeto de cualquiera de los actos contemplados en el artículo 2”.

Según lo dispuesto en nuestro código penal, la víctima de trata de seres humanos quedará exenta de pena por las infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado. Con este precepto se pretende dar cabida a aquellos supuestos en que claramente las personas tratadas no son libres en la realización de esos actos de participación, pero no alcanzan el nivel de exclusión de la acción típica por ausencia de voluntariedad, ni en caso de haber actuado por miedo a represalias del art. 20. 6 CP, sobre todo teniendo en cuenta la aplicación restrictiva que de la mencionada exención hace la Doctrina de la sala segunda del Tribunal Supremo. De igual forma, al no ser posible la formulación de una relación de los supuestos en que cabrá la aplicación de este precepto, deberá valorarse en cada caso la concurrencia de las condiciones determinantes de la situación de dominación y del hecho criminal realizado siguiendo un criterio de proporcionalidad.

El precepto tiene la finalidad de facilitar la exención anticipada de responsabilidad criminal de la víctima de trata para que no se vea indebidamente acusada de conductas criminales en las que no ha tenido participación por su situación de explotación.

Visto lo anterior, podemos diferenciar una serie de elementos en la excusa, estos son: en primer lugar la ya mencionada falta de aplicación de la exención prevista en el art. 20.6 CP; en segundo lugar el requisito de que se refiera a actividades que desarrolla la víctima en el curso de su explotación fuera del ámbito de la trata aunque es la condición de víctima de la trata la que justifica la exención; en tercer lugar, la exención solo opera si la víctima sufre la situación de explotación para la que fue captada. Las conductas ajenas a la explotación sufridas no quedarían cubiertas; en cuarto lugar, exige que su participación en el delito sea consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y por último, ha de existir una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho

criminal realizado. De este modo, se impone una cierta ponderación entre la gravedad de la situación que sufre la víctima y la del delito cometido (Rodríguez, 2010: 87).

La previsión de la exención de responsabilidad de la víctima por los delitos que haya podido cometer mientras se encuentra en la situación de trata constituye un gran avance en el reconocimiento y reparación de los derechos de las víctimas pero las condiciones de las que se hace depender su aplicación, hace que su trascendencia práctica pueda intuirse como escasa.

La exención depende de que la participación en el hecho delictivo sea consecuencia directa de la situación de violencia. Se deberá esperar a la interpretación que los tribunales hagan de la expresión “consecuencia directa” deseando que no se realice una interpretación tan restrictiva de la misma que la deje sin posibilidad de aplicación práctica. Por ejemplo, resultará complicado establecer la relación directa entre un hurto por parte de una víctima que carece de recursos económicos propios ya que la red se queda con sus ganancias, y la situación de violencia o intimidación a la que está sometida. La segunda condición para poder aplicar la exención exige proporcionalidad entre la fuerza, intimidación, engaño, etc. y el hecho delictivo. Dejarán un amplio margen de arbitrariedad a los tribunales que tendrán que establecer la gravedad de las intimidaciones, de qué forma afectan a la víctima y si ésta es más grave o menos grave que el delito que cometen. Resulta difícil en muchas ocasiones probar la entidad de la intimidación, el abuso o la fuerza y tanto más el impacto que ésta tiene sobre la víctima. Si esto es difícil de graduar será todavía más difícil establecer la proporcionalidad entre esta situación y la comisión del delito.

En síntesis, a través del presente epígrafe hemos analizado cada uno de los puntos de los que se compone el nuevo art. 177 bis CP, partiendo de la conducta típica incluida en el mismo con los medios comisivos utilizados y los fines de explotación para los que el delito de trata sirve de instrumento, realizando especial hincapié el concepto de territorialidad que se contiene en el precepto. Asimismo analizamos cada uno de los tipos cualificados establecidos y sus penas correspondientes tanto en aquellos casos referentes a la condición de la víctima (especial vulnerabilidad, menor de edad y puesta en grave peligro) así como según el sujeto activo, siendo estos aquellos casos en que la conducta típica se lleve a cabo por agente de la autoridad o funcionario público y aquellos casos en que el culpable pertenezca a una organización o asociación criminal. Por otro lado, se contempla la responsabilidad penal de las personas jurídicas; se prevé los actos preparatorios como punibles y se hace referencia expresa a la cláusula concursal con respecto a la explotación en si misma y al delito de tráfico tipificado en el Art. 318 bis CP para concluir con el concepto de reincidencia internacional para los autores del delito de trata y excusa absolutoria para las víctimas del mismo.

