

“LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL MOTIVADA POR LA TRASPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2011/36, SOBRE PREVENCIÓN Y LUCHA CONTRA LA TRATA DE SERES HUMANOS Y PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS”.

TANIA GARCÍA SEDANO
Profesora Asociada y Magistrada Suplente
tgsedano@der-pu.uc3m.es

Universidad Carlos III de Madrid

Resumen: El presente artículo aborda el análisis del Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/95, de 23 de Noviembre, del Código Penal en lo que atañe al delito de trata de seres humanos, regulado en artículo 177 bis. El análisis se realiza desde el punto de vista del cumplimiento por España de sus obligaciones internacionales, en concreto la incorporación de la Directiva 2011/36/UE.

Palabras clave: Trata de seres humanos, Directiva, Unión Europea, Código penal, Artículo 177 bis.

Abstract: This article addresses the analysis of the Draft Organic Law amending Organic Law 10/95, dated 23 November, of the Criminal Code as regards the crime of trafficking in human beings, specified in Article 177 bis. The analysis is carried out from the perspective of Spain's compliance with its international obligations, in particular the incorporation of Directive 2011/36/UE.

Key words: Trafficking in human beings, Directive 2011/36/UE, European Union, Criminal Code, Article 177 bis.

Sumario: 1.Introducción. 2. Tipo básico del delito de trata de seres humanos: párrafo 1 del artículo 177 bis del del Anteproyecto de reforma del Código penal. La conducta típica. 2.1. La acción: Territorialidad y situación administrativa de la víctima 2.1.a. Territorialidad 2.1.b) Situación administrativa de la víctima. 2.2. Acciones: 2.1.a. Captación. 2.1.b Transporte. 2.1.c Acoger. 2.1.d. Recibir.2.1.e. Intercambio o traspaso. 2.1.f Formas imperfectas de ejecución. 2.2. Medios comisitos. 2.2.a. Violencia 2.2.b Intimidación 2.2.c. Engaño. 2.2.d. Abuso de una situación de superioridad o de una situación de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima. 2.2.e. Mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima. 2.2.f Víctimas menores de edad 2.3. Finalidad de la explotación: 2.3.a. La esclavitud, servidumbre o prácticas similares. 2.3.b. Trabajos o servicios forzados 2.3.c. Mendicidad. 2.3.d. Explotación sexual, incluyendo la pornografía. 2.3.e La explotación para realizar actividades delictivas 2.3.f La extracción de sus órganos corporales. 2.3.g Otras finalidades 4.Tipos cualificados del número 4 del artículo 177 bis del del Anteproyecto de reforma del Código penal 4.1. Puesta en peligro la vida de las personas objeto de la infracción, o se hubiera creado el peligro de causación de las lesiones a que se refieren los artículos 149 y 150 de este Código 4.2. La víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional,

discapacidad o situación personal, o sea menor de edad 5. Inclusión del párrafo 12 del artículo 177 bis del Código Penal 5. Conclusiones. 6. Bibliografía

1. Introducción

La trata de seres humanos se ha convertido en una de las principales preocupaciones en el ámbito internacional. Prueba de ello la constituye la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, así como uno de los Protocolos que la complementan, dirigido a prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, de 15 de noviembre de 2000¹. De igual modo, en el seno del Consejo de Europa se adoptó el Convenio contra la trata de seres humanos, de 16 de mayo de 2005².

La introducción del delito de trata significó la incorporación al ordenamiento jurídico español de términos acuñados por los instrumentos universales y regionales europeos sobre la represión de esta modalidad de instrumentalización mercantilista de las personas.

La misma requirió modificar los delitos de tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas para establecer un tratamiento penal diferenciado para este tipo de situaciones.

Para ello la reforma del Código Penal, Ley Orgánica 10/95, efectuada en 2010 y que se ocupaba de incorporar al ordenamiento interno la Decisión Marco 2002/629/JAI englobó en un solo precepto, artículo 318 bis, las conductas relativas a inmigración o tráfico ilegal de extranjeros.

Pronto se observó la inadecuación de regular en un mismo artículo las migraciones ilegales y la trata de personas pues en este segundo caso lo que es esencial al fenómeno no es tanto el traslado de las personas de un lugar a otro, con el eventual cruce de fronteras que ello pueda implicar, cuanto el hecho del empleo de determinados medios coercitivos, defraudatorios o abusivos, con la finalidad última de explotar económicamente a las personas.

Posteriormente se tipificó de modo específico el delito de trata de seres humanos creando el Título VII bis en el que se incardina el artículo 177 bis que pasaremos a comentar.

En este momento, con el Anteproyecto de Reforma del Código Penal, Ley Orgánica 10/95, aprobado en Consejo de Ministros de fecha 11 de Octubre de 2012 (en adelante Anteproyecto) se traspone la Directiva 2011/36, de 5 de Abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, publicada en el Diario Oficial de la Comunidad Europea nº L 101 de 15/04/2011.

Según versa la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley Orgánica, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/95, de 23 de Noviembre, esta versa sobre la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas.

¹ BOE n. 296, de 11.12.2003

² BOE núm. 219, de 10.09.2009

La trasposición de la Directiva 2011/36, publicada en DOCE el 15 de abril de 2011, además de conllevar el cumplimiento por España de las obligaciones impuestas por la pertenencia a la Unión, supone la culminación en la toma de postura de la misma en la materia que nos ocupa. La aprobación de la Directiva representa un paso adelante en la consolidación de una política orientada a la protección de las víctimas. En este sentido, la Directiva amplía el concepto de lo que debe considerarse trata de seres humanos respecto del previamente establecido por la Decisión marco 2002/629/JAI (que se introdujo en el ordenamiento jurídico español mediante la reforma de 2010) e incluye, por tanto, otras formas de explotación.

Esa es la razón que puede justificar una reforma del tipo en un lapso tan breve de tiempo.

2. Tipo básico del delito de trata de seres humanos: párrafo 1 del artículo 177 bis del Anteproyecto de reforma del Código penal. La conducta típica

El Anteproyecto aprobado en Consejo de Ministros de 11 de Octubre de 2012 modifica el apartado 1 del artículo 177 bis que pasará a tener la siguiente redacción:

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

- a) La esclavitud, servidumbre o prácticas similares, trabajos o servicios forzados, incluida la mendicidad.
- b) La explotación sexual, incluyendo la pornografía.
- c) La explotación para realizar actividades delictivas.
- d) La extracción de sus órganos corporales.

Existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso”.

La conducta t se articula sobre la base de acción, medios empleados y finalidad de explotación que exigen los instrumentos internacionales. Para la existencia del tipo ante el que nos encontramos es preciso que existan todos los elementos exigidos por el mismo.

Nos hallamos ante un delito mutilado en dos actos en el que la perfección del tipo se produce con la conducta típica de captar, transportar, trasladar, acoger o recibir, con los medios señalados, y con el propósito de producir alguna de las finalidades previstas en el tipo.

2.1. La acción: Territorialidad. y situación administrativa de la víctima.

Respecto de la acción, el primero de los tres elementos que integran el concepto internacional de trata, es fundamental atender a dos cuestiones fundamentales la territorialidad y la situación administrativa de la víctima

2.1.a. Territorialidad

El tipo requiere que sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella.

Es bastante discutible la mención al territorio que contiene el Anteproyecto. La razón de la discrepancia con el legislador radica en que la trata, además del comercio de personas, suele requerir su traslado físico. Sin embargo, la exigencia en el tipo de que el traslado tenga de alguna forma que concernir al territorio español no se compadece bien ni con las definiciones de trata manejadas a nivel internacional ni con las normas que tienden a ampliar la competencia de los tribunales nacionales a supuestos cometidos fuera de sus fronteras -artículo 6 Decisión Marco DM 2002/629/JAI, Diario Oficial n° L 203 de 01/08/2002,y artículo 31 del Convenio de Varsovia de 16 de mayo de 2005.

Por otra parte, en el ámbito internacional en el concepto de trata de personas la relevancia penal de la conducta nunca se hace depender de que la misma implique traslado relacionado con el territorio de un determinado Estado (por más que la competencia de los respectivos Estados generalmente se hará valer sobre la base del principio de territorialidad) en supuestos en que la conducta se haya cometido cuanto menos parcialmente en un Estado que afirma su competencia.

El fundamento para proceder a la aplicación del principio de justicia universal a los casos de trata (con las importantes limitaciones a que sometió este principio la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre) únicamente podrá hallarse en la medida en que en el caso concreto la trata sea a su vez un supuesto de tráfico ilegal o inmigración clandestina de los contemplados en la letra f artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a salvo aquellas escasas ocasiones en que nos hallemos frente a un supuesto de trata que se considere debe ser perseguido por el Estado español conforme a los tratados y convenios internacionales por éste suscritos, conforme al apartado h del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dando con ello cumplimiento parcial a las posibilidades de aplicación extraterritorial de la ley penal conveniada.³

2.1.b. Situación administrativa de la víctima.

Una segunda cuestión, que venía siendo criticada y en las que el legislador tampoco ha reformado, es la referencia a que la víctima sea nacional o extranjera, la referencia es innecesaria y redundante⁴.

³ VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2010). *El delito de trata de personas: análisis del nuevo artículo 177 bis del Código penal desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación*. AFDUDC n° 14, páginas 819-865.

⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2010), *El delito de trata de personas: análisis del nuevo artículo 177 bis del Código penal desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación*. AFDUDC n° 14 páginas 819-865.

No se explicita en el Anteproyecto la referencia a que la víctima se encuentre en situación administrativa regular o irregular en España.

Ha venido entendiéndose la irrelevancia de la situación administrativa pero sería aconsejable que el Anteproyecto amparase, explícitamente, este supuesto y ello con fundamento en el principio de legalidad penal, así como en la obligación establecida en la Directiva 2011/36, relativa a la obligación de proteger a las víctimas, salvaguardando sus derechos humanos.

2.2. Acciones:

La Directiva de 2011/36 (artículo 2.1) al igual que hacía la sustituida Decisión Marco de 2002 establece como situaciones contempladas en la acción que venimos comentando las siguientes : “La captación, transporte, traslado, acogida o la recepción de personas, incluido el intercambio o la transferencia de control sobre esas personas”.

La trata de personas constituye un proceso. Así se deduce de las acciones incluidas en el concepto normativo internacional de trata y que no hace más que reflejar el sustrato criminológico de la misma, conforme al cual ésta encarna una conducta que se desenvuelve a lo largo del tiempo⁵.

Se establece una enumeración detallada y extensa de la conducta típica, lo que viene fundamentado por el ámbito transnacional del delito y, en muchas ocasiones, por la comisión del mismo por organizaciones criminales.

Se intenta tipificar las distintas etapas a través de las cuales se desarrolla la conducta de trata de personas; es precisamente la enumeración amplia lo que lleva a incurrir a la enumeración de las conductas en reiteraciones, pues transportar y trasladar son términos prácticamente idénticos⁶.

La primera novedad introducida por el Anteproyecto consiste en la inclusión dentro de las formas de comisión del delito de “la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima”. Pese a estar recogida esta figura en diversos instrumentos internacionales como el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños, del Anexo II de la Convención de la ONU contra la delincuencia organizada transnacional, aprobado el 15 de diciembre de 2000, como en la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, y en el artículo 2 de la Directiva 2011/36/UE, de 5 de abril, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, no se incorporó en el mismo.

⁵ VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2011), *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*. Edit.Aranzadi-Thomson Reuters.

⁶ SANTANA VEGA, D. (2011). *La directiva 2011/36, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas: análisis y crítica*. Nova et Vétera, Vol. 20, Nº. 64, (2011) , págs. 211-226

El Consejo General del Poder Judicial en su informe al anteproyecto de la LO 5/2010 ya llamó la atención sobre la falta de inclusión de este medio comisivo pero no fue objeto de consideración por el legislador en aquel momento, sí ahora.

También, se suprime por el legislador español en el Anteproyecto el verbo “alojar” en la enumeración de verbos que integran la acción. Son dos las razones que justifican esta supresión. La primera radica en que la Directiva no incluye este verbo entre las conductas típicas; y la segunda radica en que conforme a una interpretación gramatical, con la supresión se evita la reiteración en que se incurría. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define alojar como hospedar o aposentar y acoger es definido en su acepción como servir de refugio o albergue a alguien.

El sentido que puede otorgarse a las conductas típicas no plantea, prácticamente, problemas interpretativos.

2.1.a Captación.

Igualmente, por “captar”, de conformidad con la acepción 4 del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, debemos entender atraer o ganar el afecto.

Conforme al informe explicativo del Convenio de Varsovia, en el término captación puede entenderse incluida la realizada mediante cualquier instrumento, incluido el uso de nuevas tecnologías, especialmente de internet.

Asimismo, en nuestro Código en el caso de que se utilice la imprenta u otros medios de difusión mecánicos (ofertas falsas de trabajo insertas en prensa...) habrán de tenerse en cuenta las reglas especiales previstas en el artículo 30 del Código Penal, sin olvidar que tal precepto no puede prescindir del dolo o la imprudencia como criterios de imputación⁷.

2.1.b. Transporte.

En cuanto a “transportar” se debe interpretar como cualquier traslado de la persona o personas tratadas, fuera o dentro de nuestras fronteras, cualquiera que sea el medio de transporte utilizado y con independencia, a efectos de apreciar este delito, de si hay o no cruce de fronteras.

Trasladar puede ser considerado un sinónimo de transporte en el sentido de desplazamiento de un lugar a otro.

El verbo trasladar ya no puede ser interpretado como el traslado o traspaso de control sobre una persona, por medio de la venta o el alquiler o la permuta, por ejemplo, y es que dicho entendimiento del término era adecuado con anterioridad al Anteproyecto. De un lado, porque la Decisión Marco de Consejo, entre las conductas típicas de trata que no se hallaban incorporadas al Código Penal, incluía el “intercambio” o el “traspaso de control” sobre la persona. El Convenio de Varsovia las incluye en la trata cuando, entre

⁷ SANTANA VEGA, D. (2011). *El nuevo delito de trata de seres humanos. Cuadernos de política criminal*, Segunda Época, Núm. 104, páginas 79-108.

los medios, se refiere a la oferta o la aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona⁸.

Esa interpretación era la que debía hacerse con anterioridad al Anteproyecto de reforma para que el legislador español no incumpliera las obligaciones internacionales contraídas por España.

Sin embargo, en el Anteproyecto el legislador sí que incluye el intercambio o la transferencia de control sobre las personas víctimas del delito de trata superando el apego a la ideación geográfica de la trata y esa es la razón del cambio interpretativo del verbo trasladar.

2.1.c. Acoger.

De otro lado, “acoger”, una vez que se ha eliminado el verbo alojar en el Anteproyecto, debe ser interpretado como el hospedar o aposentar, tanto en la ocasión inicial en la que resulta transferida como en las subsiguientes.

Se plantea, con ocasión del Anteproyecto, el problema de interpretación gramatical de los verbos acoger y recibir. El sentido del verbo “recibir” no es sustancialmente distinto. A salvo de que pudiera emplearse la referencia a esta modalidad comisiva, que puede resultar tautológica, como otra de las posibles modalidades comisivas en las que incluir supuestos de sucesión en el control de una víctima de un tratante a otro⁹.

2.1. d. Recibir.