IV.- CONCLUSIONES FINALES

1.- La trata de personas es un delito relativamente reciente; no es hasta la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional cuando se crea un instrumento específico para este delito con el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas especialmente de Mujeres y Niños (Protocolo de Palermo). Éste último será el punto de partida para todas las normativas posteriores relativas al delito de trata. Por su parte el Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la trata de Seres Humanos firmado en Varsovia en 2005 ofrece una regulación del delito de trata tomando como referencia lo establecido por el Protocolo de Palermo pero desde un enfoque sobre todo victimocéntrico incidiendo en la protección de la víctima y de sus derechos humanos.

2.- Por trata se entiende la captación, transporte, traslado, acogida o recepción de personas, recurriendo al uso de la fuerza, amenaza, fraude, rapto, engaño, abuso de poder o situación de vulnerabilidad entre otros, con fines de explotación incluyéndose en ésta la sexual, laboral o aquella destinada a la extracción de órganos.

3.- La trata de personas está estrechamente ligada con las migraciones. Entre las causas que propician este fenómeno destacamos la globalización, la explosión demográfica y las políticas migratorias excesivamente restrictivas éstas últimas generan situaciones de desprotección y marginalidad que empujan a las víctimas a caer en manos de redes dedicadas a la trata de seres humanos.

4.- La evolución legislativa internacional en torno a este delito viene marcada, en un primer momento, por el fenómeno de la esclavitud para posteriormente regularse desde la perspectiva de la explotación de mujeres para la prostitución. Es decir, la trata de personas va desligándose poco a poco de aquellos delitos cuyo objeto es la mercantilización de la persona hasta definirse como un delito autónomo en el que se penaliza el proceso a través de cual se llega a la explotación o intención de explotar.

5.- La normativa internacional relativa a la trata surge como respuesta de la comunidad internacional a la necesidad de adoptar un enfoque mundial que combata la delincuencia organizada siendo uno de los mayores exponentes el delito de trata de personas, de ahí la necesidad de crear un instrumento normativo específico que luche contra este delito y a través del cual queden diferenciados los conceptos de trata y tráfico que tanta confusión habían generado hasta este momento.

6.- Las Naciones Unidas vienen ofreciendo un enfoque cada vez más victimocéntrico en contraposición a la normativa europea marcada por una clara tendencia criminocéntrica basada principalmente en la adopción de medidas

destinadas a la incriminación y persecución de este delito dejando las medidas de protección de la víctima en un segundo plano. Dicha situación se intenta superar por la Directiva 2011/36/UE en la que se pretende dar una mayor importancia al aspecto victimocéntrico.

7.- La legislación del delito de trata en los países europeos de nuestro entorno viene definida por lo dispuesto en los instrumentos internacionales aunque con determinadas peculiaridades como aquellas normativas en las que el delito de trata y la posterior explotación vienen reguladas separadamente, es decir, en ubicaciones distintas del CP como en el caso de España; o aquellos otros en los que ambos delitos vienen regulados de manera conjunta bajo el mismo título e incluso el mismo precepto, como en el caso de Alemania o Italia.

8.- El Derecho Penal español introduce la incriminación de la trata de personas con la LO 5/2010 que reforma el CP, creándose, un delito autónomo de trata que ofrece una respuesta satisfactoria a los continuos problemas generados por la normativa anterior objeto de constantes divergencias doctrinales y jurisprudenciales.