En lo referente a “recibir”, en contraposición a acoger y tratándose de personas, por exclusión de los anteriores, debe entenderse de una persona, según el Diccionario de la Real Academia, y será, por lo general, absorbido en los casos que subsiga un acoger o que anteceda al transportar o trasladar¹⁰.

2.1.e. Intercambio o traspaso.

Para concluir, en cuanto al “intercambio o traspaso” del control sobre la persona objeto de la trata, podríamos entender que está incluida en el traslado o transporte siempre que esas acciones lleven pareja la *traditio* de la víctima del delito.

No podríamos incluirlo en la acción de trasladar o transportar en los supuestos de *traditio ficta*, evitando así la laguna de punibilidad que podría producirse.

2.1.f Formas imperfectas de ejecución

⁸ QUINTERO OLIVARES, G. (2011). *Comentarios al Código Penal Español, tomo I*. Thomson Reuters. (artículo 177 bis). Páginas 1095-1133.

⁹ VILLACAMPA ESTIARTE, C. *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*. Aranzadi. Thomson Reuters.

¹⁰ SANTANA VEGA, D. (2011). *La directiva 2011/36, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas: análisis y crítica*. Nova et Vétera, Vol. 20, Nº. 64, (2011), págs. 211-226

La Directiva 36/2011 compele a los Estados a adoptar las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de la inducción, la complicidad o la tentativa en la comisión de las infracciones contempladas en el artículo 2¹¹.

El Anteproyecto no contiene ninguna mención a la tentativa y ello de conformidad con nuestro Código Penal que tipifica la tentativa con la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado¹².

2.2. Medios comisivos

La Directiva 2011/36/UE, establece que si las conductas, que hemos analizado, se cometieren empleando amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra.

El Anteproyecto prevé que se entenderán cometidas empleando violencia, intimidación o engaño. El legislador con ello pretende incorporar, reduciendo el elenco, la previsión comunitaria mediante la fórmula de empleo de amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño.

Es decir, la trata no es únicamente captar, transportar, trasladar, acoger (...) de un país a otro con la finalidad de explotación; sino que, además, el tratante debe utilizar alguno de los medios comisivos enunciados para doblegar la voluntad de la víctima.

La directiva determina una regulación distinta cuando la víctima sea un niño. En este caso constituirá infracción punible la trata de seres humanos aun cuando no se haya recurrido a ninguno de los medios mencionados en el apartado 1 del artículo 2 de la Directiva¹³.

Ninguna mención realiza el legislador de esta circunstancia que podemos calificar como de extrema importancia pues en función de la edad de la víctima el tipo requerirá la presencia de unos medios o no. De hecho, el Protocolo a la Convención de Palermo, se refiere de manera específica a los niños: vid. art. 3 c, donde se menciona que "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. Su apartado d define como niño a toda persona menor de dieciocho años.

2.2.a. Violencia

Dentro de esta modalidad estarán incluidas la realización de cualquiera de las conductas típicas señaladas ejecutadas con *vis física*, entendida como acometimiento material sobre la persona que va a ser objeto de trata (coacción).

¹¹ Artículo 3 de la Directiva 2011/36 del Parlamento y del Consejo.

¹² Artículos 16 y 62 Ley Orgánica 10/95 de 23 de Noviembre.

¹³ Párrafo 5 del artículo 2 de la Directiva 2011/36/UE.

Discutida sería la inclusión, debido a la naturaleza del delito, de fuerza ejercida sobre las cosas. La referencia de forma independiente a la fuerza como *tertium genus* abonarían su inclusión como modalidad comisiva de la conducta¹⁴.

Hay autores que consideran que quedaría fuera de la órbita de esta circunstancia los supuestos de violencia moral, violencia sobre terceras personas o violencia sin fuerza que abarcarían el ámbito de la intimidación¹⁵.

Se discrepa si la violencia debe estar encaminada a forzar la voluntad del sujeto pasivo con objeto de obligarlo a realizar el desplazamiento ilegal o bien, sólo se admite la violencia ejercida durante el propio tráfico ilegal para asegurar la producción del mismo o para realizarlo de forma distinta a lo acordado en un primer momento. Debe admitirse en estos casos, aunque la violencia siempre deberá dirigirse a conseguir el desplazamiento irregular del extranjero.

Cuando el tráfico o la inmigración se produce con el consentimiento del extranjero, y la violencia se ejerce con posterioridad, al llegar al lugar de destino, será aplicable un concurso de delitos entre el 318 bis y el del delito de coacciones o del 188 del Código Penal cuando la violencia estuviere encaminada a obligar a la víctima a ejercer la prostitución¹⁶.

2.2.b. Intimidación

Por intimidación debemos entender la *vis psíquica* compulsiva capaz de doblegar la voluntad del extranjero, que toma la decisión de desplazarse sin su pleno consentimiento.

La intimidación ha sido definida por el Tribunal Supremo como “constreñimiento psicológico, amenaza de palabra u obra de causar un daño injusto que infunda miedo en el sujeto pasivo”¹⁷.

Por lo que se refiere a la entidad de la intimidación, tampoco se requiere una invencible inhibición psíquica de la víctima, sino, simplemente, que sea eficaz para doblegar su voluntad¹⁸.

Para valorar dicha eficacia deberá atenderse a criterios objetivos y subjetivos. Respecto de los primeros, la intimidación debe ser apta para generar sentimientos de temor, angustia o coacción psicológica.

¹⁴ La jurisprudencia española admite como modalidad de coacción la fuerza en las cosas STS (348/2000) de 28 de febrero.

¹⁵ MAQUEDA ABREU M.L. *Tráfico sexual de personas*.(2001). Tirant lo Blanch. Valencia.

¹⁶ DAUNIS RODRÍGUEZ A. (2009) *El derecho penal como herramienta de política migratoria*. Editorial Comares.

¹⁷ Entre otras, STS, Sala 2ª, 7 octubre de 1998, 15 de febrero de 1999, 25 de marzo de 2004.

¹⁸ HERNÁNDEZ PLASENCIA J.U. (2002). *El delito de tráfico de personas para su explotación sexual*. En Lorenzo Copello P. (coord.). *Inmigración y derecho penal* Tirant Lo Blanch. Valencia.

En cuanto a los criterios subjetivos, deberán valorarse circunstancias personales de las víctimas, que pueden presentar específicas singularidades, derivadas de costumbres, creencias religiosas o educación.

2.2.c. Engaño

Aquí debemos entender que el legislador nacional incardina las conductas de fraude o engaño previstas en la Directiva.

Podemos definir el engaño como “toda maquinación, falacia, mendacidad, argucia, treta anzuelo, cimbel o reclamo de los que se vale el infractor para, induciendo, a error al ofendido u ofendidos viciar su consentimiento.”¹⁹

Nuevamente, para valorar la idoneidad del engaño como medio capaz de determinar el desplazamiento de la víctima deberán valorarse, primero, los criterios objetivos, mediante una valoración *ex ante* de los medios utilizados para generar el mismo; y, segundo, los criterios subjetivos, es decir, las circunstancias personales de la víctima en cada caso concreto²⁰.

2.2.d. Abuso de una situación de superioridad o de una situación de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima

Por lo que al abuso de una situación de superioridad se refiere, mencionar que la misma supone aprovecharse de la correlativa situación de inferioridad que se da en el sujeto pasivo²¹. Esta situación de superioridad podrá darse de múltiples formas (jerárquica, docente, laboral, dependencia económica, convivencia doméstica, parentesco, amistad o vecindad)²², excluyéndose la situación de superioridad que se genera por la minoría de edad o incapacidad de la víctima pues vienen configuradas como causas de agravación de la pena.

Para verificar la idoneidad de la situación de superioridad del sujeto activo, capaz de doblegar la voluntad de la víctima, deberá atenderse tanto a criterios objetivos mediante una valoración *ex ante* del juez, como a criterios subjetivos donde se tengan en cuenta las circunstancias personales de la víctima²³.

En cuanto a las situaciones de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera establecidas en el Anteproyecto debemos indicar que el legislador añade la situación de necesidad a lo prescrito por la Directiva que sólo contempla la situación de vulnerabilidad.

¹⁹ GUARDIOLA LAGO, M.J. *El tráfico de personas en el derecho penal español*. Editorial Aranzadi.

²⁰ DAUNIS RODRÍGUEZ A. (2009) *El derecho penal como herramienta de política migratoria*. Editorial Comares.

²¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE. I *Lecciones de Derecho penal*, parte general.

²² MAQUEDA ABREU M. *El tráfico sexual de personas*. (2001). Tirant lo Blanch. Valencia.

²³ DAUNIS RODRÍGUEZ A. *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*. Editorial Comares.

A este respecto, los instrumentos internacionales que han servido de base al delito se refieren al abuso de autoridad-poder según establece el Protocolo de Palermo-o vulnerabilidad Convenio de Varsovia así como la Directiva 2011/36.

La mayor parte de la doctrina ya se pronunció. Consideramos que sigue teniendo vigencia sobre el abuso de una situación de necesidad al resolver que era prácticamente inaplicable, ya que, desde un punto de vista general, la situación de necesidad es precisamente la que impulsa todo movimiento migratorio.

Por otro lado, la adición del abuso de una situación de necesidad puede resultar distorsionadora por cuanto la situación de vulnerabilidad es conceptuada en sentido tan amplio que abarca, también, los supuestos de necesidad.

En ese sentido el Anteproyecto, con carácter definitorio, señala que existe una situación de necesidad o de vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso, lo que no resuelve ningún problema interpretativo que pudiera surgir.

Esta previsión definitoria de situación de necesidad o de vulnerabilidad constituye una transcripción casi literal del artículo 2.2, referido a la situación de vulnerabilidad, de la Directiva 2011/36.

Por tanto, consideramos que debería prescindirse la mención referida al abuso de una situación de necesidad.

2.2.e. Mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima

En este supuesto se recoge el clásico ánimo de lucro que se materializa mediante la entrega de un precio, la recepción de pagos o beneficios; y ello con la finalidad lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima.

Esta modalidad suele ser frecuente, desgraciadamente, en países del tercer mundo o en vías de desarrollo.

Concluir afirmando que no basta con que el autor o la víctima se hallen en una de esas situaciones, sino que es necesario que se abuse de la misma para hacer efectiva la trata²⁴.

2.2.f Víctimas menores de edad

Los menores son más vulnerables que los adultos y corren, por tanto, mayor riesgo de ser víctimas de la trata de seres humanos. En la Directiva el interés superior del menor es una consideración primordial, de conformidad con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de fecha 7 de Diciembre de 2000 en su artículo 23 y la Convención de las Naciones Unidas de 1989 sobre los Derechos del Niño²⁵.

²⁴ QUINTERO OLIVARES, G. (2011). *Comentarios al Código Penal Español, tomo I*. Thomson Reuters. (artículo 177 bis). Páginas 1095-1133.

²⁵ Párrafo 8 Directiva 2011/36/UE.

La Directiva establece que cuando la conducta afecte a un niño, constituirá infracción punible de trata aun cuando no se haya recurrido a ninguno de los medios contemplados en el párrafo primero²⁶.

Por menor de edad, de conformidad con el párrafo 6º del artículo 2 de la Directiva, se entiende cualquier persona menor de dieciocho años, coincidiendo con nuestra regulación nacional. Y lo mismo sucede con la definición que ofrece el Protocolo a la Convención de Palermo.

2.3. Finalidad de la explotación

Constituye el tercer elemento del delito de trata siendo éste de carácter subjetivo.

Es, por tanto, un elemento subjetivo del injusto de tendencia interna transcendente que configura un delito mutilado en dos actos incompatible con la comisión imprudente.

En su virtud, se requiere que el autor del delito tenga la intención de explotar a la persona en alguna de las formas que el tipo enumera, sin que sea necesario que la explotación llegue a producirse para que el tipo se consume²⁷.

En concreto, el tipo del delito, en el Anteproyecto objeto del presente trabajo, se refiere a que la explotación se realice con cualquiera de estas finalidades:

- a) La esclavitud, servidumbre o prácticas similares, trabajos o servicios forzados, incluida la mendicidad.
- b) La explotación sexual, incluyendo la pornografía.
- c) La explotación para realizar actividades delictivas.
- d) La extracción de sus órganos corporales.

Como vemos, el Anteproyecto al definir el tipo básico (tras la enumeración de las modalidades de conducta y los medios comisivos típicos) procede a citar las finalidades típicas de explotación. Con la reforma la expresión utilizada en el artículo vigente para anunciar esos fines (“...con cualquiera de las finalidades siguientes...”), se sustituye por: ”con el fin de explotarla mediante...”. Se acoge la expresión utilizada por el citado artículo 2 de la Directiva 2011/36/UE.

Esta modificación elimina cualquier sombra de duda que pudiera plantear el tipo específico de trata de menores de edad del número 2 del art. 177 bis, que considera trata de seres humanos cualquiera de las acciones del número 1 del art. 177 bis CP, aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el mismo número y cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación. Sin embargo, en la redacción originaria, actualmente vigente, el término “explotación” solo está presente en la descripción de una de las finalidades típicas de la trata: la explotación sexual, y

²⁶ Párrafo 5, artículo 2 Directiva 2011/36/UE.

²⁷ QUINTERO OLIVARES, G. (2011). *Comentarios al Código Penal Español, tomo I*. Thomson Reuters. (artículo 177 bis). Páginas 1095-1133.

que se salvaba acudiendo a una interpretación sistemática y material del precepto. En este sentido la modificación que hace el Anteproyecto es oportuna por ser clarificadora²⁸.

Se desarrolla una redacción más sencilla a la finalidad a) sin modificar su contenido. Queda en los siguientes términos: “A) La esclavitud, servidumbre o prácticas similares, trabajos o servicios forzados, incluida la mendicidad”.

Asimismo, se introduce una nueva finalidad: “c) La explotación para realizar actividades delictivas”.

Añade un último párrafo al número 1 del art. 177 bis CP para introducir la definición de situación de necesidad o vulnerabilidad del número 2 del artículo 2 de la Directiva 2011/36/UE.

El Anteproyecto ha integrado términos acuñados por los instrumentos internacionales reguladores de la trata, modalidades específicas de instrumentalización de personas en el ámbito laboral hasta ahora desconocidas (salvo la mendicidad) en la normativa penal española.

Es preciso que se definan y delimiten el distinto alcance de las conductas de nuevo cuño y ello, en primer lugar, por exigencia del principio de legalidad penal y, en segunda instancia, para dar una respuesta penal específica a las citadas e intolerables modalidades de instrumentalización laboral que se prevén como el destino de las víctimas, pues de lo contrario, el tratamiento penal de semejantes conductas de explotación tendrá menor relieve que la captación, transporte, traslado (...) de personas orientado a ese fin²⁹.

Dado que los conceptos trabajos forzados, esclavitud y servidumbre son términos procedentes de la regulación internacional de la trata, a ella debemos dirigirnos para determinar su significado y características, así como las formas que abarcan las prácticas similares a que se refiere el proyecto.

En todo caso, estas modalidades de explotación comparten una nota común: describen situaciones de la persona captada, transportada (...) a un trabajo o servicio en contra de su voluntad y sin que su consentimiento sea válido.