9.- La regulación precedente de este delito venía definida por las consideraciones político-criminales del estado. De esta forma el anterior art. 318 bis CP ofrecía una escasa respuesta al entonces denominado delito de tráfico de personas con fines de explotación sexual en el cual el bien jurídico protegido que primaba era el interés del estado por el control de los flujos migratorios. Por suerte esta situación queda superada con la redacción del nuevo art. 177 bis CP en el que el bien jurídico objeto de protección es la dignidad humana.

10.- Con la reforma de la LOPJ de 2009 se amplía el campo de actuación de los tribunales españoles mediante el denominado “Principio de Justicia Universal” a determinados delitos considerados de especial gravedad entre los que se sitúa el de “tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores” en cuyo caso, debido a una incorrecta técnica legislativa en la que se realiza un uso desafortunado de los términos “tráfico” y “trata” se crea una cobertura legal insuficiente en lo relativo al delito de trata como tal, como por ejemplo, dejando sin cobertura bajo el principio de justicia universal determinados casos de trata que se producen en el ámbito interno de un país.

11.- Tanto las conductas típicas como los medios comisivos empleados que conforman el tipo básico del delito dan cumplimiento a lo dispuesto por los instrumentos normativos internacionales de obligado cumplimiento. El aspecto sobre el que recaen las principales críticas doctrinales es el relativo a la penalidad de este delito en nuestro ordenamiento que viene a ser, como hemos podido observar, cuanto

menos excesiva con penas superiores incluso a las previstas para los delitos de explotación para los que la trata sirve como instrumento.

12.- La responsabilidad de las personas jurídicas y la pertenencia a organización criminal ofrecen una seguridad jurídica que se extiende a determinados aspectos que hasta entonces quedaban impunes, sobre todo con respecto a las personas jurídicas penalmente responsables.

13.- La cláusula concursal parte de la consideración del delito de trata como delito autónomo que llega a consumarse en todo caso aunque no llegue a producirse la explotación a la que venía avocada la conducta descrita. El objetivo de esta cláusula es el de condenar el delito de trata en todo caso, evitándose la impunidad en aquellos casos en los que el resultado no llega a producirse pero si se hayan dado todos los elementos constitutivos de la conducta típica. No obstante, esta cláusula puede considerarse excesivamente indeterminada en su redacción previéndose problemas de interpretación por parte de los tribunales.

14.- Por su parte, el art. 318 bis CP continúa vigente aunque con alguna ligera modificación. Dicho precepto queda totalmente obsoleto desde el momento en que su utilización se centra en la regulación de los flujos migratorios al prever el delito de tráfico de personas desde el punto de vista del cruce de fronteras por sujetos de terceros países sin contar con la autorización administrativa pertinente, en cuyo caso debería ser competencia del Derecho Administrativo según los principios rectores del Derecho Penal de proporcionalidad, subsidiariedad y última ratio.

15.- Finalmente, destacamos la inclusión de la excusa absolutoria que surge como respuesta a las últimas tendencias legislativas cuyo objetivo es la protección de la víctima por encima de la persecución penal del delito, si bien, esta cláusula absolutoria es de difícil aplicación ya que viene condicionada a las circunstancias de cada caso concreto.

V.- CONSIDERACIÓN FINAL

La trata de personas es un fenómeno de carácter global que no siempre ha sido considerado como un delito con identidad propia, de hecho a nivel internacional hasta la creación de la Convención Contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus dos Protocolos referentes a la trata y al tráfico de personas, el delito venía definido como una actividad delictiva relacionada con la prostitución. De igual forma, uno de los grandes avances en cuanto a su inclusión tanto a nivel internacional como en el Derecho interno es el cambio de la perspectiva que se ha producido en el mismo, pasando de ser un delito de respuesta a las políticas de inmigración de cada estado centrándose únicamente en el control de los flujos migratorios, a transformarse en un

referente de protección de los derechos humanos reconociéndose en el mismo la vulneración de bienes jurídicos protegidos esenciales para el ser humano y englobados dentro de los denominados derechos humanos. En síntesis, el paso del enfoque criminocéntrico al enfoque victimocéntrico ha supuesto uno de los avances legislativos más importantes respecto a la trata de personas.