En puridad, estas formas de utilizar a las víctimas de la trata no consisten tanto en explotar su trabajo mediante la imposición de condiciones ilícitas que vulneran los derechos socio-laborales, como en imponer la realización del trabajo mismo. Los trabajos o servicios forzados, la esclavitud, la servidumbre o prácticas análogas son

²⁸ Informe sobre el Anteproyecto de Reforma del Código penal elaborado por el CGPJ. [www.poderjudicial.es/Sala de Prensa/Informe de la Comisión de Estudios del CGPJ sobre el anteproyecto para la reforma del Código Penal](http://www.poderjudicial.es/Sala%20de%20Prensa/Informe%20de%20la%20Comisi%C3%B3n%20de%20Estudios%20del%20CGPJ%20sobre%20el%20anteproyecto%20para%20la%20reforma%20del%20C%C3%B3digo%20Penal).

²⁹ POMARES CINTAS E. (2011). *El delito de explotación de seres humanos con finalidad de explotación laboral*. Revista electrónica de ciencia penal y criminología.

modos de imponer la condición de trabajador, vulnerando la posibilidad de decidir sobre la realización de la prestación laboral³⁰.

2.3. a. La esclavitud, servidumbre o prácticas similares

La Convención sobre la Esclavitud de 25 de Septiembre 1926 define la esclavitud como: “el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos”.

Esta figura ya estaba tipificada en el Código penal español en los delitos de lesa humanidad desde el año 2010.

La Convención Suplementaria de 7 de Septiembre de 1956 sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud definió como prácticas similares a la esclavitud:

”a) 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, si los servicios prestados, equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda, o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios.

b) 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;

c) Toda institución o práctica en virtud de la cual:

i) Una mujer, sin que la asista el derecho a oponerse, es prometida o dada en matrimonio a cambio de una contrapartida en dinero o en especie entregada a sus padres, a su tutor, a su familia o a cualquier otra persona o grupo de personas;

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;

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

En la servidumbre, la apropiación del valor del trabajo y el sometimiento de la víctima a una situación de disponibilidad se consigue por medios fraudulentos. Es una forma de

³⁰ POMARES CINTAS E. (2011). *El delito de explotación de seres humanos con finalidad de explotación laboral*. Revista electrónica de ciencia penal y criminología.

obligar a “aceptar” la condición de trabajador bajo una situación de sumisión al autor mientras la deuda no se satisfaga.

Un ejemplo que se ha planteado en la jurisprudencia de nuestro país es el del cobro de una cantidad independientemente del precio del pasaje que se descontaba de las nóminas una vez comenzaba a trabajar en las empresas del acusado, además del descuento de otras cantidades para el pago de herramientas³¹.

2.3.b. Trabajos o servicios forzados

En el ámbito internacional el Convenio sobre trabajo forzoso u obligatorio de la Organización Internacional del Trabajo (nº 29), así como el Convenio relativo a la abolición del Trabajo forzoso (convenio nº 105) designan el trabajo o servicio forzoso como todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente.

La existencia de trabajo o servicio forzoso se deduce de la presencia de dos elementos: objetivamente, la existencia de una amenaza. Subjetivamente, la ausencia de voluntariedad para la prestación del mismo.

No integrará los fines de explotación laboral a efectos de la trata, aun cuando se impongan a los trabajadores (extranjeros, inmigrantes, legales e ilegales) “condiciones degradantes”³².

2.3.c. Mendicidad

Esta previsión no se preveía en ningún instrumento internacional hasta la Directiva de cuya incorporación al derecho interno se ocupa el Anteproyecto.

Por su ubicación debemos entender la actividad de pedir limosna como forma de explotación distinta a las anteriores, siempre que comparta las notas comunes que se han señalado. No sólo debe revestir en sentido material naturaleza laboral, también debe manifestar similar severidad en el sentido de la trata: imposición de la condición de trabajador y disponibilidad respecto de la persona para quien se realiza el servicio.

El artículo 2.3 de la Directiva 36/2011 incluye expresamente la mendicidad como modalidad de trabajo o servicio forzado. En efecto, según la Directiva “la mendicidad forzosa debe entenderse como una forma de trabajo o servicio forzoso según la definición del Convenio nº 29 de la OIT, relativo al trabajo forzoso u obligatorio, de 1930. Por lo tanto, la explotación de la mendicidad, incluido el uso en la mendicidad de una persona dependiente víctima de la trata, solo se incluye en el ámbito de la definición de trata de seres humanos cuando concurren todos elementos de trabajo o servicio forzoso”.

Habida cuenta de la jurisprudencia pertinente, la validez del posible consentimiento para llevar a cabo el trabajo o servicio debe evaluarse en cada caso. Sin embargo, cuando se trata de un menor el posible consentimiento no debe considerarse válido³³.

³¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 15ª, 467/200 (10/10)

³² SAP Zaragoza, Secc 3ª, 597/2008, de 11-11.

2.3.d. Explotación sexual, incluyendo la pornografía

La Decisión Marco 2002/629/JAI definía la explotación sexual como la consistente en la explotación de una persona con fines de prostitución, espectáculos pornográficos o producción de material pornográfico³⁴, realizada sin o con consentimiento de la víctima (187,188 y 189 Código penal). No obstante, en España podría considerarse incluidos los delitos de exhibicionismo y provocación sexual (artículos 185 y 186) cuando los sujetos son obligados a realizar las acciones mencionadas.

La Directiva 2011/36 da un giro estableciendo una regulación de mínimos. Señala que la explotación incluirá, como mínimo la explotación de la prostitución ajena, u otras formas de explotación sexual.

En cuanto a la explotación de la prostitución ajena ya nos hemos referido a la misma en el análisis del supuesto de esclavitud, servidumbre o prácticas similares, trabajos o servicios forzados por lo que nos remitimos a lo ya dicho.

En cuanto a la expresión sobre formas de explotación sexual, el legislador español ha estimado conveniente mencionar expresamente la pornografía.

Habría que incluir todas las formas de explotación de actividades de la víctima que tengan naturaleza sexual, sin que necesariamente impliquen el ejercicio de la prostitución.

No sólo 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, económico³⁵.

Puesto que de lo que se trata no es de que la víctima desarrolle algún tipo de actividad sexual, sino de que se la explote sexualmente, debe desentrañarse el sentido del término “explotación”.

2.3.e. La explotación para realizar actividades delictivas

Esta previsión surge como consecuencia de la constatación del empleo de víctimas del delito de trata para la realización de actividades ilícitas, tales como pequeños hurtos e incluso, la comisión de delitos contra la salud pública,-así pequeños actos de tráfico de drogas o directamente ser utilizados como “mulas” en su traslado al país de destino-.

La Directiva define “explotación para realizar actividades delictivas” como la explotación de una persona para que cometa, por ejemplo, carterismo, hurtos en comercios, tráfico de estupefacientes y otras actividades similares que están castigadas con penas e implican una ganancia económica³⁶.

³³ Párrafo 11 Directiva 2011/36 /UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011.

³⁴ Artículo 2 Decisión Marco 2002/629 JAI.

³⁵ GUARDIOLA LAGO M. J. *El tráfico de personas en el Derecho Penal español*.(2007)Editorial Aranzadi.

³⁶ Párrafo 11 Directiva 2011/36 /UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011.

En ocasiones se obliga a colaborar a las víctimas en la misma trata de personas forzándolas a realizar actividades de vigilancia o transporte de las demás víctimas u otro tipo de actividades secundarias en esta actividad³⁷.

A tal efecto, pueden resultar operativos los esfuerzos efectuados por la doctrina en orden a determinar qué debe entenderse por explotación de la prostitución ajena.

En los trabajos preparatorios a la aprobación del Protocolo de Palermo se discutió si en el término prostitución había que incluir únicamente la forzada o cualquier forma de prostitución. Finalmente, se llegó a una fórmula de consenso sin determinar a qué tipo de prostitución se estaba haciendo referencia, con la finalidad de dejar a los Estados contratantes la libre decisión acerca de qué tipo de prostitución incriminar.