Nuestro Código Penal venía ofreciendo un tratamiento inadecuado y escaso del delito referido, de tal forma que la regulación penal española de la trata de personas venía encuadrada en un grupo de normas penales que respondían a una política criminal claramente destinada a satisfacer las exigencias de la política migratoria estatal. Esta situación es satisfactoriamente superada por la LO 5/2010 que viene a reformar el CP español, en la cual se crea un delito autónomo e independiente de trata de personas ubicado entre los delitos contra la moral e indemnidad sexuales, siendo el bien jurídico protegido de éste la dignidad humana; ahora bien, pese a llevarse a cabo una regulación exhaustiva del referido delito en la cual se describe el tipo básico conforme a lo dispuesto por los instrumentos internacionales, es objeto de crítica las excesivas penas que vienen reflejadas en el mismo en cuyo caso no concuerdan con el principio de proporcionalidad del Derecho Penal, previéndose penas de hasta 18 años de prisión en los casos más graves superando incluso a la pena establecida para el delito de homicidio. Así como los problemas concursales generados por la cláusula concursal del art. 177 bis 9 CP en cuyo caso y si aplicamos la misma literalmente, podrían llegar a concurrir más de 4 delitos dentro del delito de trata, el objetivo de la mencionada cláusula concursal está totalmente justificado en función de la tipificación autónoma del delito de trata con respecto a la explotación, pero la confusa redacción del mismo deja un excesivo margen a la arbitrariedad en cuanto a la interpretación que ha de darse, sobre todo teniendo en cuenta la mención expresa del art. 318 bis CP regulador del delito de tráfico de personas, el cual considero carente de sentido en virtud del bien jurídico protegido que erige en el mismo, en cuyo caso debería ser regulado a través de la normativa administrativa y no contenerse dentro del ordenamiento penal.

Nuestro ordenamiento penal viene definido por los principios de subsidiariedad, proporcionalidad y ultima ratio; sin embargo en los últimos años observamos la tendencia en las últimas reformas de una punibilidad excesiva con penas superlativas y desproporcionadas. La imposición de penas más duras no crea un Derecho Penal más eficaz, más bien responden a medidas populistas que generen una situación de ficticia tranquilidad social.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- Arroyo Zapatero & Berdugo Gómez de la Torre, 2001. Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos. En: *Homenaje al Profesor Marino Barbero Santos*. Cuenca: s.n.
- Bales, K., 2000. *La nueva esclavitud en la economía global*. s.l.:Sigloveintiuno España editores.
- Buompadre, J. E., 2009. *Trata de Personas, Migración ilegal y Derecho Penal*. s.l.:Alveroni Ediciones.
- Council of Europe, 2005. *Explanatory Report*, s.l.: s.n.
- Cugat Mauri, Miriam; Quintero Olivares, Gonzalo, 2010. La trata de seres humanos: la universalización del tráfico de personas y su disociación de las conductas infractoras de la política migratoria. En: *La reforma Penal de 2010*. s.l.:Aranzadi. Thomson Reuters.
- Daunis Rodríguez, A., 2009. *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*. s.l.:Comares.
- Daunis Rodríguez, A., 2010. Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas. *Revista para el análisis del derecho*, Issue 1/2010.
- De León Villalba, F. J., 2003. *Tráfico de personas e inmigración ilegal*. s.l.:Tirant lo Blanch.
- Díaz y García Conlledo, M. 2007. *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*. s.l.:LA LEY.
- Díaz y García Conlledo, M., Durán Seco, I., Olaizola Nogales, I. & Jericó Ojer, L., 2007. Extranjería y Derecho Penal: Últimas reformas. *Revista Jurídica de Castilla y León*.
- Díaz y García Conlledo, M. & Olaizola Nogales, I., 2009. Tráfico ilegal de personas con el propósito de explotación sexual (art. 318 bis. 2). En: *Protección Penal de los Trabajadores seguridad en el trabajo, tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina*. s.l.:B de F.
- García Sánchez, B., 2004. Principio de Justicia Universal en el Ordenamiento interno e internacional. En: *Límites a la ley penal en el espacio*. s.l.:Atelier Libros.

- Juanes Peces, Á., Alba Figueroa, M. d. C. & Cortes Bachiarelli, E., 2010. *Reforma del Código Penal. Perspectiva económica tras la entrada en vigor de la LO 5/2010. Situación Jurídico-Penal del empresario*. s.l.:El Derecho.
- Lascurain Sánchez, J. A., 2006. Los delitos contra los derechos de los trabajadores: lo que sobra y lo que falta. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, LVII(ISSN 0210- 3001).
- Lousada Arochena, J. F., 2005. *Prostitución y Trabajo: La legislación española*. Madrid, AFESIP España.
- Luzón Peña, D., 1996. *Curso de derecho Penal. Parte General..* s.l.:Universitas.
- Mayordomo Rodrigo, V., 2008. *El delito de tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas*. Madrid: Iustel.
- Mayordomo Rodrigo, V., 2011. Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas. *Estudios Penales y Criminológicos*, XXXI(ISSN 1137-7550).
- Miró Linares, F., 2008. Política Comunitaria de Inmigración y Política Criminal de España. *Revista electrónica de ciencia penal y criminológica*, Issue ISSN 1695-0194.
- ONU, 2004. *Guías legislativas para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, Nueva York: División para asuntos de Tratado.
- Orduna Navarro, B., 2011. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. El Art. 318 bis del Código Penal tras la reforma introducida por LO 5/2010. *La ley*, Issue 7618.
- Ortubay Fuentes, 2001. *El impreciso concepto de tráfico ilícito de personas o la mentalidad de fortaleza sitiada*. s.l.:Lidón.
- Pérez Alonso, E. J., 2008. *Tráfico de Personas e Inmigración Clandestina*. s.l.:Tirant lo Blanch.
- Pomares Cintas, E., 2011. El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral. *Revista electrónica de ciencia penal y criminológica*, 13-15(ISSN 1695-0194).
- Queralt Jiménez, J., 2010. *Derecho Penal Español. Parte especial..* 6ª ed. s.l.:Atelier.

- Rodríguez Fernández, I., 2010. Trata de Personas. En: *Memento experto. Reforma Penal 2010*. s.l.:Francis Lefebvre.
- Rodríguez Mesa, M. J., 2001. *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. s.l.:Tirant lo Blanch.
- Santana Vega, D. M., 2011. *La Directiva 2011/36/UE, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas: análisis y crítica*. Las Palmas de Gran Canaria: Nova el vetera.
- Scarpa, S., 2008. *Trafficking in human beings. Modern Slavery*. New York: Oxford University.
- Serrano Piedecabras, J. R., 1999. Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. En: *El extranjero en el derecho penal sustantivo y procesal*. s.l.:CGPJ Manuales de Formación Continuada.
- Terradillos Basoco, J. M., 2010. Reflexiones y Propuestas sobre inmigración. *Indret. Revista para el análisis del derecho*, Issue 1/2010.
- Terradillos Basoco, J. M., 2010. Trata de seres humanos. En: *Comentarios a la reforma penal de 2010*. s.l.:Tirant lo Blanch.
- Villacampa Estiarte, C., 2011. *El delito de trata de seres humanos*. s.l.:Aranzadi, Thomson Reuters.
- Villacampa Estiarte, C., 2012. Trata de seres humanos y delincuencia organizada. *INDRET Revista para el análisis del Derecho*, Issue 1/2012.
- Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por ley orgánica número 5/2010.
- Circular 2/2011 sobre la reforma del código penal por ley orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales.
- Circular 5/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del ministerio fiscal en materia de extranjería e inmigración.
- Acuerdos del Pleno. Sala Segunda. Año 2000-2011- Sala de lo Penal (www.poderjudicial.es)