En nuestro caso, la explotación de la prostitución tal y como se halla regulada en el art. 188.1.i.f del Código penal, no deja muchas dudas en el sentido de que se está incriminando la explotación de esa actividad, también, cuando es libremente aceptada.

Debemos concluir que cuando el artículo 177 bis. 1.b), sobre la prostitución, deberá interpretarse, al menos cuando ésta atañe a adultos, que debe tratarse de prostitución forzada en el sentido que a ésta otorga el artículo 188.1; y de prostitución de cualquier tipo cuando se trate de menores o incapaces.

Por último, en cuanto a la explotación sexual, incluye no solamente la prostitución, sino la de cualquier actividad de contenido sexual, se identifica con la determinación del ejercicio de cualquier actividad sexual que en el caso de llegar a producirse ganaría relevancia penal como delito contra la libertad sexual³⁸.

2.3.f. La extracción de sus órganos corporales

Constituye, según términos de la propia Directiva, una grave violación de la dignidad humana y de la integridad física.

El comercio de órganos no constituye un supuesto de trata de seres humanos en los casos en que la víctima presta su anuencia a la extracción del órgano sin el empleo de los medios a los que hemos hecho referencia.

Únicamente integrará el concepto de trata de seres humanos aquellos supuestos en que se cumplan los requisitos contenidos en el artículo 3 del Protocolo de Palermo, esto es, en que además de la realización de una de las acciones que integran el concepto de trata, se cumple uno de los medios contemplados en el precepto, ya de carácter coactivo, ya fraudulento ya, finalmente, de tipo abusivo.

³⁷ VILLACAMPA ESTIARTE C. *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*.(2011). Aranzadi. Thomson Reuters.

³⁸ VILLACAMPA ESTIARTE C. *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*. (2011).Aranzadi. Thomson Reuters.

Esta finalidad tiene su fundamento político criminal en la mejor conservación de órganos que clandestinamente van a ser extraídos de personas vivas, mediante el transporte del continente, esto es el ser humano que los porta³⁹.

Al respecto, no hay que prescindir de que España es uno de los primeros donantes mundiales de órganos, así como de sangre, por lo que no es de extrañar que la inclusión de tal finalidad se haya hecho no sólo para conectar con la Convención de Naciones Unidas, sino también para preservar indirectamente el proceso establecido en la Ley 30/1979 de 27 de octubre de Extracción y Trasplantes de Órganos, publicada en el BOE de 6 de Noviembre de 1979. Inclusive para adaptarla a la Convención de Naciones Unidas de protección de las Personas con Discapacidad, que ha enmendado la Ley de Extracción y Trasplantes en 2011.

No se podría subsumir en el concepto de órganos a la sangre. Esto implica que para traficar con personas para transfundir de estas sangre o sus componentes⁴⁰ habría que acudir a los tipos genéricos de coacciones y, en su caso, del 318 bis del Código penal.

Tampoco se puede subsumir en el concepto de órgano los gametos u óvulos.

Esta manifestación de la trata de personas no constituye más que la concreta explicitación de un supuesto más genérico: aquel que podríamos designar como la trata para la explotación fisionómica de las víctimas.

En ella cabrían no sólo los supuestos de extracción de órganos y tejidos humanos, sino también los supuestos en que se utiliza el útero de personas tratadas para gestar hijos biológicos de otras personas -generalmente parejas infértiles del primer mundo utilizan ese método para tener un hijo biológico en lugar de o además de utilizar las técnicas de reproducción asistida- o bien los casos en que se emplean personas tratadas para efectuar sobre las mismas ensayos clínicos o farmacológicos⁴¹.

La sensibilidad del legislador español sobre este tema, así como sobre la erradicación del tráfico ilícito de órganos, se plasma con la inclusión del artículo 156 bis del Código penal, incluyendo entre los delitos de lesiones el delito de tráfico de órganos.

2.3.g. Otras finalidades

Algunas legislaciones penales incluyen los fines de adopción irregular o fraudulenta de menores (Costa Rica, El Salvador, Nicaragua, Guatemala, Bolivia y República Dominicana) aunque hay quienes aseguran que esa finalidad no es “estrictamente propia de la trata⁴²”.

³⁹ QUERALT JIMENEZ M. (2010) *Derecho Penal español Parte especial*. Editorial Ateriel Libros, páginas 185 y 186.

⁴⁰ GARCÍA ALBERO (2010).. *El nuevo delito de tráfico de órganos*. Comentarios a la Reforma Penal de 2010 / Francisco Javier Alvarez García (dir.), José Luis González Cussac (dir.), Tirant Lo Blanch, págs. 183-192

⁴¹ VILLACAMPA ESTIARTE C. (2011). *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional* Aranzadi. Thomson Reuters.

⁴² DAUNIS RODRÍGUEZ A. (2010) *Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas*. Revista jurídica Indret.

El legislador comunitario, en contra de lo que pudiera parecer, no establece un *numerus clausus* de finalidades propias del delito de trata. En ese sentido, el párrafo 3º del artículo 2 resuelve que la explotación incluirá “como mínimo” las conductas contempladas por el legislador nacional.

Se otorga a los Estados miembros de la Unión la posibilidad de incluir conductas no enumeradas en la Directiva 2011/36/UE. Así, podrá ser, según el párrafo 11 de la Directiva, “así como otras conductas como, por ejemplo, la adopción ilegal o los matrimonios forzados en la medida en que concurran los elementos constitutivos del delito de trata de seres humanos”.

El Anteproyecto no incorpora ninguna de estas conductas mencionadas a título de ejemplo. No podemos considerar esto como una buena opción, y ello porque el *numerus apertus* utilizado por el legislador comunitario permite que se incluyan otras conductas no previstas, siempre que concurran los elementos constitutivos del delito de trata de seres humanos. No obstante, la proscripción de la interpretación extensiva y la *analogía in malam partem* lo impedirán de facto.

Por ello la finalidad de matrimonios forzados sólo podrá castigarse cuando afecte a menores protegidos en su indemnidad o libertad sexual según los límites de edad recogidos en cada Estado miembro.

Para concluir, por lo que se refiere a la venta de niños para la adopción, concepto más restringido que el de adopción ilegal, este es un fenómeno emergente en los últimos años ante la escasez de niños de corta edad en los países europeos para ser dados en adopción, debido no solo a la postergación de la maternidad y paternidad, sino también a las nuevas restricciones establecidas en materia de adopciones internacionales. Valga como ejemplo lo acontecido hace unos años por una ONG bajo sospecha al respecto, el Arca de Zoé. Sin embargo, la venta de niños para ser adoptados no está incluida *per se* en ninguna de las finalidades incluidas en el artículo 2.3, salvo que se especifique expresamente como tal en la concreción nacional del delito por cualquier Estado miembro. Las finalidades que se recogen en el citado precepto son, como hemos visto, una exigencia de mínimos⁴³.

4. Tipos cualificados del número 4 del artículo 177 bis del Código penal

El Anteproyecto da una nueva redacción a los subtipos agravados del apartado 4 del artículo 177 bis CP.

En el primero (letra a), la mención más genérica de puesta en grave peligro de la víctima que contiene el texto vigente, se sustituye en el Anteproyecto por “la puesta en peligro de la vida de las personas objeto de la infracción, o se hubiera creado peligro de causación de lesiones a que se refieren los artículos 149 y 150 CP”. Concreción que

⁴³ SANTANA VEGA, D. (2011). *La directiva 2011/36, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas: análisis y crítica*. Nova et Véteria, Vol. 20, Nº. 64, págs. 211-226

resulta más respetuosa con el principio de legalidad y que se adecua a la Directiva 2011/36/UE⁴⁴.

En el segundo (b) se incluye a los menores, que en la redacción vigente integran un subtipo agravado independiente. Como circunstancia de especial vulnerabilidad se establece el estado gestacional, lo que el Consejo General del Poder Judicial estima acertado⁴⁵.

Las agravaciones se determinan en función de las circunstancias objetivas en que se produce el proceso de trata. Así como en atención a la particular vulnerabilidad de la víctima de trata, bien sea en razón de su enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal o sea menor de edad.

4.a. Puesta en peligro la vida de las personas objeto de la infracción, o se hubiera creado el peligro de causación de las lesiones a que se refieren los artículos 149 y 150 de este Código

La norma a trasponer por el legislador nacional contempla que si se puso en peligro de forma deliberada o por grave negligencia la vida de la víctima, o cuando la infracción se cometió empleando violencia grave o causó a la víctima daños particularmente graves, y, así, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que se considere agravante.

La posible comisión por negligencia grave no ha sido contemplada por el legislador nacional. Esta posibilidad se aviene mal con la gravedad de las penas impuestas y con la propia dinámica comisiva del tipo básico, sobre la que se han de asentar los subtipos agravados, caracterizados por la exigencia del dolo directo de primer grado.

En todo caso, para cumplir con las obligaciones derivadas de la pertenencia a la Unión Europea debería preverse la comisión imprudente y la pena debería ser inferior a la comisión dolosa⁴⁶.

Ni la Directiva ni el Anteproyecto, a diferencia de la Decisión Marco, exigen que la puesta en peligro de la vida sea grave, por lo que podrían subsumirse supuestos de escasa entidad delictiva. Quizá debería quedar incluido en el tipo básico.

⁴⁴ Informe sobre el Anteproyecto de Reforma del Código penal elaborado por el Consejo General del Poder Judicial.

www.poderjudicial.es/Sala de Prensa/Informe de la Comisión de Estudios del CGPJ sobre el anteproyecto para la reforma del Código Penal.

⁴⁵ Informe sobre el Anteproyecto de Reforma del Código penal elaborado por el Consejo General del Poder Judicial.

www.poderjudicial.es/Sala de Prensa/Informe de la Comisión de Estudios del CGPJ sobre el anteproyecto para la reforma del Código Penal.

⁴⁶ SANTANA VEGA, D. (2011). *La directiva 2011/36, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas: análisis y crítica*. Nova et Véteria, Vol. 20, Nº. 64, págs. 211-226

El legislador nacional no incorpora al ordenamiento español la referencia al medio comisivo “violencia grave” sino que hace referencia al resultado que constituye el fundamento del subtipo agravado.

4.b. La víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o sea menor de edad

La Directiva⁴⁷ señala que en el contexto de la misma, entre las personas particularmente vulnerables, deben estar incluidos, al menos, los menores y otros factores que podrían tenerse en cuenta al evaluar la vulnerabilidad de una víctima. Así, por ejemplo, el sexo, el estado de gestación, el estado de salud y la discapacidad.

Debe atenderse a una interpretación restrictiva de este tipo cualificado y ello porque si la vulnerabilidad ya se ha tenido en cuenta para afirmar la concurrencia del tipo básico del delito, después no puede volver a tenerse en cuenta para integrar el tipo cualificado si quiere evitarse la infracción del principio *non bis in idem*. De ahí que deba necesariamente procederse a una estratificación de la vulnerabilidad que conduzca a la aplicación del tipo básico cuando se abuse de ella, integrándose lo que podría considerarse un grado no extremo, y debiendo preservarse para la calificación conforme al tipo agravado únicamente aquellos supuestos de vulnerabilidad extrema⁴⁸.

5. Inclusión del párrafo 12 del artículo 177 bis del Código Penal

Se introduce un nuevo apartado en el artículo 177 bis que tiene la siguiente redacción: “En estos casos podrá imponerse una medida de libertad vigilada.”

En cuanto a la penalidad, se hallaba obligado el legislador español en virtud de Directiva 2011/36/UE, y del artículo 23 del Convenio de Varsovia, a imponer sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias que pudieran dar lugar a la extradición.

6. Conclusiones

La Directiva 2011/36/UE presenta dos aspectos fundamentales y novedosos en relación con la normativa anterior de la Unión Europea en esta materia. En primer lugar, afronta el fenómeno del tráfico de seres humanos no sólo desde el prisma represivo, sino también preventivo y tuitivo.

En segundo lugar, incardina la solución de la trata de seres humanos en un doble orden de necesaria coordinación. *Ad intra*: instando a los Estados a que coordinen sus recursos e instituciones. Y *ad extra*: compeliendo a los Estados miembros a coordinarse y cooperar con terceros Estados.

Ahora bien, desde un punto de vista negativo tenemos:

1.-En cuanto a la punibilidad tenemos que destacar la existencia de un auténtico cinismo punitivo.

⁴⁷ Párrafo 12 de la Directiva 2011/36/UE.

⁴⁸ VILLACAMPA ESTIARTE C. (2011). *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*. Aranzadi. Thomson Reuters.

Desde un punto de vista negativo y en lo que a la punibilidad se refiere tenemos que destacar la existencia de un auténtico cinismo punitivo. La pena prevista es excesiva, teniendo en cuenta tanto la Decisión Marco 2002/629/JAI como la Directiva 2011/36 y ello atendiendo a la proporcionalidad de este precepto en relación con el resto del articulado del Código Penal.

a) Si la voluntad del legislador español es ajustarse a las previsiones supranacionales de obligado cumplimiento por España (tal y como se indica en la Exposición de Motivos), la pena prevista para el tipo básico es tan elevada que podría afirmarse que llega a incumplir las previsiones a las cuales se pretende ajustar por medio de la reforma legislativa.

Las previsiones supranacionales establecen:

Que las penas sean efectivas, proporcionadas y disuasorias (art.3.1 de la Decisión Marco 2002/629/JAI y art. 23.1 del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, de 16-05-2005).

Que se sancione con penas privativas de libertad que puedan dar lugar a la extradición (art. 3.1 de la Decisión Marco 2002/629/JAI y art. 23.1 del Convenio del Consejo de Europa).

El art. 3.2 de la Decisión Marco 2002/629/JAI establece un mínimo de pena máxima privativa de libertad, concretamente una pena privativa de libertad no inferior a ocho años. Pero este límite de pena se aplica a supuestos específicos —que constituyen en el Proyecto español supuestos agravados. Por lo tanto, la pena prevista en el Proyecto para el tipo básico del delito de trata de seres humanos debe ser inferior.

El artículo 4.1 de la Directiva 2011/36/UE establece que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las infracciones contempladas se castiguen con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos cinco años.

El art. 177 bis del Proyecto resulta del todo inadecuado por su exacerbación punitiva.

b) Proporcionalidad con el resto del articulado del Código Penal.

Otro motivo para la modificación penológica propuesta es la coherencia interna del Código Penal español, puesto que en algunos casos la pena prevista para el delito de trata puede superar aquella establecida para el homicidio. Además, entre los compromisos que España ha asumido (Unión Europea, Consejo de Europa) se encuentra que las penas previstas para el delito de trata de seres humanos sean proporcionadas. España incumpliría esta previsión con los marcos penales previstos en el Proyecto, puesto que dichas sanciones penales son superiores a las de los delitos previstos para la explotación e incluso los atentados contra la vida.

No podemos dejar de enunciar una cuestión que analizaremos con más detalle y es la contradicción en que incurre la pena prevista para el delito de trata con la establecida para el delito de matrimonio forzado.

De no proceder a modificar esta contradicción nos encontraríamos con la indeseable situación de beneficiar la finalidad de matrimonio forzado sobre el resto de finalidades típicas del delito de trata.

La pena propuesta —prisión de tres a seis años— permite la extradición, cumple con las indicaciones de la Unión Europea y resulta más proporcional con el resto del articulado del Código Penal.

2.-En relación con el ámbito territorial no compartimos la regulación, pues, como hemos visto, no es coherente ni con las definiciones de trata manejadas a nivel internacional ni con las normas que tienden a ampliar la competencia de los tribunales nacionales a supuestos cometidos fuera de sus fronteras.

3.- Igualmente, no entendemos la distinción entre que la víctima sea nacional o extranjera, que es, como se ha dicho, innecesaria y redundante.

4.- En lo que a la acción se refiere, el Anteproyecto intenta tipificar las distintas etapas a través de las cuales se desarrolla la conducta de trata de personas. Es precisamente la enumeración amplia lo que lleva a incurrir a la misma en reiteraciones que pueden dificultar el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

El sentido que puede otorgarse a las conductas típicas no plantea, prácticamente, problemas interpretativos; sin embargo, surge el problema de la interpretación gramatical de los verbos “acoger y recibir” y es que el sentido del verbo “recibir” no es sustancialmente distinto del de acoger.

5.-En relación con los medios comisivos tenemos que hacer dos consideraciones. La primera la reducción que hace el Anteproyecto del elenco previsto por la norma comunitaria que prescribe el empleo de amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño a la fórmula violencia, intimidación o engaño. Esta opción no es compartida pues no existe ningún obstáculo que impida la trasposición íntegra que es más garantista y acorde con la normativa internacional.

La segunda es que la Directiva determina una regulación distinta cuando la víctima es un niño. En este caso constituirá infracción punible la trata de seres humanos aun cuando no se haya recurrido a ninguno de los medios mencionados en el apartado 1 del artículo 2 de la Directiva. Al respecto ninguna mención realiza el legislador lo que podemos calificar como de extrema importancia pues en función de la edad de la víctima el tipo requerirá la presencia de unos medios o no.

6.-El asunto relativo a la inclusión de otras finalidades es controvertido. El legislador comunitario, en contra de lo que pudiera parecer, no establece un *numerus clausus* de finalidades propias del delito de trata. En ese sentido, el párrafo 3º del artículo 2 resuelve que la explotación incluirá “como mínimo” las conductas contempladas por el legislador nacional. Por tanto, se otorga a los Estados miembros de la Unión la posibilidad de incluir conductas no enumeradas taxativamente, así, podrá ser, según el párrafo 11 de la Directiva, “así como otras conductas como, por ejemplo, la adopción ilegal o los matrimonios forzados en la medida en que concurren los elementos constitutivos del delito de trata de seres humanos”.

El Anteproyecto no incorpora ninguna de estas conductas mencionadas a título de ejemplo con el cercenamiento de la potestad punitiva del Estado en situaciones tan graves como las que contempla ejemplificativamente la Directiva.

7.-La posible comisión por negligencia grave no ha sido contemplada por el legislador nacional. Esta posibilidad se aviene mal con la gravedad de las penas impuestas y con la propia dinámica comisiva del tipo básico, sobre la que se han de asentar los subtipos agravados, caracterizados por la exigencia del dolo directo de primer grado.

En todo caso, para cumplir con las obligaciones derivadas de la pertenencia a la Unión Europea debería preverse la comisión imprudente y la pena debería ser inferior a la comisión dolosa.

8.-El Anteproyecto debería ser más minucioso y coherente con la Directiva, la Decisión marco y demás normativa comunitaria e internacional, pues no resulta nada aconsejable incurrir en un comportamiento de reformar reiteradamente normas creando inseguridad a los operadores jurídicos en cualquier materia, pero más especialmente en un tema tan sensible como es la trata de seres humanos.

En sentido positivo tenemos que hacer las siguientes consideraciones:

1.- Entendemos como positiva la inclusión dentro de las formas de comisión del delito de “la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima” pues colma un vacío que nos separaba de las obligaciones contraídas internacionalmente.

2.-Valoramos positivamente redacción más sencilla a la finalidad de esclavitud, servidumbre o prácticas similares, trabajos o servicios forzados, incluida la mendicidad sin modificar su contenido. De igual modo valoramos la introducción de la nueva finalidad: “para realizar actividades delictivas”.

3.-En el segundo tipo agravado incluye a los menores, que en la redacción vigente integran un subtipo agravado independiente y como circunstancia de especial vulnerabilidad se establece el estado gestacional, lo que consideramos muy acertado.

En definitiva el Anteproyecto debería ser más minucioso y coherente con la Directiva, la Decisión marco y demás normativa comunitaria e internacional, pues no resulta nada aconsejable incurrir en un comportamiento de reformar reiteradamente normas creando inseguridad a los operadores jurídicos en cualquier materia, pero más especialmente en un tema tan sensible como es la trata de seres humanos.

6.Bibliografía

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. 2010. *Lecciones de Derecho penal*, parte general. Editorial Praxis. Barcelona.

CUGAT MAURI M. La trata de seres humanos: la universalización del tráfico de personas y su disociación de las conductas infractoras de la política migratoria. Quintero Olivares. *La reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*. Editorial Aranzadi. Thomson Reuters. Cizur Menor, Navarra.

- DAUNIS RODRÍGUEZ A. (2010) *Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas*. Enero 2010 *Revista Indret*. Páginas 3-44. Barcelona. www.indret.com.
- DAUNIS RODRÍGUEZ A. (2009). *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*. Editorial Comares. Granada.
- GARCÍA ALBERO R. (2010). *El nuevo delito de tráfico de órganos*. Álvarez García F.J (dir.), González Cussac J.L (dir.). Comentarios a la Reforma Penal de 2010 / Tirant lo Blanch. Valencia
- GUARDIOLA LAGO M.J. (2007) *El tráfico de personas en el Derecho Penal español*/Editorial Aranzadi. Cizur menor. Navarra.
- HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. V. (2002). *El delito de tráfico de personas para su explotación sexual*, Laurezo Copello, P.(Coord.), Inmigración y Derecho penal, bases para un debate. 2002.Tirant lo Blanch. Valencia.
- LLORIA GARCÍA P. (2010) *Capítulo IX: El delito de trata de seres humanos*. Boix Reig J. .Derecho penal. Parte especial, volumen I.Editorial iustel. Madrid.
- MAQUEDA ABREU M.L.. (2001) *El tráfico sexual de personas*..Tirant lo Blanch. Valencia
- POMARES CINTAS E. (2011). *El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral*. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Págs 1-31.<http://criminet.ugr.es/recpc>.
- QUERALT JIMENEZ M. (2010) *Derecho Penal Parte especial*.Editorial Atelier.Barcelona.
- SANTANA VEGA D.M. (2011) *El nuevo delito de trata de seres humanos*, (LO 5/2010). *Cuadernos de política criminal* N° 104, págs. 79-108.
- 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*”. *Revista Nova et Vetera*. Págs. 211-226.
- VILLACAMPA ESTIARTE C. (2011) *La nueva directiva europea relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas. ¿Cambio de rumbo de la política de la Unión en materia de trata de seres humanos?.* *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* .páginas 2-45. <http://criminet.ugr.es/recpcl>.
- VILLACAMPA ESTIARTE C. (2012) *Trata de seres humanos y delincuencia organizada. Conexión entre ambos fenómenos criminales y su plasmación jurídico-penal*. *Revista Indret*. Barcelona. Págs 2-34. www.indret.com.
- VILLACAMPA ESTIARTE C. (2011). *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*. Editorial Aranzadi. Thomson Reuters. Cizur Menor, Navarra.
- VILLACAMPA ESTIARTE C. (.2010) *El artículo 177 bis: Delito de trata de seres humanos.Comentarios al Código penal español*. Tomo I. Gonzalo Quintero Olivares (Director). Editorial Aranzadi. Thomson Reuters. Cizur Menor, Navarra