NORMATIVA EUROPEA CITADA

Decisión 96/748/JAI: Acción común del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, por la que se amplía el mandato de la [Unidad de Drogas de Europol](#) a la trata de seres humanos. (Diario Oficial L342 de 31.12.1996)

Decisión 97/154/JAI: Acción común 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](#). (Diario Oficial L63 de 4.3.1997)

Programa Daphne, Decisión nº [293/2000/CE](#) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de enero de 2000, por la que se aprueba un programa de acción comunitario (2000-2003) sobre medidas preventivas destinadas a combatir la violencia ejercida sobre los niños, los adolescentes y las mujeres. (Diario Oficial L34/1 de 9.2.2000)

Consejo de Tampere (Diario Oficial L30/44 de 1.2.2001)

Decisión Marco 2001/220/JAI de 15 de marzo de 2001 relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (Diario Oficial L82/1 de 22.3.2001)

Decisión Marco 2002/629/JAI relativa a la lucha contra la trata de seres humanos. (Diario Oficial L203/1 de 1.8.2002)

Directiva 2004/81/CE de 29 de abril de 2004 relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes. (Diario Oficial L261/19 de 6.8.2004).

Directiva 2009/52/CE de 18 de junio de 2009 por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular (Diario Oficial L168/24 de 30.6.2009)

Directiva 2011/36/UE de 5 abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo. (Diario Oficial L101/1 de 15.4.2011)

Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Convenio nº 197 del Consejo de Europa), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005. (BOE número 219 de 10 de septiembre de 2009)

Legislación Gran Bretaña

Sexual Offences Act 2003 <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/section/60>

Borders, Citizenship and Immigration Act 2009

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2009/11/contents>

Human organ transplants act 1989 <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/31>

Legislación Francia

Code pénal français

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719>

Loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000524004&dateTexte>

Legislación Portugal

Código Penal Português

http://bdjur.almedina.net/citem.php?field=node_id&value=1224720

Legislación Italia

Codice penale italiano

<http://libri.freenfo.net/D/D0000402.html#460>

Legislación alemania

Strafgesetzbuch (StGB)

<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stgb/gesamt.pdf>

Transplantationsgesetz

<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/tpg/gesamt.pdf>

NORMATIVA INTERNACIONAL DE ÁMBITO EXTRAEUROPEO CITADA

Convenio (Núm. 29) sobre el Trabajo Forzoso u Obligatorio, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en 28 de junio de 1930.

Convenio para la Represión de la Trata de Personas y la Explotación de la Prostitución Ajena. Adoptado por la Asamblea General en su resolución 317, de 2 de diciembre de 1949

Convenio (Núm. 105) relativo a la Abolición del Trabajo Forzoso, adoptado por la Conferencia General de la OIT el 25 de junio de 1957.

Convenio (Núm. 138) sobre Edad Mínima por la Abolición del Trabajo Infantil de 26 de junio de 1973.

Convenio (Núm 182) sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su eliminación.

Declaración de los Derechos del Hombre de 10 de diciembre de 1948

Convenio para la Represión de la Trata de Personas y la Explotación de la Prostitución ajena, Asamblea General de 2 de diciembre de 1949.

Convención suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud, Ginebra 1956.

Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989

Resolución 49/166 sobre la Trata de Mujeres y Niñas de 23 de diciembre de 1994.

Resolución 57/176 sobre la Trata de Mujeres y Niñas de enero de 2003

Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 15 de noviembre de 2000, mediante Resolución A/RES/55/25.

Protocolo para prevenir, reprimir y sancionan la trata de personas, especialmente de mujeres u niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia Organizada Transnacional.

Protocolo contra el tráfico ilícito de inmigrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

Principios y Directrices recomendados sobre los Derechos Humanos y la Trata de Personas. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos al Consejo Económico y Social. Naciones Unidas Consejo Económico y Social. E/2002/68/Add.1

ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS

STS 18/1981, 18-5, RJ 1981/2235
STS 273/1995, 12-7, Tol. 403.119)
STS 995/2000, 30-6, EDJ 18344
STS 1428/ 2000, 23-9, El derecho 2000/41112
STS 1306/2003, 6-10, RJ 2003/7632
STS 438/2004, 29-3, CENDOJ: 28079120012004100411
STS 1444/2004, 10-12, Tol. 556.733)
STS 1367/2004, 29-11, tol 526580
STS, 221/2005, 24-2, La Ley 1952631/2005
STS 1058/2006, de 2 de noviembre
STS 380/2007, 10-5, RJ 2007/3503
STS 484/2007, 29-5, RJ 4740
SAP Pontevedra, 14/2008, 30-4
STS 556/2008, 17-9, 283600
STS 450/2009, 22-3
STS 1335/ 2009, 1-12, CENDOJ 280791120012009101332
STJ Castilla la Mancha 41/2011, 17-1, JUR 20110117
STS 373/2011, 8-11, 421295
STS 2891/2011, 13-5, Cendoj: 28079120012011100350
STS 378/2011, 17-5, Cendoj 28079120012011100380
STS 432/2012, 1-6, RGEP 4507
STJE C266/08, 14-5-2009.

Colección de Papeles de discusión del IELAT:

- No. 1 (Noviembre 2011): Iris María Vega Cantero. "Aproximación al estudio jurídico de la problemática de los menores extranjeros no acompañados. Especial referencia al tratamiento en Cataluña"
- No. 2 (Diciembre 2011): Juan Antonio Sánchez Hernández. "La autorización inicial de residencia temporal y trabajo"
- No. 3 (Diciembre 2011): María Eugenia Claps Arenas y Pedro Pérez Herrero (Coords.) "Fiscalidad, medio ambiente y cohesión social en el pensamiento liberal atlántico (siglo XIX). Análisis de casos"
- No. 4 (Octubre 2012): Teresa Aurora Gómez Porras. "Cánones eólicos en España: su regulación jurídica y conformidad al derecho español"
- No. 5 (Octubre de 2012): Francisco Javier Garcia-Gil Arenas. "Temporalidad en la contratación laboral y su impacto en la tasa de desempleo"
- No. 6 (Noviembre de 2012): José Antonio García Díaz. "La libertad religiosa en la negociación colectiva: el descanso semanal, festividades religiosas, permisos y licencias"
- No. 7 (Junio de 2013): Cristian Huete Calcerrada. "La segregación. Régimen mercantil de la modificación estructural y desarrollos recientes"
- No. 8 (Octubre 2013): Iván González Sarro. "Impactos de la «década perdida» en América Latina ¿Una lección para los países periféricos de la Unión Europea? Reexaminando el modelo «neoliberal»"
- No. 9 (Noviembre 2013): Renaldo A. Gonsalves. "Cuba y Panamá: La reciente evolución económica"
- No. 10 (Diciembre 2013): Alicia Gil Lázaro y Claudia Elina Herrera (coords.) "El pensamiento liberal atlántico 1770-1880. Fiscalidad en perspectiva comparada"
- No. 11 (Enero 2014): Marta Hernández Álvarez "La trata de personas en el derecho penal. Derecho internacional, comparado y español"



Todas las publicaciones están disponibles en la página Web del Instituto: www.ielat.es

© Instituto de Estudios Latinoamericanos (IELAT)

Los papeles de discusión son un espacio de debate para investigadores que deseen exponer los resultados de sus trabajos académicos conectados con las líneas de investigación prioritarias del IELAT. Cada uno de ellos ha sido seleccionado y editado por el IELAT tras ser aprobado por la Comisión Académica correspondiente.

Desde el IELAT animamos a que estos documentos se utilicen y distribuyan con fines académicos indicando siempre la fuente. La información e interpretación contenida en los documentos son de exclusiva responsabilidad del autor y no necesariamente reflejan las opiniones del IELAT.

Instituto de Estudios Latinoamericanos
Colegio de Trinitarios
C/Trinidad 1 – 28801
Alcalá de Henares (Madrid)
España
34 – 91 885 2579
ielat@uah.es
www.ielat.es

P.V.P.: 20 €

Con la colaboración de:

