



# El Delito de Trata de Seres Humanos

## Su Aplicación a la Luz del Derecho Internacional y Comunitario

Celia Vanessa Díaz Morgado

**ADVERTIMENT.** La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX ([www.tdx.cat](http://www.tdx.cat)) i a través del Dipòsit Digital de la UB ([diposit.ub.edu](http://diposit.ub.edu)) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

**ADVERTENCIA.** La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR ([www.tdx.cat](http://www.tdx.cat)) y a través del Repositorio Digital de la UB ([diposit.ub.edu](http://diposit.ub.edu)) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

**WARNING.** On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX ([www.tdx.cat](http://www.tdx.cat)) service and by the UB Digital Repository ([diposit.ub.edu](http://diposit.ub.edu)) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.

**UNIVERSIDAD DE BARCELONA**  
**FACULTAD DE DERECHO**

# **EL DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS**

**Su aplicación a la luz del Derecho  
Internacional y Comunitario**

TESIS PRESENTADA PARA OPTAR AL TÍTULO DE DOCTORA EN  
DERECHO POR

**Celia Vanessa Díaz Morgado**

Programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política

Dirigida por

**Dr. Andreu Olesti Rayo**  
**Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo**

Barcelona, 2014



## ÍNDICE

<b>ABREVIATURAS .....</b>	<b>I</b>
<b>AGRADECIMIENTOS.....</b>	<b>III</b>
<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>V</b>
1. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA Y OBJETO .....	V
2. METODOLOGÍA Y ESTRUCTURA.....	VIII
<b>CAPITULO II. CONTEXTUALIZACIÓN DEL FENÓMENO DE LA TRATA. 1</b>	<b>1</b>
1. FLUJOS MIGRATORIOS, GLOBALIZACIÓN Y PAPEL DE LOS ESTADOS .....	1
2. CONTROLES FRONTERIZOS ESTATALES E IMPACTO SOBRE LA IRREGULARIDAD Y LA DELINCUENCIA ASOCIADA.....	3
3. DESCRIPCIÓN DEL FENÓMENO CRIMINAL DE LA TRATA DE SERES HUMANOS.....	5
3.1. Causas de la trata de seres humanos .....	5
3.2. Datos existentes acerca de la trata de personas .....	11
3.2.1. Perfil de las víctimas.....	14
3.2.2. Perfil de los tratantes: Personas y organizaciones criminales .....	16
3.2.3. Trata transnacional y nacional .....	17
3.2.4. Modus operandi .....	18
3.3. La trata de personas en España.....	18
3.3.1. Trata de personas con fines de explotación sexual.....	20
3.3.2. Trata con fines de explotación laboral.....	22
<b>CAPÍTULO III. NORMATIVA INTERNACIONAL Y EUROPEA .....</b>	<b>25</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	25
2. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES .....	26
2.1.1. Trata de seres humanos.....	29
A) Naciones Unidas .....	29
B) Consejo de Europa.....	34
2.1.2. Tráfico Ilícito de Inmigrantes o Contrabando de personas (Smuggling of migrants).....	37
3. NORMATIVA COMUNITARIA .....	40
3.1.1. Trata de Personas.....	46
3.1.2. Inmigración irregular .....	51
<b>CAPÍTULO III. LA TRATA DE PERSONAS EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL. TIPO BÁSICO .....</b>	<b>57</b>
1. NORMATIVA ESTATAL. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA.....	57
1.1. Precedentes legislativos .....	59
1.2. Precedente inmediato. Artículo 318 bis CP.....	63
1.3. Incorporación del artículo 177 bis CP .....	68
2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.....	71
2.1. Bien jurídico penalmente protegido en el artículo 318 bis CP .....	72
2.1.1. Control de los flujos migratorios .....	73
2.1.2. Derechos de los ciudadanos extranjeros .....	75
2.1.3. Delito pluriofensivo .....	88
2.1.4. Toma de postura .....	91

2.2. Bien jurídico protegido en el delito de trata de personas (art. 177 bis CP).	101
2.2.1. Bien jurídico protegido “dignidad”	103
A) La dignidad como bien jurídico penal	104
B) La dignidad como bien jurídico en el delito de trata de personas	116
2.2.2. Bien jurídico-penal integridad moral	117
2.2.3. Bien jurídico-penal libertad	126
2.2.4. Pluralidad de bienes jurídico penal: El delito de trata de personas como delito pluriofensivo	127
2.2.5. Toma de postura	130
3. ANÁLISIS DEL TIPO BÁSICO DEL ARTÍCULO 177 BIS CP: LA TRATA DE SERES HUMANOS	135
3.1. Introducción	135
3.2. Tipicidad	136
3.2.1. Conducta	136
3.2.2. Medios comisivos	144
A) Empleo de violencia e intimidación.	146
B) Engaño	148
C) Abuso de la situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad	149
D) Ofrecimiento o aceptación de pagos	152
3.2.3. Finalidad de Explotación	152
A) Imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre o a la mendicidad	153
B) Finalidad de explotación sexual, incluida la pornografía	163
C) Extracción de órganos corporales	164
3.3. Elemento territorial	165
3.4. Comisión por omisión	182
4. EL CONSENTIMIENTO EN EL DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS	190
4.1. El consentimiento en Derecho penal	191
4.2. El consentimiento en el delito de trata de seres humanos	199
4.2.1. Mayores de edad	199
4.2.2. Menores de edad	208
5. PENALIDAD	213
5.1. Marco penal para el tipo básico	213
5.2. Responsabilidad penal de las personas jurídicas	215
5.2.1. Introducción	215
5.2.2. Personas jurídicas y trata de seres humanos	219
5.2.3. Personas Jurídicas responsables	221
5.2.4. El sistema dualista de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas. Doble vía de imputación	221
5.2.5. Penas previstas para las personas jurídicas: Pena de multa y otras penas potestativas	225
6. COMISO	230
<b>CAPÍTULO IV.LA TRATA DE PERSONAS EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL. AGRAVACIONES</b>	<b>233</b>
1. SUBTIPOS AGRAVADOS	233
1.1. Por razón de la víctima	234

1.1.1.	Puesta en grave peligro de la víctima.....	234
A)	Grave peligro de la víctima.....	236
B)	Peligro concreto.....	239
C)	Gravedad del peligro.....	242
D)	Tipo subjetivo.....	243
E)	Puesta en peligro y resultados lesivos.....	245
1.1.2.	Minoría de edad.....	252
1.1.3.	Víctima especialmente vulnerable.....	255
1.2.	Por razón del sujeto activo.....	257
1.2.1.	Autoridad, agente o funcionario.....	258
1.2.2.	Pertenencia a una organización o asociación criminal.....	268
A)	Organización o asociación criminal.....	270
a)	Delito de asociación ilícita.....	274
b)	Delito de pertenencia a organización criminal y grupo criminal....	277
c)	Concurso entre asociación ilícita y organización criminal.....	280
B)	Subtipos agravados de pertenencia a organización criminal: apartado sexto del art. 177 bis del Código Penal.....	284
a)	El subtipo agravado de pertenencia del culpable a organización criminal en el delito de trata de seres humanos.....	288
b)	Concurso entre organización criminal y subtipo agravado.....	292
B)	Jefes, encargados y administradores.....	296
2.	CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL.....	298
3.	PROVOCACIÓN, CONSPIRACIÓN Y PROPOSICIÓN.....	300
<b>CAPÍTULO V. RELACIONES CONCURSALES.....</b>		<b>303</b>
1.	INTRODUCCIÓN.....	303
2.	EL DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS Y LOS DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD.....	307
3.	EL DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS Y LOS DELITOS DE EXPLOTACIÓN POSTERIOR.....	310
3.1.	Explotación laboral.....	311
3.1.1.	Delito de tráfico ilegal de mano de obra (art. 312.1 CP).....	312
3.1.2.	Delito de recluta de trabajadores (art. 312. 2 primer inciso CP) ....	314
3.1.3.	Contratación de extranjeros sin autorización de trabajo.....	316
3.1.4.	Delito de imposición de condiciones laborales (art. 311 y 312.2 in fine CP) 320	
3.2.	Explotación sexual.....	324
3.2.1.	Prostitución de mayores de 18 años.....	324
3.2.2.	Prostitución de menores de edad e incapaces.....	330
3.3.	Extracción de órganos.....	333
3.4.	Mendicidad.....	343
4.	EL DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS Y EL DELITO DE TRÁFICO ILEGAL DE PERSONAS (ART. 177 BIS Y 318 BIS CP).....	348
<b>CAPÍTULO VI. PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS.....</b>		<b>353</b>
1.	INTRODUCCIÓN.....	353
2.	ESTATUS JURÍDICO DE LA VÍCTIMA DEL DELITO EN LA NORMATIVA INTERNACIONAL Y EUROPEA.....	354
3.	PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN EL PROCEDIMIENTO PENAL.....	359

3.1.	Estatuto de la Víctima en el proceso penal español.....	360
3.1.1.	Derecho a participar en el proceso penal.....	361
3.1.2.	Protección de Testigos.....	364
A)	Testigo anónimo .....	367
B)	Testigo oculto .....	371
3.1.3.	Declaración de la víctima en fase de instrucción .....	374
3.1.4.	Respeto a la intimidad y publicidad de las actuaciones.....	376
3.1.5.	Declaración de la víctima como prueba de cargo.....	377
3.1.6.	Víctimas menores de edad en el proceso penal .....	379
3.1.7.	Medidas cautelares .....	381
4.	REPARACIÓN E INDEMNIZACIÓN DE LA VÍCTIMA.....	382
4.1.	Responsabilidad civil derivada de delito.....	383
4.2.	Indemnizaciones públicas.....	386
5.	EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS VÍCTIMAS DE TRATA .....	390
5.1.	Naturaleza jurídica.....	393
5.2.	Condiciones de aplicación.....	399
6.	MEDIDAS DE PROTECCIÓN PARA VÍCTIMAS EXTRANJERAS EN LA LEGISLACIÓN DE EXTRANJERÍA.....	404
6.1.	Especial mención a las víctimas de trata (art. 59 bis).....	405
6.1.1.	Período de Restablecimiento y Reflexión .....	406
6.1.2.	Exención de responsabilidad administrativa .....	410
6.1.3.	Autorización de Residencia y trabajo por circunstancias excepcionales o Retorno asistido.....	412
6.2.	Colaboración contra redes organizadas (artículo 59 LODYLE).....	417
6.2.1.	Requisitos .....	418
6.2.2.	Exención de responsabilidad .....	420
6.2.3.	Retorno asistido y autorización de residencia y trabajo .....	421
6.3.	Residencia temporal por razones humanitarias .....	424
6.3.1.	Supuestos y requisitos .....	424
6.3.2.	Autorización de residencia temporal .....	425
7.	LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL COMO PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE TRATA: ASILO Y REFUGIO.....	426
7.1.	Protección de las víctimas de trata en el derecho internacional y derecho comunitario de asilo .....	429
7.2.	La trata de seres humanos como causa de asilo y protección subsidiaria.....	431
7.2.1.	Estatuto de refugiado y víctimas de trata.....	431
7.2.2.	Protección subsidiaria.....	438
7.3.	Efectos de la concesión de protección internacional .....	439
7.	MEDIDAS DE ASISTENCIA Y PROTECCIÓN PARA LAS VÍCTIMAS DE TRATA DE SERES HUMANOS.....	444
7.1.	Identificación.....	444
7.2.	Información .....	448
7.3.	Asistencia a las víctimas.....	449
	<b>CAPÍTULO VII. CONCLUSIONES.....</b>	<b>461</b>
	<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>477</b>

1.	MONOGRAFÍAS .....	477
2.	ARTÍCULOS EN REVISTAS Y COLABORACIONES EN OBRAS COLECTIVAS .....	481
3.	INFORMES Y OTRA DOCUMENTACIÓN .....	503
<b>JURISPRUDENCIA.....</b>		<b>507</b>
1.	JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL.....	507
1.1.	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	507
1.2.	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.....	508
2.	JURISPRUDENCIA NACIONAL .....	508
2.1.	Tribunal Constitucional .....	508
2.2.	Tribunal Supremo .....	510
2.3.	Audiencia Nacional y Audiencias Provinciales.....	522





## ABREVIATURAS

AA.VV	Autores varios
ADPCP	Anuario de Derecho Pena y Ciencias Penales
AP	Actualidad Penal
Art. /arts.	Artículo/s
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
Cfr.	Confróntese
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
coord. /s	Coordinador/es
CP	Código penal
CPC	Cuadernos de Política criminal
dir. /s	Director/es
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
ed.	Edición
Ed.	Editorial
EPC	Revista de Estudios Penales y Criminológicos
F.J.	Fundamento jurídico
FGE	Fiscalía General del Estado
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley orgánica
LODYLE	Ley Órgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
LOPJ	Ley orgánica del Poder Judicial
núm.	Número
OIM	Organización Internacional de las Migraciones
OIT	Organización Internacional del Trabajo
ONG	Organización no gubernamental
ONU	Organización de Naciones Unidas
op.cit.	Obra citada
p. /pp.	Página/s
párr./s	Párrafo/s
passim.	En diversos lugares
RAE	Real Academia de la Lengua Española
RD	Real Decreto
RDPC	Revista de Derecho Penal y Criminología

REDYLE	Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2009.
RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.
ROJ	Registro oficial de jurisprudencia
RP	Revista penal
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
ss.	Siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
t.	Tomo
TC	Tribunal Constitucional.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TUE	Tratado de la Unión Europea
UCRIF	Unidad contra redes de inmigración y falsificaciones documentales
UE	Unión Europea
UNODC	United Nations Office on drugs and crime
Vid.	Véase
vol.	Volumen

## **AGRADECIMIENTOS**

Me gustaría que estas líneas sirvieran para expresar mi más profundo y sincero agradecimiento a todas aquellas personas que con su ayuda, tanto personal como profesional han hecho posible la realización de este trabajo de investigación. En especial al Dr. Andreu Olesti y a la Dra. Mirentxu Corcoy, directores de esta Tesis, por su desinteresado esfuerzo y apoyo incondicional. Asimismo, me gustaría agradecer a los miembros, tanto del Departamento de Internacional como de Penal, su acogida, y por brindarme la oportunidad de iniciar mi andadura en el mundo académico.

A los miembros del Instituto de Derecho Público, que han vivido conmigo el día a día de este largo camino, me gustaría agradecerles el apoyo que me han prestado. Al Dr. Eliseo Aja por darme la oportunidad de encontrar mi vocación y, en especial, al Dr. David Moya, por la constante motivación y apoyo recibido a lo largo de estos años. A la Dra. Natalia Caicedo por su confianza y consejos durante todo este proceso de aprendizaje.

A mi familia y a Jose les agradezco especialmente la comprensión, paciencia y el ánimo con la que me han acompañado durante los años de elaboración de esta Tesis.

A todos ellos, muchas gracias



# INTRODUCCIÓN

## 1. Justificación del tema y objeto

Este trabajo de investigación se centra en una de las formas de criminalidad que más interés ha despertado en la última década. Identificada como una moderna forma de esclavitud, no es en realidad un fenómeno nuevo sino un problema antiguo, cuyo origen se encuentra en la trata de esclavos y la trata de blancas y fuertemente vinculado con la esclavitud, al que se le otorga una nueva denominación. Con estos antecedentes históricos se pone de manifiesto la relevancia de este fenómeno criminal que incide en la lesión o puesta en peligro de derechos fundamentales básicos, en cuanto implica el tratamiento de las personas como mercancías, afectando a su dignidad.

Sin embargo, a pesar de existir un gran número de Tratados internacionales dirigidos a la abolición de la esclavitud y que prohíben internacionalmente esta indeseable conducta, así como otras directamente relacionadas con ellas, ha sido en la última década cuando la trata de seres humanos se ha introducido con fuerza en la agenda política como si de un fenómeno desconocido se tratase. Sin embargo, debe reconocerse que a pesar de las numerosas medidas adoptadas en instancias internacionales y nacionales, continúa siendo un fenómeno invisible para la sociedad. Por un lado, como consecuencia de la inclusión de la trata de seres humanos en otros fenómenos más amplios y no equiparables como son la ayuda a la inmigración irregular y la propia prostitución. Por otro lado, por el tratamiento confuso que de ella realizan tanto las instituciones públicas nacionales como los medios de comunicación.

Precisamente, el tratamiento penal y el desarrollo institucional que se ha realizado en España de la trata de seres humanos ofrecen un ejemplo claro de la confusión existente.

Tradicionalmente, el Legislador español ha ofrecido un tratamiento parcial al fenómeno de la trata de seres humanos. Tras la entrada en vigor del Código penal de 1995 la protección otorgada a las víctimas se articuló a través de los delitos contra los derechos de los trabajadores, atendiendo principalmente a las víctimas extranjeras que ostentasen la condición de trabajador. Con posterioridad, se completó esta protección penal con un delito de tráfico de personas con fines de explotación sexual (art. 188.2 CP). Pero fue más tarde, en el año 2000, cuando el Legislador introdujo un nuevo Título rubricado “De los delitos contra los ciudadanos extranjeros” en el CP, en el que se integró el art. 318 bis. El precepto identificado, inicialmente, como el tipo penal

necesario para proceder a la protección de la dignidad humana y perseguir la trata de seres humanos.

Sin embargo, como tuve oportunidad de constatar en el trabajo de investigación realizado con ocasión de la tesina de máster *El bien jurídico-penalmente protegido en el artículo 318 bis del Código penal*, este precepto era y continúa siendo un tipo penal *sui generis*, en el que la protección de las víctimas de trata era meramente indirecta y parcial. Tan sólo algunos de los elementos inherentes a la trata de personas estaban presentes en el tipo penal y su aplicación se subordinaba a la necesidad de una entrada o tránsito irregular en el país, siendo la protección de los flujos migratorios el interés jurídico protegido.

Estas reformas penales no fueron acompañadas de la inclusión de otras medidas legislativas necesarias para la protección de las víctimas, como las que debían haberse adoptado en el ámbito de la legislación de extranjería o la legislación procesal. No fue hasta 2008 con la adopción del Plan integral de lucha contra la trata de seres humanos cuando la actividad institucional empezó a fijarse en ámbitos ajenos al Derecho penal, aunque con limitados resultados. El Legislador español consciente de las limitaciones derivadas del art. 318 bis CP y fuertemente influido por el Convenio de Varsovia del Consejo de Europa decidió introducir, mediante la Ley Orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal, un nuevo delito, el de trata de seres humanos. Ahora sí desvinculado de la inmigración clandestina y de la finalidad de explotación sexual, que se convierte en una más de las finalidades que el tratante puede perseguir con la conducta. Con anterioridad, se procedió a la reforma de la legislación de extranjería con el propósito de introducir el período de restablecimiento y reflexión de la víctima, así como la posibilidad de acceder a una autorización de residencia y trabajo, vinculada especialmente a la colaboración de la víctima en la persecución del delito.

Ante esta política legislativa de reforma constante se justifica una investigación de la regulación española de la trata de seres humanos para inquirir sobre la misma desde una cuádruple perspectiva.

En primer lugar, determinar si la reforma penal llevada a cabo y la introducción de mecanismos tendentes a proteger y asistir a la víctima de este delito responden a la existencia de auténticas directrices de política criminal dirigidas realmente a una efectiva lucha contra la trata de seres humanos o bien, por el contrario, responden a la voluntad de cumplir con las obligaciones internacionales asumidas y las disposiciones provenientes de la Unión Europea.

En segundo lugar y relacionado con lo anterior, conocer cuál es la verdadera situación del Estado español en relación, precisamente, con esas obligaciones

internacionales para constatar si estamos ante un cumplimiento meramente formal o real de las mismas, partiendo de la identificación y análisis de los instrumentos internacionales y disposiciones europeas que regulan la trata de seres humanos.

En tercer lugar, analizar si el nuevo delito de trata de seres humanos responde a las características propias del Derecho penal moderno, caracterizado por la expansión del Derecho penal y a su constante endurecimiento punitivo, para lo cual es necesario abordar la concreta tipificación de la conducta realizada en el art. 177 bis CP.

Y finalmente, determinar la incidencia que sobre la trata ejerce la actividad institucional y legislativa nacional desarrollada fuera del ámbito penal. Pues si bien la tipificación y persecución del delito es un elemento central en la lucha contra la trata de seres humanos, estos aspectos no pueden ser el único ámbito desde el que se actúe. La eficacia del Derecho penal para la resolución de conflictos sociales sistémicos como el que se estudia, es limitada. La actuación sobre las causas del fenómeno y aquellos factores que la consolidan y facilitan deben ser parte integrante de la política del Estado si realmente se pretende actuar contra él, las medidas de prevención del delito son fundamentales. En cuanto las víctimas son objeto de una flagrante vulneración de sus derechos más básicos es imprescindible que se adopten las medidas necesarias para garantizar el rápido restablecimiento de los mismos y la recuperación de la víctima, evitando su revictimización.

Para dicha investigación en principio se cuenta con la existencia de abundante literatura, pues la trata de seres humanos ha sido objeto de estudio en múltiples monografías. No obstante, en la práctica tan sólo un número muy reducido de ellas son posteriores a la reforma penal operada por la Ley Orgánica 5/2010 que ha incluido el nuevo delito de trata de seres humanos a través del art. 177 bis CP. Además, muchas de ellas se centran en el análisis de la trata de personas con fines de explotación sexual, relegando a un segundo plano otro tipo de explotaciones inherentes al fenómeno criminal que nos ocupa. Asimismo, suele ser habitual un tratamiento parcial del mismo, centrado en el análisis dogmático penal delito pero sin entrar en otros ámbitos jurídicos que son de especial importancia para la auténtica protección de las víctimas, que deben ver garantizados en el ámbito nacional los derechos que a nivel internacional y europeo se les reconocen.

Los motivos anteriormente expuestos justifican no sólo la elección del tema objeto de estudio en esta tesis sino también el concreto tratamiento realizado, con particular énfasis en aportar una perspectiva multidisciplinar al mismo.



## **2. Metodología y estructura**

En lo concerniente a la metodología aplicada en esta investigación se hará uso de un método analítico-descriptivo con referencias doctrinales y jurisprudenciales, así como de los métodos inductivos y deductivos para proceder al análisis de fenómeno delictivo objeto de estudio, la trata de personas, desde una triple perspectiva, dogmático, político criminal y victimológica.

La necesidad de poner fin a una visión fragmentada de la trata de seres humanos obliga a adoptar una perspectiva multidisciplinar que exige analizar no sólo la actividad legislativa en el ámbito penal, sino también la legislación de extranjería al tratarse principalmente de víctimas de nacionalidad extranjera, la legislación procesal así como de la actividad institucional desarrollada en los últimos años por las instituciones públicas dirigida al establecimiento de recursos de carácter social y asistencial para las víctimas.

Con el objetivo de conseguir una mejor sistematización del tema que se aborda, la presente tesis se estructura en siete capítulos.

En el Capítulo I se contextualiza la trata en un ámbito caracterizado por la globalización y los flujos migratorios internacionales. Además, se intentan plasmar los datos cuantitativos y cualitativos disponibles para mostrar la magnitud del fenómeno y la realidad criminal a nivel internacional y nacional, para concluir con la necesidad de realizar investigaciones y adoptar un método sistemático y comparable de datos estadísticos que permita alcanzar un conocimiento real del fenómeno que evite sobredimensionarlo o infravalorarlo.

El Capítulo II identifica la normativa internacional y comunitaria adoptada en el marco de la lucha contra la trata de seres humanos, procediéndose al análisis de la misma. A través de estos instrumentos es posible delimitar de forma clara dos fenómenos diversos pero frecuentemente relacionados como son la trata de seres humanos y el tráfico ilegal de personas o ayuda a la inmigración irregular, enfatizando que la trata de personas implica una grave vulneración de los derechos humanos. El marco jurídico internacional y europeo en el que se enmarca la actuación del Estado se articula como hilo conductor de la tesis. Las referencias a éstos serán constantes no sólo por la necesidad de constatar si se cumplen las obligaciones internacionales asumidas, sino por la notable influencia que desempeñan en la tipificación del delito de trata de personas, en la adopción de mecanismos de protección de las víctimas y su consolidación como un relevante instrumento de interpretación.

El análisis del concreto delito de trata de seres humanos tipificado en nuestro ordenamiento jurídico penal se aborda en los Capítulo III, IV y V. En el Capítulo III

se analiza el tipo básico del delito de trata de seres humanos examinando con detenimiento el bien jurídico protegido que influye en la formulación y alcance del tipo penal. La responsabilidad penal de las personas jurídicas y el concreto marco penal previsto para el delito serán, también, objeto de atención en este capítulo. Mientras que el Capítulo IV se centra en los múltiples subtipos agravados introducidos y las dificultades que surgen para su delimitación con el tipo básico y con otros tipos penales relacionados. Finalmente, en el Capítulo V sobre relaciones concursales se muestra como la trata de seres humanos no ha sido totalmente ajena a tipificaciones penales previas, al menos en lo que a formas específicas de trata se refiere, principalmente en relación con los menores de edad y los trabajadores. Se produce con la incorporación del delito más genérico de trata de seres humanos un solapamiento normativo que genera problemas concursales de difícil resolución que deberían ser solventados por el Legislador. Además, se presta especial interés a los delitos de explotación que pueden producirse con posterioridad al delito de trata de seres humanos e implican la materialización de la finalidad perseguida por el tratante.

El Capítulo VI se centra en las medidas articuladas por el Legislador para garantizar la protección, asistencia y seguridad de las víctimas del delito. En un primer momento, me centraré en los derechos que la víctima ostenta durante el proceso penal que se desarrolla contra los presuntos tratantes. Las dificultades existentes para garantizar los derechos de la víctima sin perjudicar con ello los derechos del acusado, se plasman en el tratamiento legal y jurisprudencial que se hace de las figuras del testigo anónimo y oculto. En un segundo momento, la preocupación por la adecuada protección de las víctimas de trata de seres humanos extranjera será el foco de interés de este capítulo, analizando los mecanismos de protección previstos en la legislación de extranjería y en la necesaria configuración del régimen de asilo como un mecanismo primordial y no subsidiario para la protección de víctimas. Finalmente, se abordarán los servicios sociales que ofrecen las administraciones públicas y las medidas asistenciales facilitadas por organizaciones especializadas para atender las necesidades de las víctimas.

Una vez finalizado el estudio de *lege data* se recogen en el capítulo VII las conclusiones extraídas de la investigación añadiendo a las mismas ciertas propuestas de *lege ferenda* en línea con las conclusiones alcanzadas. Estas propuestas pretenden dar respuesta a la necesidad detectada de que se adopte una política de carácter institucional que de forma coherente establezca un sistema completo de protección de las víctimas, no sólo con la voluntad de cumplir con los mandatos internacionales, sino con la necesidad real de proteger y asistir a la víctima.



# CAPITULO I

## CONTEXTUALIZACIÓN DEL FENÓMENO DE LA TRATA

### 1. Flujos migratorios, globalización y papel de los Estados

Los movimientos migratorios internacionales no son un fenómeno nuevo, desde que el hombre es hombre ha realizado desplazamientos geográficos con mayor o menor intensidad, así como de carácter nacional o internacional, de forma voluntaria o involuntaria<sup>1</sup>.

A pesar de ser una constante en la historia, de hecho su volumen en este momento podría ser mucho menor en términos relativos que en otras épocas históricas<sup>2</sup>, en la actualidad, el fenómeno migratorio presenta características propias derivadas de la globalización económica, social y tecnológica existente, convirtiéndose en centro de atención y preocupación para los Estados, y en lo que aquí nos interesa para los Estados europeos. Aunque la propia globalización disminuya cada vez más su capacidad de incidencia sobre esos flujos<sup>3</sup>, los Estados adoptan dos actitudes frente a la inmigración. Por un lado, temen las consecuencias de una entrada excesiva y desordenada de inmigrantes que ponga en peligro el desarrollo económico y social alcanzado en el marco del Estado del bienestar<sup>4</sup>, y, por otro, perciben la inmigración irregular como una amenaza y un problema<sup>5</sup>, vinculándola con la delincuencia<sup>6</sup> y la inseguridad ciudadana<sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> Sobre la importancia de los desplazamientos internacionales de carácter coactivo durante el S.XVIII- S-XIX, puede verse HATTON, Timothy J. y WILLIAMSON, Jeffrey G., *Global migration and the world economy. Two centuries of policy and performance*, The MIT Press, Cambridge- London, 2005, pp. 8 y ss.

<sup>2</sup> Vid. SUTCLIFFE, Bob, *Nacido en otra parte. Un ensayo sobre la migración internacional, el desarrollo y la equidad*, Ed. Hegoa, Bilbao, p. 56; Sobre la evolución de la emigración, causas, consecuencias y países de destino y origen pueden verse las obras, HATTON y WILLIAMSON, *Global migration and the world economy. Two centuries of policy and performance*, op.cit.; SASSEN, Saskia, *Guest and Aliens*, The New press, New York, 1999.

<sup>3</sup> Vid. SASSEN, Saskia, “La formación de las migraciones internacionales: implicaciones políticas”, (versión española de Mariano C. Melero de la Torre), *Revista internacional de filosofía política*, núm. 27, 2006, p. 26.

<sup>4</sup> Vid. AJA FERNÁNDEZ, Eliseo, “Introducción. El marco general de los derechos de los inmigrantes”, en AJA FERNÁNDEZ, Eliseo (coord.), *Los derechos de los inmigrantes en España*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 12; BONET PÉREZ, Jordi, “La Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares”, en GÓMEZ ISA, Felipe y PUREZA, José Manuel, Ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 2003, p. 348.

<sup>5</sup> Desde hace casi una década la inmigración aparece, en las encuestas nacionales realizadas, como uno de los graves problemas que afectan a la sociedad. Un ejemplo claro, es el barómetro del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) de enero de 2010, en el que la inmigración aparece como el tercer

Los Estados han actuado frente a estos temores, a diferencia de en épocas anteriores<sup>8</sup>, optando por una política migratoria de carácter restrictivo, centrada en el control policial de los flujos migratorios y en la lucha contra la inmigración irregular<sup>9</sup>. La necesidad de satisfacer las necesidades del mercado laboral europeo se convierte en la principal vía de entrada para un determinado número de trabajadores extranjeros. La política migratoria común europea nació fundamentalmente como consecuencia indirecta de la voluntad de crear un mercado único en el que la libre circulación de mercancías y trabajadores estuviesen garantizadas. La paulatina supresión de fronteras realizada en el ámbito europeo, mediante el Convenio Schengen, colocó en un primer plano a la inmigración y, especialmente, a la inmigración irregular. La gestión de la migración se basa principalmente en valoraciones económicas, situándose la preocupación de los Estados comunitarios en la necesidad de adoptar medidas dirigidas al control de las fronteras exteriores, para frenar la posible entrada de ciudadanos extracomunitarios que puedan alterar el sistema económico. Resulta paradójico que mientras se suprimen las fronteras interiores en Europa en busca de un espacio de libertad común para todos los ciudadanos europeos, paulatinamente se refuerzan las fronteras exteriores frente a los nacionales de terceros Estados<sup>10</sup>.

---

problema que afecta a España, superado únicamente por el paro y los problemas de índole económica (Vid. [http://www.cis.es/cis/opencms/-Archivos/Marginales/2820\\_2839/2828/es2828.pdf](http://www.cis.es/cis/opencms/-Archivos/Marginales/2820_2839/2828/es2828.pdf)).

<sup>6</sup> Los estudios realizados demuestran que entre las variables, delincuencia e inmigración, únicamente existe una correlación y en ningún caso una relación de causalidad. A pesar de los mismos, se ha producido una importante politización de la vinculación entre inmigración y delincuencia. Vid. FERNÁNDEZ BESSA, Cristina, ORTUÑOZ AIX, José María y MANAVELLA SUÁREZ, Alejandra, “Los efectos de la cultura de emergencia en la criminalización de los inmigrantes”, en PUENTE ALBA, Luz María (dir.) y RODRÍGUEZ MORO, Luis y ZAPICO BARBEITO, Mónica (coord.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal*, Ed. Comares, Granada, 2008, pp. 228- 231; BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, “La construcción de los migrantes como categoría de riesgo: Fundamento, Funcionalidad y consecuencias para el sistema penal”, en CANCIO MELIÁ y POZUELO PÉREZ (coords.), *Política Criminal en Vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, Criminalidad organizada*, Ed. Thomson- Civitas, Navarra, 2008, pp.157 y ss.

<sup>7</sup> Para un conocimiento de la opinión pública española sobre la inmigración, Vid MÉNDEZ LAGO, Mónica, “Actitudes de los españoles ante la inmigración. Una mirada desde las encuestas” en AJA, Eliseo y ARANGO, Joaquín (eds.), en *La inmigración en España en 2006*, Anuario de inmigración y políticas de inmigración, Barcelona, 2007, pp. 68-81

<sup>8</sup> Mediante un recorrido por la evolución de las migraciones y políticas migratorias de los Estados desde el S. XIX SASKIA SASSEN muestra como la respuesta de los Estados a la inmigración ha pasado de políticas liberales a políticas migratorias represivas. Vid. SASSEN, *Guest and Aliens, op.cit*; MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La inmigración como delito. Un análisis político criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del art. 318 bis CP*, Ed. Atelier, Barcelona, 2007, p 15. En épocas anteriores como la edad de la migración en masa (1820-1910) la libertad de movimientos transnacionales de personas se vio favorecida por las políticas de los países de destino.

<sup>9</sup> Manifestaciones claras de este fin de control son el aumento de los requisitos personales, económicos y/o laborales exigidos para la entrada y permanencia regular en el territorio, así como el fortalecimiento de la institución de expulsión, el ingreso en centros de internamiento y gran número de acuerdos de readmisión que tanto la UE como los propios Estados adoptan con los países de origen de la inmigración. La severidad de las penas en los casos de ayuda a la inmigración ilegal y el empleo de extranjeros, son también elementos claves de estas políticas restrictivas. En este sentido, SERRANO-PIEDRASAS, José Ramón, “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en AA.VV., *El extranjero en el Derecho penal español sustantivo y procesal (adaptado a la nueva Ley Orgánica 4/2000)*, Manuales de Formación continuada (5) CGPJ, Madrid, 1999, pp. 366-367.

<sup>10</sup> Vid. DE LUCAS, Javier, *Puertas que se cierran. Europa como fortaleza*, Ed. Icaria, Barcelona, 1996, pp. 9 y *passim*.

Desde la perspectiva de la seguridad, la sociedad globalizada en la que vivimos y que algunos autores llegan a calificar como sociedad del riesgo<sup>11</sup>, se caracterizaría por la predominante relevancia que adquiere la seguridad<sup>12</sup>. Ésta es una condición necesaria para garantizar la libertad, pues sin ciertos niveles de seguridad difícilmente los ciudadanos podrían ejercitar sus derechos y libertades, debiéndose mantener un equilibrio entre ambos valores si queremos que el Estado pueda denominarse democrático. Sin embargo, el desequilibrio existente entre ambos valores contribuye al desarrollo de políticas de tolerancia cero, que en aras de una seguridad inalcanzable, provocan un progresivo recorte de derechos y libertades. En este contexto, el Derecho penal se configura como un instrumento más de los poderes públicos al servicio de esa búsqueda de sensación de seguridad en la ciudadanía que acaba difuminando los principios y garantías del viejo Estado de derecho.

En este proceso que cuenta con una conciencia social a cuya creación contribuyen determinadas actitudes políticas, sectores sociales y los medios de comunicación<sup>13</sup>, favorece la entrada del Derecho penal en sectores hasta el momento alejados del mismo, como es la inmigración, poniéndose al servicio instrumental del fortalecimiento de la política migratoria estatal.

## **2. Controles fronterizos estatales e impacto sobre la irregularidad y la delincuencia asociada**

Las excesivas dificultades para entrar en el territorio a través de cauces legales, siguiendo los procedimientos administrativos establecidos, contribuyen al modelo ilegal de inmigración<sup>14</sup>, caracterizado por la búsqueda de formas alternativas e irregulares de entrada. La irregularidad se convierte en la única opción, pues la situación de pobreza y miseria en la que se encuentran en sus países de origen les obliga a buscar oportunidades en otros Estados. Pero también, la existencia de una fuerte demanda de

---

<sup>11</sup> Expresión que se ha ido generalizando desde la publicación de la obra *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, del alemán Ulrich BECK en 1986.

<sup>12</sup> Se está dibujando un Europa de la Seguridad, una seguridad, basada no en datos empíricos sino en la percepción de inseguridad de la ciudadanía. Configurándose el Derecho penal en el instrumento más utilizado por los Estados para contrarrestar esa sensación, por los pocos costes económicos que supone y por la inmediatez de su actuación.

<sup>13</sup> Sobre los factores que influyen en la creación de una conciencia social contraria a la inmigración Vid. FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo, “El proceso social de la determinación de la normativa administrativa y penal en materia de inmigración”, en FARALDO CABANA, Patricia (dir.) / PUENTE ALBA, Luz María y SOUTO GARCÍA, Eva María (coords.), en *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 223.

<sup>14</sup> Este modelo se caracteriza por el endurecimiento de las leyes que regulan la emigración en muchos países industrializados, contraponiéndose al modelo clásico, al modelo colonial y al modelo del trabajador invitado. Para más información, Vid. GIDDENS, Anthony, *Sociología*, 5ª edición, (trad. Francisco Muñoz de Bustillo), Alianza Editorial, Madrid, 2006, p. 499.

mano de obra<sup>15</sup>, incluso de mano de obra irregular, principalmente para cubrir puestos de trabajo no cualificado, atrae los flujos migratorios hacia el territorio comunitario. Por consiguiente, las migraciones no son un proceso exógeno al Estado receptor, dependiente del aumento demográfico y la situación de pobreza del país de origen, sino que está condicionada por el funcionamiento del sistema económico de los países receptores<sup>16</sup>.

Las restrictivas legislaciones de entrada y permanencia de extranjeros en el Estado, favorecen que el proceso migratorio se realice a través de organizaciones criminales, que debido a sus características disponen de una mayor posibilidad de superar los controles fronterizos establecidos, así como de los medios necesarios para favorecer la entrada de extranjeros con apariencia de legalidad. Si bien es posible que el proceso migratorio sea realizado por el propio extranjero de forma individual, en un gran número de casos éste acude a terceras personas u organizaciones criminales que, en busca de beneficios, facilitan los documentos y el dinero necesario para que se produzca el traslado, así como el medio transporte hasta el país de destino, a cambio de una cantidad de dinero que en muchos casos la propia organización se encargará de cobrar mediante la explotación, laboral o sexual, de estas personas cuando se encuentren en el país de destino.

Como consecuencia de ello surge una forma de delincuencia, que ha sabido aprovechar las ventajas de la globalización<sup>17</sup> explotando como nuevo ámbito delictivo, el tráfico ilegal de personas y la trata de seres humanos. Esta delincuencia ha demostrado ser sumamente lucrativa, por los importantes beneficios que genera y también por los bajos costes que supone, ya que el grado de persecución y castigo del delito es muy diferente según el país del que se trate<sup>18</sup>. Los beneficios económicos que obtienen estas organizaciones criminales provienen no sólo del cobro de cantidades

---

<sup>15</sup> En una sociedad envejecida, como es la europea, la necesidad de mano de obra extranjera es una realidad, por lo que un cierre total de las fronteras es como cualquier otra, una opción política, pero inviable por ser a largo plazo contraproducente para los propios Estados.

<sup>16</sup> SASSEN, *Guest and Aliens*, op.cit., p.136.

<sup>17</sup> El tráfico de personas y la trata de seres humanos es, por tanto, una manifestación más de la globalización económica. Vid. PÉREZ ALONSO, Esteban, *Tráfico de personas e inmigración clandestina (Un estudio sociológico, internacional y jurídico penal)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p.39; PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, Ed. Comares, Granada, 2004, pp. 1 y ss. Así, la creación de un espacio único en el que se suprimen las fronteras interiores para garantizar la libre circulación, ha sido aprovechada por estas organizaciones criminales. Vid. GARCÍA COSO, Emiliano, “Los avances de la UE contra el crimen organizado, tráfico de personas e inmigración ilegal”, Instituto Universitario de Investigación sobre seguridad interior. Disponible en [www.uned.es](http://www.uned.es) [última visita, 20 de diciembre de 2010], p. 1.

<sup>18</sup> Las penas previstas para la trata de seres humanos en muchos países son inferiores a las previstas para delitos como el tráfico de drogas. Además, no hay que olvidar que normalmente son los propios inmigrantes los que se ponen voluntariamente en manos de estas organizaciones, al ser el último recurso del que disponen para entrar y permanecer en otro Estado, dando su consentimiento al traslado. Vid. RAYMOND, Janice, *Guía para el nuevo protocolo de Naciones Unidas sobre tráfico de personas*, North Amherst, 2001, p. 2. Disponible en [http://www.hrea.org/erc/Library/display\\_doc.php?url=http%3A%2F%2Faction.web.ca%2Fhome%2Fcatw%2Fattach%2Fguia\\_nuevo\\_protocolo.pdf&external=N](http://www.hrea.org/erc/Library/display_doc.php?url=http%3A%2F%2Faction.web.ca%2Fhome%2Fcatw%2Fattach%2Fguia_nuevo_protocolo.pdf&external=N), [última visita el 20 julio de 2010].

exorbitantes pagadas por aquellas personas con voluntad de migrar, en concepto de traslado al país de destino evitando los controles fronterizos o facilitando la documentación necesaria para la entrada con apariencia de legalidad. La mayor fuente de beneficios, y también la más preocupante por las implicaciones que supone, no proviene de esas cantidades pagadas por el traslado sino de la más lucrativa explotación, sexual y/o laboral, a la que los ciudadanos extranjeros son sometidos una vez que se encuentran en el país de destino y que se extiende en el tiempo más allá de la duración del traslado. Esta segunda modalidad es la conocida como trata de seres humanos. Las personas se convierten en meras mercancías susceptibles de generar beneficios astronómicos, y en la que se vulneran de forma flagrante y continuada los derechos fundamentales de las personas, lo que debería situarse en el centro de atención de los Estados dirigiendo sus legislaciones, y no sólo la penal, a la búsqueda de una lucha eficaz contra este fenómeno delictivo y a la sanción de los responsables, sin olvidar la protección y asistencia a los extranjeros, ya que no debería olvidarse tan frecuentemente su condición de víctima, con independencia de la situación regular o irregular en la que se encuentren.

### **3. Descripción del fenómeno criminal de la trata de seres humanos**

Conocer el fenómeno criminal contra el que se pretende luchar es esencial para valorar la idoneidad de las leyes adoptadas para reaccionar contra el delito. Por ese motivo, se intentará en este momento hacer una descripción del fenómeno objeto de estudio, poniendo de manifiesto las causas que de forma general se identifican como inherentes a la trata. Además, partiendo de fuentes oficiales y fuentes secundarias ya existentes se intentará conocer la magnitud del fenómeno, tanto desde una perspectiva cuantitativa como cualitativa.

De los datos que están a nuestro alcance puede extraerse, por un lado, que el conocimiento que tenemos sobre la trata de personas es todavía relativo, siendo necesario fomentar las investigaciones sobre el tema. Por otro lado, que la idea generalizada que la sociedad posee sobre la trata de seres humanos no se corresponde con la realidad, al encontrarse sesgada la información que se difunde.

#### **3.1. Causas de la trata de seres humanos**

El origen y expansión de la trata de seres humanos debe buscarse en la confluencia de una serie de factores de muy diversa naturaleza que inciden en la



existencia y expansión de este fenómeno criminal<sup>19</sup>. De forma genérica, suelen mencionarse una variedad de motivos que lo explican, tales como el incremento de la población mundial, la migración internacional, el cambio económico y social, así como el empobrecimiento de un elevado número de la población mundial<sup>20</sup>, todo ello enmarcado en el contexto de la globalización<sup>21</sup>.

Desde la perspectiva de los Estados de destino de las víctimas de trata de personas, la trata de seres humanos suele relacionarse con el fenómeno migratorio y con la criminalidad organizada. Las víctimas que se identifican son en su mayoría ciudadanos extranjeros, produciéndose el proceso de trata en el marco de las migraciones internacionales. Por ese motivo, las razones que aspiran a explicar éstas, podrían contribuir a conocer también esta realidad criminal<sup>22</sup>. El deseo o necesidad de migrar es aprovechado frecuentemente por los tratantes para captar a sus víctimas, principalmente mediante el engaño, ofreciendo nuevas y mejores oportunidades en el país de destino, con la finalidad de obtener beneficios a través del pago de una cantidad de dinero por la prestación del servicio, pero sobre todo a través de la posterior explotación forzada del inmigrante una vez trasladado. La inmigración clandestina y la trata de personas se refieren a dos realidades distintas, aunque tienen como elemento común, en algunas circunstancias, el fenómeno de la migración internacional<sup>23</sup> y la adopción de la decisión de migrar, salvo en aquellos casos en los que el proceso de trata de personas se produce haciendo uso de violencia, en el que la decisión migratoria es irrelevante, pues la víctima es trasladada y, posteriormente, explotada mediante la fuerza.

El fenómeno migratorio internacional, como desplazamiento de personas para su permanencia en otro país distinto al de su origen es explicado por la mayoría de la comunidad científica acudiendo a múltiples factores que interactúan entre sí a través de la teoría del *push-pull factors* (modelo de expulsión/atracción). Este modelo explica las

---

<sup>19</sup> Vid. PÉREZ ALONSO, *Tráfico de personas e inmigración clandestina (Un estudio sociológico, internacional y jurídico penal)*, op.cit., p. 58; LEÓN VILLALBA, Francisco Javier, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 50 y ss.; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La inmigración como delito. Un análisis político criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del artículo 318 bis CP*, op. cit., p. 13; RODRÍGUEZ MESA, María José, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 22 y ss.; PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, “Algunas consideraciones político-criminales previas a la incriminación del tráfico de personas”, en *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, núm. 0, 2002, pp. 109-134; VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el derecho internacional*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2011, p. 86; OIT, *Una alianza global contra el trabajo forzoso*, Ginebra, 2005, p. 63 (Disponible en <http://www.ilo.org>).

<sup>20</sup> Vid. BALES, Kevin *La nueva esclavitud en la economía global*, (trad. Borrajo Castanedo), Ed. Siglo Veintiuno de España Editores, Madrid, 2000, p.13 y ss.

<sup>21</sup> Vid. PÉREZ ALONSO, *Tráfico de personas e inmigración clandestina (Un estudio sociológico, internacional y jurídico penal)*, op.cit., p.52.

<sup>22</sup> Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el derecho internacional*, op.cit., p.86.

<sup>23</sup> Vid. PÉREZ ALONSO, *Tráfico de personas e inmigración clandestina (Un estudio sociológico, internacional y jurídico penal)*, op.cit., p. 60; RODRÍGUEZ MESA, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, op.cit., p. 22.

migraciones internacionales a partir de la existencia de ciertos de factores presentes tanto en el país de origen, que impulsan a los ciudadanos a abandonar sus hogares de forma más o menos voluntaria hacia países de los que no son naturales (*push factors*), como en los países de destino que atraen a los migrantes (*pull factors*).

Desde una perspectiva clásica los *push factors* se identifican con factores de *carácter económico*. El actual sistema económico capitalista genera una patente desigualdad en la distribución de la riqueza, fomentando su concentración en un número muy reducido de personas sitas en un pequeño grupo de Estados, provocando que más de 1.000 millones de personas se encuentren en situación de extrema pobreza. El desequilibrio económico entre países ricos y pobres (Norte/Sur) impide que un importante número de la población acceda a los recursos necesarios para el normal desarrollo de la vida, convirtiendo a la débil situación económica que sufre el país de origen en un factor determinante para adoptar la decisión de migrar en busca de una oportunidad que mejore sus condiciones de vida<sup>24</sup>, de una mejora económica. Son, por tanto, las circunstancias económicas y materiales de la persona en el país de origen las que animan a muchas personas a emigrar.

Sin embargo, las migraciones son un fenómeno complejo que no pueden explicarse de manera completa atendiendo únicamente a factores económicos<sup>25</sup>, por lo que se han introducido elementos de otras teorías de la migración. Múltiples circunstancias tanto de *carácter social, político o cultural* e incluso ambiental interactúan en cada proceso migratorio. En este sentido, no sólo las desigualdades económicas determinan la decisión de migrar, sino que factores como la inestabilidad política, la existencia de conflictos bélicos o las catástrofes naturales son susceptibles de generar la decisión de abandonar el país en busca de alternativas en otros lugares más estables.

La extrema pobreza en la que se encuentran las personas en sus países de origen contribuye a la consolidación de ciertas prácticas socialmente toleradas, como mecanismos de salida de la misma, que desde nuestra perspectiva social y cultural se encuentran estrechamente vinculadas con la trata de seres humanos. A ello se une la especial vulnerabilidad de ciertos sectores de la población, tales como las mujeres, ciertas minorías étnicas o religiosas que contribuyen a la explicación de los flujos migratorios, elevando el riesgo de convertirse en víctimas de trata de seres humanos. En algunas sociedades como la india o la paquistaní, dar a un hijo o familiar en garantía de pago de un préstamo es una práctica habitual, así como la entrega en herencia de la viuda a la familia del marido como si de un bien más del patrimonio se tratase es

---

<sup>24</sup> GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, Andrea, SUSAJ, Gentiana y REQUENA ESPADA, Laura, “La dimensión laboral de la trata de personas en España”, *RECPC*, núm. 11-04, 2011, p. 5. Disponible en <http://criminet.ugr.es> [última consulta, 10 de abril de 2014].

<sup>25</sup> En este sentido IGLESIA SKULJ, *Trata de mujeres con fines de explotación sexual. Análisis político-criminal del Código penal*, op.cit., p. 208.

habitual en ciertas tribus africanas. Prácticas como el envío de menores a casa de parientes u otras personas para que se encarguen de su educación esconden en realidad situaciones de explotación infantil<sup>26</sup>. A su vez el matrimonio infantil y forzado es ampliamente tolerado culturalmente en países como Nepal, India, Filipinas, Gabón y Moldavia<sup>27</sup> o el caso de los niños *Bacha Bazi* en Afganistán son claros ejemplos de la extrema vulnerabilidad de ciertos sectores de la población que favorecen la expansión de la trata de seres humanos<sup>28</sup>.

Estos factores confluyen con otros factores de atracción de los países de destino que explican la internacionalidad de las migraciones y de la trata de seres humanos. Así, los **pull factors** crean unas expectativas de mejora en el emigrante, un estado de opinión que favorece su desplazamiento. Los atractivos estándares de vida de los países de destino de los que se carece en el país de origen generan una serie de expectativas, tales como el incremento de salario, de mayores oportunidades para adquirir nuevas capacidades, mejor educación y puestos de trabajo, el disfrute de prestaciones sociales y sanitarias integrales o las políticas de igualdad y no discriminación existentes en los países de destino son elementos atractivos para decidir emigrar.

La existencia de una demanda constante de trabajadores inmigrantes en los países de destino es el principal factor de atracción. La disminución de los índices de natalidad en los países industrializados genera una constante necesidad de trabajadores si se pretende mantener el Estado del bienestar establecido. Así como la proliferación de puestos de trabajo, especialmente no cualificados y precarios, que no son desarrollados por los propios nacionales. La multiplicidad de factores que inciden en las migraciones internacionales, la demanda de mano de obra barata para el desempeño de puestos de trabajo en sectores de actividad, habitualmente carentes de regulación legal o de controles laborales insuficientes, propios de la economía sumergida, tales como el servicio doméstico, la agricultura, pesca, entretenimiento, hostelería o prostitución, pueden explicar que el traslado se realice con una finalidad clara de explotación<sup>29</sup>. Por este motivo las medidas en los países receptores con finalidad de disminuir esta demanda deberían centrar la prevención y lucha contra la trata de personas<sup>30</sup>, adoptando medidas para desincentivar la demanda que favorece las formas de explotación.

---

<sup>26</sup> OHCHR, *La abolición de la Esclavitud y sus formas contemporáneas*, Nueva York y Ginebra, 2002, p. 43, nota a pie núm. 222.

<sup>27</sup> WALK FREE FOUNDATION, *Índice mundial de esclavitud 2013*, p. 30.

<sup>28</sup> Un reportaje sobre la situación de los *Bacha Bazi* puede verse en <http://www.rtve.es/alacarta/videos/telediario/onu-se-muestra-preocupada-esclavitud-sexual-prostitucion-infantil-afganistan/2195730/>

<sup>29</sup> OSCE, *Declaración sobre la Trata de Personas*, Oporto, 2002, p. 16.

<sup>30</sup> OSCE, Decisión núm. 557 por el que se aprueba el Plan de Acción de la OSCE contra la trata de personas, 2003, y la Decisión núm. 1107 por el que se aprueba una adición al plan de acción de la OSCE contra la trata de personas: Un decenio después, 2013.

Los factores de expulsión y atracción intentan explicar las causas que originan la decisión de migrar, dando respuesta al por qué de la existencia de migraciones internacionales, aunque la concreta decisión de emigrar a un determinado país dependerá de muchos otros factores que son objeto de estudios por otras teorías migratorias, entre las que se encuentran las denominadas redes familiares o de amigos. En la era de la globalización los medios de comunicación e internet fomentan la generalización de un opulento estilo de vida propio de la sociedad de consumo a los que los emigrantes aspiran. Estos medios de comunicación se unen a las tradicionales redes migratorias de familiares y amigos entre los países de origen y destino que se configuran como fundamentos para la elección de un concreto país de destino. Decisión que se ve favorecida, además, por los nuevos medios de transporte que acortan las distancias entre países y facilitan que el desplazamiento se produzca de forma más barata y segura. No obstante, en los supuestos de trata de seres humanos un elemento especial para el destino final del extranjero es la propia voluntad de los tratantes. Factores que determinan el lugar final al que se trasladará los inmigrantes serán, entre otros, la propia infraestructura existente, la facilidad para que se produzca la entrada, los contactos o las rutas controladas.

Frente a la necesidad de migrar se oponen factores políticos de carácter internacional que intentan ponerle freno, generando el contexto necesario para que se produzca la trata de personas<sup>31</sup>.

Las políticas migratorias adoptadas por los Estados receptores de la migración son de carácter restrictivo, al establecer limitaciones a la entrada y permanencia de ciudadanos extranjeros en su territorio que se acompañan de controles fronterizos y medidas de cooperación internacional tendentes a garantizar la expulsión de aquellos extranjeros que se encuentren irregularmente en su territorio. Estas políticas migratorias poseen una fundamentación económica, restringiendo la entrada de ciudadanos extranjeros para evitar posibles perjuicios en el sistema social y económico del estado receptor, pero a su vez permiten la entrada de un número limitado de ciudadanos extranjeros para cubrir las necesidades de mano de obra que garantice el mantenimiento del propio sistema. Se parte, por tanto, incluso desde las instancias estatales, de una visión mercantilista de los migrantes que son admitidos en el Estado en función de la utilidad y del beneficio que de ellos se obtiene<sup>32</sup>.

Es necesario avanzar hacia la integración de los ciudadanos extranjeros que se encuentran en el país si se pretende desincentivar la trata de personas, así como para localizar e identificar a las víctimas que se encuentran en el círculo vicioso de la

---

<sup>31</sup> OIT, *Una alianza global contra el trabajo forzoso*, p. 51.

<sup>32</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina, "Nosotros y los otros: el desafío de la emigración", *Revista Jueces para la democracia. Información y Debate*, núm. 40, 2001, p.3. Disponible en <http://www.juecesdemocracia.es>

explotación, del que les será difícil salir haciendo uso de los mecanismos legalmente establecidos.

El deseo de emigrar derivado de los factores de atracción y expulsión no disminuye por la existencia de estas políticas migratorias restrictivas. La reducción de posibilidades legales para hacerlo provoca que se busquen alternativas ajenas al sistema legal para lograrlo, favoreciendo la creación de un nuevo mercado criminal<sup>33</sup>, el contrabando de personas y la trata de seres humanos<sup>34</sup>. El negocio ilícito puede consistir en la denominada gestión del contrabando de inmigrantes, consistente en ayudar a la entrada y permanencia del extranjero en el territorio de un Estado del que no es nacional, al margen de la legislación de extranjería o haciendo uso fraudulento de mecanismos legales, a cambio de una cantidad económica<sup>35</sup>. Sin embargo, otra actividad ilícita de mayor incidencia en los derechos humanos es la trata de seres humanos consistente en reclutar, trasladar y alojar a una persona en contra de su voluntad con el fin de explotarla. Esta explotación se produce no sólo en el contexto sexual sino en el más general ámbito laboral, empleando medios o aprovechando situaciones que convierten a la víctima en un mero instrumento con el que obtener beneficios económicos.

Por consiguiente, las políticas migratorias restrictivas adoptadas por los Estados receptores de la migración, que se generalizan en Europa, principalmente durante el último cuarto de siglo XX tras la crisis del petróleo de 1973, reducen las posibilidades de entrada legal en sus territorios favoreciendo el surgimiento de la inmigración irregular como fenómeno “nuevo”<sup>36</sup>, con importantes consecuencias en el mundo de la delincuencia. Parece, por tanto, que las políticas restrictivas en materia de inmigración inciden en el desarrollo de organizaciones criminales dedicadas a prestar este servicio de carácter ilegal<sup>37</sup>, las cuales muestran una gran capacidad de corrupción del sector público y con las que se asocia el blanqueo de capitales.

Este nuevo mercado ilícito ha mostrado su gran rentabilidad y ha sido aprovechado por las organizaciones criminales<sup>38</sup>. La trata de seres humanos es un

---

<sup>33</sup> SERRANO-PIEDCASAS, “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, *op.cit.*, p. 397.

<sup>34</sup> GASCÓN ABELLÁN, *Jueces para la democracia*, 2001, p.4

<sup>35</sup> SERRANO-PIEDCASAS, “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, *op.cit.*, p. 397.

<sup>36</sup> En este sentido, DÜVELL, Franck, “Irregular migration”, en BETTS, Alexander (ed.), *Global Migration Governance*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 78, 81

<sup>37</sup> Vid. GUARDIOLA LAGO, *El tráfico de personas en el derecho penal español*, *op.cit.*, p. 31; RODRÍGUEZ MESA, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, *op.cit.*, p. 22; PALOMO DEL ARCO, Andrés, “Criminalidad organizada y la inmigración ilegal”, en GRANADOS PÉREZ, Carlos (dir.), *La criminalidad organizada: aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Cuadernos de derecho Judicial, núm. 2, Madrid, 2001, p. 190; PÉREZ CEPEDA, *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, *op.cit.*, p. 17.

<sup>38</sup> GUARDIOLA LAGO, *El tráfico de personas en el derecho penal español*, *op.cit.*, p. 30; PÉREZ CEPEDA, *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, 2002, p. 121; RODRÍGUEZ MESA, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, *op.cit.*, p. 24.

negocio global que genera ingentes beneficios económicos para los tratantes. De acuerdo con estimaciones globales, el volumen de negocio oscila entre 7.000 millones de dólares anuales, según la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) y 13.000 millones de dólares con un aumento del 400% en 10 años según Amnistía Internacional. En contraposición, los beneficios ilícitos anuales estimados por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) asciende a 32.000 millones de dólares al incluir en el cálculo no sólo los beneficios obtenidos por el traslado sino también la suma de beneficios obtenidos durante todo el tiempo que la persona es explotada<sup>39</sup>. Esta elevada cifra de beneficios ilícitos crea serios problemas a los gobiernos de los países involucrados y fomenta la conversión de las personas en constante objeto de abuso y explotación.

Además estas organizaciones han sabido adaptar las estructuras creadas para otros negocios ilegales, dedicándose de manera simultánea al tráfico de drogas, armas y personas, por lo que los beneficios económicos se multiplican. De acuerdo con EUROPOL más del 30% de los grupos criminales activos en la UE participan en más de una actividad criminal, encontrándose la trata de seres humanos y el tráfico ilícito de migrantes frecuentemente relacionados entre sí y con el tráfico de drogas<sup>40</sup>.

### **3.2. Datos existentes acerca de la trata de personas**

Por lo anteriormente explicado, conocer la dimensión y relevancia de un fenómeno criminal es esencial para comprender la gravedad del problema existente. Sin embargo, este conocimiento de la realidad criminal siempre conlleva dificultades dado el carácter clandestino de las actividades delictivas. En la trata de seres humanos a estas dificultades generales se unen otros factores derivados de propia naturaleza del fenómeno, así como ciertas deficiencias en la recopilación de datos, que dificultan el acercamiento a la realidad de este fenómeno sin sobredimensionarlo o infravalorarlo. Por ello, a pesar del gran número de informes y estudios que se han realizado sobre la trata de personas, especialmente en el contexto internacional, es difícil aproximarse a las cifras obtenidas pues debe atenderse a la diversa naturaleza de los datos recopilados, las diferencias en la terminología utilizada y en las metodologías empleadas.

Por un lado, la complejidad del delito de trata de seres humanos, que se relaciona con otras actividades delictivas y la diversa perspectiva desde la que se puede abordar su tratamiento como cuestión migratoria, de criminalidad organizada, de derechos humanos, laboral, de género o sexualidad entre otros factores, dificulta la comparación de los datos recopilados sobre trata de personas. Por otro lado, se trata de un fenómeno de reciente preocupación para los Estados por lo que es posible que la

---

<sup>39</sup> OIT, *Una alianza global contra el trabajo forzoso*, Ginebra, 2005, p. 61 y 62.

<sup>40</sup> Vid. EUROPOL, SOCTA 2013. *EU Serious and Organised Crime threat assessment*, p. 33-34. Disponible en [https://www.europol.europa.eu/latest\\_publications/31](https://www.europol.europa.eu/latest_publications/31)

legislación penal sea demasiado reciente como para obtener información relevante al respecto, como ocurre en España, o incluso que el Estado carezca de la misma. A ello se une la diversa criminalización que del delito puede realizarse en los distintos ordenamientos, dificultando la comparación de datos entre países. Finalmente, la elevada cifra negra existente es un factor a tener en cuenta pues los datos de delito conocido no son representativos de la magnitud del fenómeno, dificultando la obtención de datos estadísticos fiables y comparables que permitan conocer la verdadera cifra de personas que han sido víctimas de estas conductas delictivas<sup>41</sup>.

Conscientes de las dificultades para conocer la dimensión del fenómeno, a nivel internacional importantes instituciones han aumentado su actividad con la intención de obtener datos fiables sobre la cuantificación del fenómeno. En este sentido, la OIM ha desarrollado, desde el año 2000, una base de datos sobre trata de seres humanos que recoge información dada por las víctimas en los centros de la OIM donde son asistidas (The Trafficked Migrants Assistance Database- TMAD) cuyo uso se pretende potenciar en la mayoría de países miembros de la OIM. La información extraída de esta base de datos puede verse en el *Annual Review 2012* dónde se establece que la OIM ha asistido a 6.499 víctimas de trata de seres humanos<sup>42</sup>.

También a nivel mundial, la Oficina de Naciones Unidas contra la droga y el delito (UNODC) tiene encomendada, en el marco del Plan de Acción Global de Naciones Unidas de Lucha contra la Trata de Personas adoptado por la Asamblea General en 2010, la realización bienal de un informe en el que se plasman los datos recopilados sobre flujos de trata de personas a nivel mundial, regional y nacional. El primero de estos informes es el *Informe Mundial sobre la Trata de Personas de 2012*<sup>43</sup> que facilita información sobre perfiles de autores y víctimas del delito y formas de explotación, realizando un detallado examen de la trata por regiones e información sobre los flujos de trata, así como el examen de las medidas adoptadas por los países para combatir la trata de personas y los progresos realizados desde la entrada en vigor del Protocolo contra la trata de personas en 2003. Con este tipo de información se refuerza la capacidad de investigación y la comprensión de las causas, procesos, tendencias y consecuencias de la trata de personas. A esta actividad de recopilación de datos y tendencias, se une la iniciativa de la UNODC de elaborar una base de datos en línea, hasta ahora con información limitada, para difundir información sobre procesos y condenas por el delito de trata de seres humanos<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> DAVID, Fiona, *ASEAN and Trafficking in Persons. Using data as a tool to combat trafficking in Persons*, OIM, Ginebra, 2007, p.2.

<sup>42</sup> OIM, *Migrant Assistance. Annual Review 2012*, Ginebra, 2012, p. 32. Disponible en [www.iom.int](http://www.iom.int) [última consulta, 20 de abril de 2014].

<sup>43</sup> UNODC, *Global Report on trafficking in persons 2012*, Vienna, 2012.

<sup>44</sup> Consultable en <https://www.unodc.org/cld/index.aspx>

A nivel global, tanto la OIT como la UNODC publican informes y estudios de manera periódica sobre la trata de seres humanos en los que presentan una serie de cifras que no pueden más que generar alarma, pero que en muchos casos se trata de meras estimaciones, a lo que se une la distinta metodología empleada para su cálculo, generando cifras muy dispares y difícilmente reconciliables.

La OIT estimaba en 2005 que el número de personas en situación de trabajo forzoso como consecuencia de la trata ascendía a 2.450.000 personas<sup>45</sup>, poniendo de manifiesto que si bien el trabajo forzoso que tiene su origen en la trata de personas constituye un porcentaje importante del total de personas sometidas a éste, que se elevaba a 12.300.000 personas, la gran mayoría del trabajo forzoso en el mundo no está vinculado con la trata de personas, aunque en los países industrializados la relevancia de este porcentaje aumenta considerablemente. Por el contrario, el Informe de 2012<sup>46</sup> de la OIT aumenta a 20,9 millones de personas<sup>47</sup> la estimación sobre víctimas de trabajo forzoso, término en el que se inserta también la trata de personas como una modalidad de trabajo forzado, excluyendo alguna de sus finalidades, tales como, la extracción de órganos, el matrimonio forzado o la adopción<sup>48</sup>.

Por su parte, la UNODC cifra en 25 millones de personas el número de personas afectadas que en el mundo se va a ver afectadas por el delito de trata de personas en algún momento<sup>49</sup>. El Departamento de Estado de los Estados Unidos consideraba que hasta 800.000 personas podrían ser víctimas de trata cada año, mientras que según datos de la OIM, cada año unos 2 millones de personas son víctimas de la trata<sup>50</sup>. A estas cifras deberían sumarse un número indeterminado de personas que son víctimas de la trata dentro de sus propios países, sin cruzar las fronteras internacionales y que son sometidas a diversas formas de explotación.

El baile de cifras es una constante en materia de trata de personas, por lo que las estimaciones facilitadas por las diferentes organizaciones internacionales, no parecen ser adecuadas para conocer la verdadera magnitud del fenómeno. Actualmente, sin afán

---

<sup>45</sup> Vid. OIT, *Una alianza global contra el trabajo forzoso*, op.cit., p. 15; Cifras similares en OIT, *Action against trafficking in humans beings*, 2008, Ginebra, p. 3; BELSEN, Patrick ,COCK, Michaëlle de y MEHRAN, Farhad., *OIT Minimum estimate of forced labour in the world*, Ginebra, 2005. Documentos disponibles en <http://www.ilo.org>

<sup>46</sup> Vid. OIT, ILO *Global Estimate of Forced Labour Results and methodology*, 2012, pp. 13 y 20. Disponible [http://www.ilo.org/global/topics/forced-labour/publications/WCMS\\_182004/lang--de/index.htm](http://www.ilo.org/global/topics/forced-labour/publications/WCMS_182004/lang--de/index.htm)

<sup>47</sup> Cifra más cercana a los 27 millones de personas que BALES estimaba como sometida a esclavitud. Vid. BALES, Kevin, *La nueva esclavitud en la economía global*, op.cit., p.9.

<sup>48</sup> La utilización de diversas definiciones para caracterizar el trabajo forzoso y la trata de seres humanos, así como un cambio de metodología impiden la comparación de los datos extraíbles de ambos informes.

<sup>49</sup> RELATORA ESPECIAL SOBRE LA TRATA DE PERSONAS, ESPECIALMENTE MUJERES Y NIÑOS, *Promoción y protección de todos los derechos humanos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*, A/HRC/10/16, 20 de febrero de 2009, p. 6.

<sup>50</sup> Las diferencias entre las cifras tienen su origen en la distinta metodología utilizada para la obtención de la estimación de personas afectadas.



de realizar estimaciones globales y con la voluntad de mostrar el estado de la trata de seres humanos en el mundo y el nivel de protección otorgado por los diferentes países a las víctimas del delito, destacan los informes anuales publicados por el Departamento de Estado de los Estados Unidos<sup>51</sup> y, en el contexto Europeo el Informe de EUROSTAT, *Trafficking in human beings*<sup>52</sup>, publicado en 2013, con datos relativos a los años 2008, 2009 y 2010<sup>53</sup>. De acuerdo con los datos otorgados por el Gobierno estadounidense el número de víctimas de trata identificadas durante el año 2012 ascendió a 46.570 a nivel mundial, iniciándose tan sólo 7.705 procesamientos y alcanzando 4.746 condenas por este delito<sup>54</sup>. Con una finalidad un ámbito más limitado EUROSTAT cifra en 9.528 personas las personas identificadas como víctimas de trata de seres humanos en la Unión Europea durante el año 2010.

### **3.2.1. Perfil de las víctimas**

Los informes y estudios realizados no facilitan el conocimiento real de la magnitud de este fenómeno pero otorga una valiosa información sobre la descripción del fenómeno a nivel general y, de forma específica, de la trata de personas con fines de explotación sexual, así como sobre la problemática de las víctimas y sobre los sistemas de protección, asistencia y tratamiento, que sobre todo, desde las ONG se ponen en práctica.

De los datos disponibles se extrae de forma innegable que la mayoría de víctimas de trata de seres humanos son mujeres con fines de explotación sexual. Los informes coinciden en identificar la explotación sexual como la forma de trata de personas más frecuente, seguida a cierta distancia por la finalidad de trabajo forzado<sup>55</sup>. En estos datos, se fundamentan aquellos que mantienen la necesidad de analizar el fenómeno desde la perspectiva de género, al considerar que ser mujer es un factor de riesgo, un elemento de vulnerabilidad.

---

<sup>51</sup> Disponibles en <http://www.state.gov/j/tip/index.htm> [última visita, 10 abril de 2014]

<sup>52</sup> Vid. EUROSTAT, *Trafficking in human beings*, 2013. Disponible en <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/eurostat/home>

<sup>53</sup> Sin embargo, no es posible una comparación de datos en los tres años como consecuencia de la falta de información facilitada por algunos Estados miembros durante los años 2008 y 2009.

<sup>54</sup> U.S. DEPARTMENT OF STATE, *Trafficking in persons report 2013*, p. 46. Disponible en <http://www.state.gov/j/tip/index.htm>; UNODC, *Trafficking in Persons: Global Patterns*, 2006, p. 26-27. Disponible <http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/HT-globalpatterns-en.pdf>

<sup>55</sup> UNODC, *Trafficking in Persons: Global Patterns*, 2006, p. 17. Disponible <http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/HT-globalpatterns-en.pdf>; OIT, *Una alianza global contra el trabajo forzoso*, Ginebra, 2005, p. 15. Disponible en <http://www.ilo.org>

El Informe de la UNODC identifica la explotación sexual como la forma de trata detectada con mayor frecuencia (79%), seguida del trabajo forzado (con un 18%)<sup>56</sup>. Estos mismos datos se confirman a nivel europeo, al corroborar EUROSTAT que la mayoría de víctimas en la Unión Europea, el 62% lo son con fines de explotación sexual, mientras que el 25% lo son con fines de explotación laboral y tan sólo el 14 % por alguna de las restantes finalidades.

Estos datos deben analizarse con cautela, pues la abismal diferencia entre ambas finalidades no tiene que responder necesariamente a la realidad, sino que puede ser resultado de un sesgo estadístico derivado de la mayor visibilidad de la explotación sexual y del mayor número de denuncias existentes en ese ámbito, al haber quedado la finalidad de trabajo forzado u otras finalidades distintas a la explotación sexual en un segundo plano en la actividad institucional y policial de los Estados<sup>57</sup>. De forma clara, la OIM muestra que la asistencia por trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral va en aumento y aumentará en el futuro, de hecho el 45 % de las víctimas asistidas por esta organización en 2012 lo han sido por trata con fines de explotación laboral y tan sólo un 20 % por explotación sexual<sup>58</sup>. La información aportada por la OIM muestra como cualquier variación en alguna de las variables generará diversas cifras. Así, centrar el foco de actuación en sectores, como la agricultura, la pesca o la construcción puede tener una gran influencia en el número de víctimas identificadas en la modalidad de trata con fines de explotación laboral y en sexo de las víctimas identificadas<sup>59</sup>.

Al reconocerse la finalidad de explotación sexual como la modalidad de trata más detectada, no puede extrañarnos que la víctima se identifique, principalmente, con mujeres jóvenes. En este sentido, en Europa el 80% de las víctimas identificadas eran mujeres, de las que un 12 % eran niñas, mientras que tan sólo el 20% eran hombres representando los niños tan sólo un 3% de ese porcentaje.

Mientras que las víctimas de explotación sexual son predominantemente mujeres (96%) las víctimas de explotación laboral son, principalmente, hombres (77%). La mayor incidencia del género femenino en la trata de seres humanos con fines de explotación sexual es constatada también por la OIT al representar el número de

---

<sup>56</sup> En el mismo sentido, el informe de 2005 de la OIT señalaba que el 32% de las víctimas de trata lo eran con fines de explotación económica, un 43% lo eran con fines de explotación sexual y el 25% por otros motivos.

<sup>57</sup> UNODC, *Trafficking in Persons: Global Patterns*, 2006, p. 17. Disponible en <http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/HT-globalpatterns-en.pdf>

<sup>58</sup> Vid. OIM, *Migrant Assistance. Annual Review 2012*, Ginebra, 2012, p. 32. En este informe servidumbre doméstica representa un 18 % de las actuaciones de la OIM, mientras que la mendicidad un 3%, otro 3% una combinación de finalidad de explotación sexual y laboral, las actividades delictivas un 1%. EN relación con el sexo de las víctimas se mantiene un mayor número de mujeres, que representan el 52% de las víctimas asistidas aumentando el número de hombres hasta representar el 48%.

<sup>59</sup> OIM, *Counter trafficking and Assistance to vulnerable migrants. Annual Report of activities 2011*, Ginebra, 2012. Disponible en <https://www.iom.int> [última visita, 12 de abril 2014].

mujeres y niñas el 98% en esta modalidad de trata, mientras que en los supuestos de explotación económica desciende al 56% <sup>60</sup>.

Estos datos explican que la atención prioritaria, tanto en el discurso como en las medidas adoptadas para combatir la trata se hayan centrado en la trata de mujeres con fines de explotación sexual, desplazando como objeto de estudio y actuación a otras modalidades de trata de personas.

### **3.2.2. Perfil de los tratantes: Personas y organizaciones criminales**

En relación con los autores del delito la información que es posible extraer de los informes y estudios es limitada.

Por un lado, destaca que los sujetos activos del delito son normalmente hombres. Sin embargo, los últimos informes y estudios ponen de manifiesto que el papel de la mujer no se limita a ser víctima del delito, sino que parece constatar un incremento del número de mujeres involucradas en la trata de seres humanos como autoras del delito, llegando a desempeñar un papel más destacado que en casi todas las demás formas de delincuencia <sup>61</sup>.

Por otro lado, cuando se habla de trata de seres humanos se asume que los grupos delictivos están fuertemente implicados en su comisión, hasta el punto de entender que ésta es una manifestación más de la criminalidad organizada. No olvidemos que el primer instrumento internacional en la lucha contra la trata de seres humanos fue precisamente el Protocolo adicional a la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia Organizada Transnacional, mostrando la estrecha vinculación existente entre ambos fenómenos.

No obstante, los datos existentes al respecto son mínimos. Ni la ONU ni la OIT introducen en sus informes datos relativos a la participación de organizaciones criminales en el ámbito de la trata de seres humanos, la información otorgada se limita a la nacionalidad y sexo de víctimas, autores, así como a los flujos de la trata. Por tanto, no es posible conocer la auténtica relación existente entre la trata de seres humanos y la criminalidad organizada, aunque sí es posible concluir de la información cualitativa y descriptiva, que de la criminalidad organizada realizan distintas organizaciones como

---

<sup>60</sup> OIT, *Una alianza global contra el trabajo forzoso*, Ginebra, 2005, p. 16. Disponible en <http://www.ilo.org>

<sup>61</sup> UNODC, *Trafficking in Persons: Global Patterns*, 2006, p. 17. Disponible <http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/HT-globalpatterns-en.pdf>; También pone de manifiesto el incremento del número de mujeres involucradas en la captación, transporte y explotación de las víctimas el EUROPOL, *OCTA 2011. EU Organised Crime Threat Assessment*, p. 26. Disponible en [https://www.europol.europa.eu/latest\\_publications/31](https://www.europol.europa.eu/latest_publications/31)

EUROPOL, que las organizaciones criminales no son ajenas al mercado ilícito en el que se desarrolla la trata de seres humanos<sup>62</sup>. Los Informes anuales de EUROPOL<sup>63</sup> se refieren a los rasgos característicos de estas organizaciones criminales y al *modus operandi* de las mismas. De acuerdo con esta institución, en Europa los grupos de delincuencia organizada más activos dedicados a la trata de seres humanos están integrados por ciudadanos búlgaros, nigerianos y rumanos, seguidos, entre otros, por grupos de otros países como chinos, rusos y turcos<sup>64</sup>. Si bien cada grupo posee unas características propias lo cierto es que todos ellos se caracterizan por su gran flexibilidad y rapidez de reacción a cambios legislativos y políticas públicas, adaptando su actividad no sólo a posibles cambios en la demanda de ciertos servicios sino también a posibles modificaciones o reformas legislativas<sup>65</sup>.

### **3.2.3. Trata transnacional y nacional**

Como consecuencia de una perspectiva de la trata de personas como un fenómeno transnacional estrechamente vinculada con el denominado contrabando de personas, la trata de seres humanos suele identificarse como un fenómeno que implica el cruce de fronteras estatales.

No obstante, este imaginario no parece corresponderse con la realidad, al menos a nivel global, de la trata de personas. Las víctimas no siempre son trasladadas de país a país, no necesariamente se cruzan fronteras, ni se realizan largos trayectos. Los datos muestran que la trata, a pesar de la existencia de casos de trata intercontinental que implica el recorrido de larga distancia, se caracteriza por su carácter intrarregional no siendo anecdótico el número de casos en los que la trata de personas es interna<sup>66</sup>. En Europa, el reconocimiento de la libre circulación de personas ayuda a explicar que la mayoría de víctimas identificadas en la Unión Europea sean precisamente ciudadanos de la propia UE (61%), aunque parece que anualmente aumenta el número de víctimas no europeas, principalmente nacionales de Nigeria y China, incrementándose también el número de víctimas identificadas con nacionalidad brasileña, rusa y argelina.

---

<sup>62</sup> Desde esta perspectiva cualitativa y descriptiva también pueden consultarse los Informes sobre criminalidad organizada elaborados por el Consejo de Europa de 1996 a 2005 que otorgan importante información al respecto Vid. COUNCIL OF EUROPE, *Organised crime situation report*. Disponibles en <https://www.coe.int>

<sup>63</sup> Disponibles en [https://www.europol.europa.eu/latest\\_publications/31](https://www.europol.europa.eu/latest_publications/31)

<sup>64</sup> OCTA 2011 y 2009.1

<sup>65</sup> OCTA, 2011, p. 25.

<sup>66</sup> UNDOC, *Global Report on Trafficking in Persons, 2009*, p., Disponible en <http://www.unodc.org/unodc/en/human-trafficking/publications.html#Reports>

### **3.2.4. *Modus operandi***

La conceptualización realizada de la trata de seres humanos en el ámbito nacional e internacional muestra la existencia de múltiples modalidades. Desde la trata forzada, a la abusiva, pasando por la fraudulenta. La trata forzada resultante de la utilización de violencia sobre la víctima es una de las más lesivas y en el imaginario colectivo aquélla a la que irremediabilmente se acude cuando se habla de ella. Aunque de forma general se haga referencia a la captación de las víctimas mediante el uso de violencia y, por tanto, a la modalidad más grave de trata de personas, en términos de atentado a los derechos humanos, lo cierto es que el principal mecanismo de captación de víctimas de trata de personas no es la violencia ni la intimidación sino el engaño.

EUROPOL constata un descenso de la violencia como medio comisivo en el ámbito de la trata de seres humanos. El ofrecimiento de ofertas laborales falsas o la ocultación de las condiciones laborales en las que se va a desarrollar la actividad laboral, a los que se añaden un creciente uso de internet, son los elementos clave durante la fase de captación. Tan sólo algunos grupos criminales, especialmente violentos como rumanos y albaneses, mantienen inalterado el uso de la fuerza y la violencia como medio de captación y constante sometimiento de las víctimas.

Además, aunque las noticias diarias nos recuerdan los peligrosos medios de transporte utilizados para el traslado de personas, lo cierto es que el medio de transporte preferido por los tratantes es el transporte aéreo, haciendo uso en ocasiones de documentos fraudulentos<sup>67</sup>. También es habitual el uso fraudulento y el aprovechamiento de ciertas inconsistencias y lagunas en el sistema de asilo o en las legislaciones de extranjería para llevar a término la migración en condiciones de legalidad pero de forma fraudulenta, así como el aprovechamiento de la libre circulación de personas para convertir en víctimas de trata a ciudadanos europeos, principalmente, a mujeres rumanas con fines de explotación sexual. No puede extrañarnos el incremento de la trata intraeuropea<sup>68</sup>.

### **3.3.La trata de personas en España**

El Informe sobre Modelos Mundiales de la Trata de Personas realizado por la UNODC en 2006, distingue 127 países de origen de las personas víctimas de trata, 98 de tránsito y 137 de destino<sup>69</sup>, siendo identificada España a nivel mundial como un país

---

<sup>67</sup> Vid. EUROPOL, *OCTA 2011*, p. 25

<sup>68</sup> OCTA, 2013, p. 24.

<sup>69</sup> UNODC, *Trafficking in Persons: Global Patterns*, 2006, p. 17. Disponible <http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/HT-globalpatterns-en.pdf>

de tránsito y destino para hombres, mujeres y niños víctimas de trata de personas con fines de explotación sexual y trabajo forzoso<sup>70</sup>.

Pero en qué medida es España un lugar de tránsito y destino es una cuestión difícil de clarificar. No sólo en el ámbito internacional parece convertirse en un imposible la cuantificación de fenómeno, sino que la situación en el contexto nacional no supone una mejoría. La explotación de fuentes oficiales, policiales, penitenciarias y judiciales de los Estados es, en el contexto nacional, una adecuada forma de aproximarse al fenómeno desde una perspectiva cuantitativa. Sin embargo, en España la información que puede obtenerse de estas fuentes es mínima, parcial y limitada en el tiempo como consecuencia de la ausencia de un sistema periódico de recogida de datos. No es de extrañar, por tanto, que entre los objetivos del Plan de lucha contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual<sup>71</sup> destacase la creación de una base de datos en el CICO sobre trata de seres humanos. A pesar de las declaraciones del Gobierno a favor la aprobación un nuevo Plan integral de lucha contra la trata de seres humanos, tras la pérdida de vigencia del Plan en 2013, éste todavía no se ha aprobado por lo que es de prever que los datos, si bien parciales, que hasta este momento aportaban los informes de seguimiento desaparecerán en los años venideros, tras la finalización del Plan.

Los anuarios estadísticos sobre seguridad ciudadana publicados por el Ministerio del Interior basados en los datos recopilados por los Cuerpos y Fuerzas y Seguridad del Estado carecen, en los últimos años, del detalle necesario para convertirse en una fuente de información relevante para los investigadores que se introducen en el estudio de algún fenómeno delictivo, no sólo de la trata de seres humanos<sup>72</sup>. Estos anuarios se caracterizan por la ausencia de datos detallados sobre criminalidad, recogiendo tipologías generales de delitos, crítica predicable también de los anuarios sobre población reclusa, siendo imposible extraer información concreta y detallada e imposibilitando la comparación con estadísticas de años anteriores y estadísticas de otros Estados, a lo que se une la ausencia de información de ciertas Comunidades Autónomas, tales como Cataluña, País Vasco y Navarra.

---

<sup>70</sup> UNODC, *Trafficking in Persons: Global Patterns*, 2006, p. 17; U.S. DEPARTMENT OF STATE, *Trafficking in persons report 2013*, p. 339. Disponible en <http://www.state.gov/j/tip/index.htm>

<sup>71</sup> Vid. GOBIERNO DE ESPAÑA, *Plan integral de lucha contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual*, 2009, disponible en <http://www.msssi.gob.es> [última visita 20 de marzo de 2014].

<sup>72</sup> Sobre las deficiencias de los anuarios estadísticos de seguridad ciudadana publicados anualmente por el Ministerio del interior puede verse e AEBI, Marcelo F. y LINDE, Antonia, “El misterioso caso de la desaparición de las estadísticas policiales españolas”, *RECPC*, núm. 12-07, 2010, <http://criminnet.ugr.es/recpc/> [última consulta el 20 de marzo de 2014] y SERRANO GÓMEZ, Alfonso, “Dudosa fiabilidad de las estadísticas policiales sobre criminalidad en España”, *Revista de Derecho penal y criminología*, 3ª época, núm. 6, 2011, pp. 425-454. <http://portal.uned.es/> [última consulta el 20 de marzo de 2014]. Las mismas críticas son extensibles a las memorias publicadas por las Policías autonómicas de Cataluña y Navarra. Tanto sólo la Ertzaintza detalla los delitos conocidos por su miembros, permitiendo obtener información sobre el delito de trata de seres humanos. Así, en 2013 ha tenido conocimiento de 2 casos de trata de seres humanos, sin que se hayan producido detenciones por este motivo, mientras que en 2012 fueron 4 las detenciones realizadas.

### ***3.3.1. Trata de personas con fines de explotación sexual***

Ante la insuficiencia de estas fuentes oficiales para el estudio del concreto fenómeno delictivo, la adopción del Plan integral de lucha contra trata de seres humanos con fines de explotación sexual<sup>73</sup> supuso un avance en la recopilación de datos relacionados con la trata de personas. Los informes anuales de seguimiento de este Plan integral van acompañados de un anexo sobre datos en los que se otorga información cuantitativa sobre el número de víctimas de trata identificadas y el perfil de las víctimas y autores.

Sin embargo, los datos recopilados en estos informes deben ser analizados con precaución. Nos encontramos ante información sesgada sobre el fenómeno de trata, al centrarse exclusivamente en el concreto fenómeno de la trata con fines de explotación sexual y sobredimensionada al introducir datos de víctimas de explotación sexual, favoreciendo la confusión entre trata de seres humanos y prostitución coactiva al no especificar si los fenómenos de explotación sexual y trata de personas son Tratados como fenómenos diferentes o dos maneras de explicar una misma realidad. Además, se tratan de datos parciales al centrarse en una categoría judicial y policial de víctima en el que únicamente se cuantifican aquellas identificadas por los organismos policiales, no atendiendo a posibles identificaciones de víctimas realizadas por las entidades que trabajan en la asistencia a las víctimas.

Con estas precauciones, tan sólo en los dos últimos informes, con datos referentes a los años 2011 y 2012, es posible prescindir de los datos concernientes a situaciones de explotación sexual para entrar en los concretos datos sobre el fenómeno de trata de seres humanos con fines de explotación sexual. Así, se indica que fueron identificadas 976 víctimas en el año 2012, de las que 125 eran víctimas de trata con fines de explotación sexual, habiéndose detenido a 195 personas por trata de seres y actuado contra 4 organizaciones y 12 grupos criminales por su vinculación con este fenómeno con fines de explotación sexual.

El informe identifica como víctimas mayoritarias a mujeres entre 18 y 22 años, de nacionalidad rumana, paraguaya y brasileña, en situación irregular, habiéndose identificado a 16 víctimas de trata menores de edad. En contraposición, el perfil de los detenidos por trata son, principalmente, hombres de nacionalidad rumana (46%), española (23%) y nigeriana (10%). Si estas cifras se comparan con las del Informe 2011 se muestra una disminución tanto en el número de víctimas identificadas, que en ese año fueron 234, como en el número de detenidos cuya cifra ascendió en 2011 a 280 personas.

---

<sup>73</sup> Disponibles en <http://www.msssi.gob.es> [última visita 20 de marzo de 2014].

A efectos de la cuantificación del fenómeno de trata en nuestro país la reforma penal de 2010 ayudará a conocer de forma más fiable el número de víctimas de este delito a través de fuentes oficiales. Estos datos se referirán a procesos penales iniciados-finalizados y sentencias condenatorias-absolutorias, generando nuevamente una información parcial, pues el número de procesos judiciales no es representativo del número de casos de trata con fines de explotación al existir una elevada cifra de delitos que no llega al ámbito judicial. En contraposición será posible obtener información de carácter objetivo y fiable de las Memorias anuales que publica la FGE<sup>74</sup>, que desde la reforma de la Ley de extranjería de 2009 y la posterior reforma penal de 2010 se refieren de forma específica al delito de trata de seres humanos, haciendo referencia al número y perfil de las víctimas del delito, así como al perfil de los autores del delito.

Si se comparan los datos disponibles en la Memoria anual de la FGE 2013, con información de las actuaciones realizadas en 2012, con la información del Informe de seguimiento del Plan integral de 2012, existe cierta discrepancia en el número de víctimas identificadas. Frente a las 125 a las que se refiere el Informe, la Memoria cifra las víctimas identificadas en casi 500, de las que 406 lo fueron de trata con fines de explotación sexual mientras que 89 lo fueron de trata con fines de explotación laboral y mendicidad. Sin embargo, el perfil de víctimas y autores es coincidente, al constarse que el mayor número de víctimas de trata son mujeres jóvenes cuyo destino era la explotación sexual, siendo las víctimas de nacionalidad rumana con 103 víctimas identificadas, el mayor grupo de víctimas, aunque existe también una gran representación de víctimas de nacionalidad paraguaya (70 víctimas) y brasileña (62 víctimas), seguidas de nigerianas y españolas (22 y 21 víctimas respectivamente). Desde la perspectiva de los investigados por el delito destacan el gran número de ciudadanos rumanos, 103, detenidos, que normalmente atentan contra sus propias compatriotas, así como de españoles, 114, tratándose principalmente de gerentes, dueños o jefes de locales o clubes de alterne en los que son explotadas las víctimas de trata, seguidos de ciudadanos nigerianos (51) y chinos (48).

En España, estos datos oficiales coinciden sustancialmente con los datos obrantes en informes internacionales y europeos. En primer lugar, la trata de seres humanos no se produce sólo a nivel internacional, sino también regional e incluso nacional. La nacionalidad de las víctimas identificadas en España, principalmente rumana, muestra que estamos ante un fenómeno especialmente intrarregional. La eliminación de las fronteras internas y la libre circulación de personas en el espacio territorial europeo facilita el traslado de ciudadanos europeos entre Estados miembros.

---

<sup>74</sup> En el seno de la Unidad del Fiscal de Sala de extranjería se ha establecido un sistema de comunicación y seguimiento sobre atestados, denuncias, investigaciones y operaciones policiales relativas al delito de trata de seres humanos, analizando aquella información remitida por el Centro de Inteligencia y Análisis de Riesgos de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras y de cualquier actuación de la que tengan conocimiento a través de la UCRIF.



Además, existe un número nada desdeñable de víctimas de nacionalidad española, por lo que la trata interna no parece ser una situación anecdótica. Las rutas de trata suelen coincidir con las rutas de migración. En segundo lugar, las víctimas de trata en España proceden de Europa del Este, América latina, Asia oriental y África subsahariana. Finalmente, la insuficiencia de las fuentes oficiales para otorgar un perfil cuantitativo del fenómeno de la trata de personas, se une a la elevada cifra negra en este tipo de delitos, fomentada por la clandestinidad que acompaña al proceso de trata, así como su estrecha vinculación con otros países distintos a España. Además, en la ulterior fase de explotación la clandestinidad e invisibilidad, sobre todo en lo referente a explotación laboral y extracción de órganos es una realidad, así como la situación de irregularidad administrativa en la que se encuentra un importante número de víctimas a lo que se une la insuficiencia de los medios de protección y asistencia a las víctimas del delito que desincentiva la denuncia<sup>75</sup>. Estos factores dificultan el conocimiento de la magnitud real del fenómeno y el verdadero perfil de las víctimas.

### ***3.3.2. Trata con fines de explotación laboral***

Los datos oficiales existentes no permiten ni siquiera una aproximación a la realidad de la trata humanos con fines de explotación laboral. Por ese motivo debe destacarse especialmente al realización de tres estudios de investigación, en los que el objeto de estudio es la trata con fines de explotación laboral<sup>76</sup>, cuyos resultados son, a pesar de la distinta metodología utilizada en muchos casos coincidentes y cuya conclusión común es que la trata de seres humanos con fines explotación laboral es un problema en España que merece una respuesta adecuada por las autoridades policiales e instituciones estatales. El reducidísimo número de personas identificadas como víctimas de esta tipología de la trata está muy alejado de ser una representación de la realidad del fenómeno en nuestro territorio, simplemente demuestra que el foco central de la actuación institucional y policial gira alrededor de la explotación sexual.

En relación con el *perfil de las víctimas* estos estudios destacan que el mayor número de víctimas de trata con fines de explotación laboral son hombres<sup>77</sup> nacionales

---

<sup>75</sup> Es precisamente la denuncia de las víctimas el origen de la mayoría de actuaciones policiales y judiciales, tal y como pone de manifiesto la FGE en la memoria 2012.

<sup>76</sup> Vid. REQUENA ESPADA, Laura, GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, Andrea y DE JUAN ESPINOSA, Manuel, “La Trata de personas para su explotación laboral: análisis de la situación actual en España”, *Boletín criminológico*, Instituto andaluz interuniversitario de criminología, núm. 114, mayo-junio, 2009; GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, Andrea, SUSAJ, Gentiana y REQUENA ESPADA, Laura, “La dimensión laboral de la trata de personas en España”, *RECPC*, núm. 11-04, 2011, p. 5.[ <http://criminnet.ugr.es>] y ACCEM, *La trata de personas con fines de explotación laboral. Un estudio de aproximación a la realidad en España*, 2006. [<http://www.accem.es>].

<sup>77</sup> ACCEM, *La trata de personas con fines de explotación laboral. Un estudio de aproximación a la realidad en España*, p. 73; REQUENA ESPADA, GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, *Boletín criminológico*, núm. 114, mayo-junio, 2009, p. 4 y GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, SUSAJ y REQUENA ESPADA, *RECPC*, 2011, p. 5.

de algún estado miembro de la UE. Nos encontramos, principalmente, con ciudadanos de nacionalidad rumana, portuguesa, seguidos de búlgaros<sup>78</sup>. En relación con víctimas extranjeras extracomunitarias, existen ciertas divergencias entre ambos estudios que derivan de la metodología utilizada, pues el colectivo de ciudadanos chinos es el más destacado en este tipo de trata si atendemos a métodos cualitativos<sup>79</sup>, seguido de ciudadanos marroquíes<sup>80</sup> y trabajadores de América latina<sup>81</sup>.

La explotación laboral se produce, de acuerdo con estos estudios, en ámbitos variados como la agricultura, seguido por la hostelería, la construcción, el servicio doméstico, la venta ambulante<sup>82</sup> y los talleres clandestinos<sup>83</sup>.

En relación con los *autores del delito*, éstos son normalmente hombres que poseen la misma nacionalidad que las víctimas. Respecto al *modus operandi*, la captación se realiza a través del engaño, realizando una serie de promesas dirigidas a la aceptación del traslado a España con la finalidad de desarrollar la actividad laboral, prescindiendo del uso de la fuerza y la violencia para la captación<sup>84</sup>. La fase de traslado o transporte de la víctima desde el país de origen al país de destino y el alojamiento se realiza principalmente vía terrestre, a través de medios de transporte como el autobús o coche cuando son víctimas europeas, así como por vía aérea en casos de trabajadores de América, para lo que se obtienen visados de turistas y se les facilita la denominada “bolsa de viaje” necesaria para cruzar la frontera<sup>85</sup>.

Ambos estudios destacan que detrás de los casos de trata con fines de explotación laboral no suelen existir grandes organizaciones criminales, sino pequeños grupos con una infraestructura sencilla, en la que existen vínculos entre ellos que no se ajustan a los modelos característicos de crimen organizado<sup>86</sup>.

---

<sup>78</sup> ACCEM, *La trata de personas con fines de explotación laboral. Un estudio de aproximación a la realidad en España*, p. 75; REQUENA ESPADA, GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, *Boletín criminológico*, núm. 114, mayo-junio, 2009, p. 2.

<sup>79</sup> ACCEM, *La trata de personas con fines de explotación laboral. Un estudio de aproximación a la realidad en España*, p. 75.

<sup>80</sup> ACCEM, *La trata de personas con fines de explotación laboral. Un estudio de aproximación a la realidad en España*, p. 76.

<sup>81</sup> ACCEM, *La trata de personas con fines de explotación laboral. Un estudio de aproximación a la realidad en España*, p.75; REQUENA ESPADA, GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, *Boletín criminológico*, núm. 114, mayo-junio, 2009, p.2.

<sup>82</sup> ACCEM, *La trata de personas con fines de explotación laboral. Un estudio de aproximación a la realidad en España*, p. 96 y ss. REQUENA ESPADA, Laura, GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, *Boletín criminológico*, núm. 114, mayo-junio, 2009, p. 3

<sup>83</sup> ACCEM, *La trata de personas con fines de explotación laboral. Un estudio de aproximación a la realidad en España*, p.113.

<sup>84</sup> ACCEM, *La trata de personas con fines de explotación laboral. Un estudio de aproximación a la realidad en España*, p.80; REQUENA ESPADA, GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, *Boletín criminológico*, núm. 114, mayo-junio, 2009, p. 3.

<sup>85</sup> ACCEM, *La trata de personas con fines de explotación laboral. Un estudio de aproximación a la realidad en España*, p.83.

<sup>86</sup> ACCEM, p. 80; REQUENA ESPADA, GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, *Boletín criminológico*, núm. 114, mayo-junio, 2009, p. 4.



## CAPÍTULO II

### NORMATIVA INTERNACIONAL Y EUROPEA

#### 1. Introducción

En un contexto como el descrito no es de extrañar que la trata de seres humanos se haya convertido en una de las prioridades en la agenda política de las instituciones europeas e internacionales, así como de los Estados.

Antes de entrar en el análisis del art. 177 bis del Código Penal, cuya introducción en nuestro ordenamiento jurídico penal responde principalmente a la necesidad de adecuar el ordenamiento español a los Convenios ratificados por España y a las disposiciones legislativas adoptadas en el seno de la UE, es necesario delimitar el concepto de ciertos fenómenos como son: la inmigración irregular, el tráfico ilegal de personas y la trata de personas. Ambos son fenómenos conexos que en la práctica se encuentran estrechamente relacionados<sup>87</sup> que con frecuencia han sido utilizados indistintamente por la doctrina<sup>88</sup> y por el propio Legislador<sup>89</sup>, pero que en el plano conceptual y teórico deben ser diferenciados, ya que los elementos que los caracterizan son diferentes y sobre todo porque la afectación a los derechos humanos es de distinta intensidad y naturaleza.

La identificación y análisis de la normativa internacional y comunitaria adoptada en la última década sobre la materia objeto de estudio de esta tesis ayudará a clarificar los conceptos de trata de seres humanos y tráfico de personas, ya que parece existir en la actualidad un consenso sobre los mismos. Esta clarificación es fundamental para el posterior estudio y análisis del art. 177 bis CP encargado de transponer las disposiciones que en materia de trata de seres humanos se han adoptado en el seno de las instituciones europeas, sin olvidar el importante papel desarrollado, en un primer momento, por el art. 318 bis CP. Asimismo estos instrumentos

---

<sup>87</sup> En ocasiones lo que comienza como un cruce de fronteras en situación irregular se convierte en un supuesto de explotación laboral o sexual de la persona, transformándose el tráfico ilícito en trata de personas.

<sup>88</sup> Como bien expresa PÉREZ ALONSO, *Tráfico de personas e inmigración clandestina (Un estudio sociológico, internacional y jurídico penal)*, op.cit., p. 102, el término “tráfico ilegal” puede ser utilizado de forma genérica para englobar en él, los diferentes movimientos migratorios actuales, incluyéndose en él dos realidades distintas, como son la inmigración clandestina o contrabando de personas (tráfico ilegal o ilícito en sentido estricto) y la trata de seres humanos.

<sup>89</sup> El término tráfico ilegal es utilizado por el Legislador penal en diferentes preceptos del Código Penal otorgándole un significado diverso. Ha sido en la reforma de 2010 CP cuando se ha hecho uso por primera vez del término trata de personas, siendo la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la LODYLE, la que con la introducción del nuevo art. 59 bis, la primera norma que introdujo por primera vez el término trata de seres humanos en nuestro ordenamiento jurídico.

internacionales y el análisis de la regulación en ellos contenida permiten mostrar los estándares mínimos que deben alcanzarse para la consecución de una política integral de lucha contra la trata de seres humanos y a su vez, dar contenido a la tipificación no siempre clara y precisa que ha realizado el Legislador penal.

La preocupación por el control de los flujos migratorios y el intento de lograr una migración ordenada, así como la preocupación por la criminalidad transnacional con la que se asocia tuvo su plasmación legal en el contexto nacional. La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derecho y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, LODYLE) establece el marco legal general que regula la entrada, tránsito y permanencia en España de los ciudadanos extranjeros, así como las infracciones y sanciones que de su incumplimiento se derivan. No obstante, en el Código Penal también encontramos preceptos referidos a la actividad migratoria, tanto desde la perspectiva del inmigrante como autor del delito, como desde la de víctima del mismo. En este sentido, son varias las disposiciones penales que se configuran para la protección de los ciudadanos extranjeros, aunque los preceptos más importantes por contener delitos relacionados directamente con la entrada y permanencia de extranjeros en España, son los arts. 318 bis y 177 bis CP que tipifican, respectivamente, la promoción y favorecimiento del tráfico ilegal o la inmigración clandestina desde, en tránsito o con destino a España (o a otro país de la UE) y la trata de seres humanos. Así también, los arts. 312.2 *in fine* y 188 CP, tipifican como delito la explotación laboral de extranjeros y la determinación o mantenimiento coactivo al ejercicio de la prostitución.

## **2. Instrumentos Internacionales**

La preocupación de la Comunidad internacional por las migraciones internacionales y los fenómenos conexos con ellas se ha plasmado en la adopción de múltiples instrumentos internacionales en el seno de organizaciones internacionales, de carácter universal y regional.

A pesar del importante número de Tratados, declaraciones y recomendaciones existentes sobre la temática, deben destacarse como instrumentos internacionales de referencia en materia de lucha contra la trata de seres humanos y el tráfico ilícito de personas, dos de los protocolos que complementan la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional Organizada<sup>90</sup> (Convenio de Palermo), específicamente el *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas*

---

<sup>90</sup> Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional Organizada aprobada por la resolución de la Asamblea general de 15 de noviembre de 2000 (Instrumento de ratificación publicado en el BOE núm. 233, de 23 de septiembre de 2003).

especialmente mujeres y niñas<sup>91</sup> y el *Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire*<sup>92</sup>, que se han convertido en la base de las disposiciones adoptadas con posterioridad en el seno de otras organizaciones internacionales.

La Comunidad internacional intenta mediante la adopción de esta Convención y de sus Protocolos frenar la actuación de los grupos criminales que aprovechan los avances de las tecnologías, las comunicaciones y en general, la globalización, para la realización de sus actividades delictivas. En la Convención de Palermo se criminalizan determinadas conductas delictivas, cuando posean naturaleza transnacional o internacional e intervengan en ellas un grupo criminal organizado, llevando a cabo definiciones claras de lo que debe entenderse por delito transnacional<sup>93</sup> y por grupo delictivo organizado<sup>94</sup>, definiciones que deberán ser tenidas en cuenta al referirnos a la trata de seres humanos y al tráfico de personas, dado la estrecha vinculación existente entre la Convención de Palermo y los Protocolos que la complementan.

Los Protocolos plasman en una definición, el consenso alcanzado en lo que a la caracterización del fenómeno consistente en la trata de seres humanos (*trafficking in human beings*) y tráfico o contrabando de migrantes (*Smuggling of migrants*) se refiere y obliga a los Estados que han ratificado la Convención y los Protocolos a aprobar las leyes nacionales que sean necesarias para poner en práctica sus disposiciones. Estas leyes nacionales deben, en todo caso y como mínimo<sup>95</sup>, tipificar como delito las conductas descritas, si bien la finalidad de la Convención y los Protocolos no es únicamente prevenir y combatir la trata de personas y el tráfico ilícito, sino también promover la cooperación entre los Estados Parte con ese fin, protegiendo a su vez, aunque indirectamente, los derechos de las personas que han sido objeto de estas conductas delictivas.

---

<sup>91</sup> Protocolo de las Naciones Unidas para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños, de 15 de noviembre de 2000, que complementa el Convenio contra la delincuencia organizada transnacional (Publicado en el BOE núm.296, de 11 de diciembre de 2003).

<sup>92</sup> Protocolo de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, de 15 de noviembre de 2000, que complementa el Convenio contra la delincuencia transnacional organizada (Publicado en el BOE núm. 295 de 10 de diciembre de 2003).

<sup>93</sup> De acuerdo con la Convención (art. 3.2) nos encontramos ante un delito transnacional cuando se comete en más de un Estado, pero también cuando tiene lugar en un solo ámbito nacional pero su preparación, planificación, dirección y control se realiza en otro, o bien cuando se realiza en un sólo Estado, pero en él interviene un grupo delictivo organizado que lleva a cabo actividades criminales en varios Estados, o incluso cuando se comete en un único Estado pero tiene efectos sustanciales en otro.

<sup>94</sup> El grupo delictivo organizado es definido en el art. 2.a) de la Convención como un grupo estructurado de tres o más personas, que o bien exista con carácter previo a la comisión del delito o bien se mantenga con posterioridad a la comisión del mismo, que actúe concertadamente con el objeto de cometer algún o algunos delitos graves tipificados en la Convención y con el propósito de obtener un beneficio o cualquier otro beneficio de orden material.

<sup>95</sup> Los Protocolos se caracterizan por su enfoque global estableciendo no sólo disposiciones de carácter penal, sino también de naturaleza preventiva y de protección o asistencia a las víctimas. No obstante, los preceptos referidos a la protección y asistencia de las víctimas pierden fuerza al utilizarse expresiones como “*los Estados procurarán...*” o “*Los Estados considerarán la posibilidad de adoptar medidas...*”, debilitando el carácter obligacional de estas disposiciones.

No ha sido Naciones Unidas la única organización internacional que se ha preocupado de la lucha contra la trata de seres humanos y el tráfico de personas y de sus indeseables consecuencias, otras organizaciones internacionales<sup>96</sup> han adoptado disposiciones para luchar contra estos fenómenos migratorios. Así, la Organización Internacional para las Migraciones<sup>97</sup>, la Organización Internacional del Trabajo<sup>98</sup> o la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE)<sup>99</sup>, han desarrollado importantes políticas y actividades para la lucha contra estos fenómenos delictivos.

Merece una mención especial el Convenio núm. 197 del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos<sup>100</sup>, pues se ha convertido en el tratado internacional más completo en materia de trata de personas. No sólo se refieren sus disposiciones a la persecución y sanción del delito, sino que de forma detallada presta especial interés a la prevención, a la cooperación entre los diversos actores involucrados en la lucha contra la trata, así como a la asistencia y protección de las víctimas, bajo un enfoque basado en los derechos humanos. Por consiguiente, otorga un tratamiento integral y global del fenómeno e implica un claro aumento de los estándares mínimos exigidos a los Estados parte en esta materia.

La pluralidad de instrumentos internacionales muestra los diferentes enfoques adoptados para la aproximación a estos fenómenos fuertemente relacionados con la delincuencia transnacional. El tratamiento puede ser global o específico, centrándose en alguno de los elementos característicos de la trata de seres humanos, como la explotación sexual o laboral. Por un lado, puede focalizarse en los derechos de las víctimas o, por el contrario, en la represión penal de la conducta.

Pero no han sido únicamente organizaciones internacionales, como la ONU o el Consejo de Europa, las que han intentado frenar la trata de personas y las

---

<sup>96</sup> Sobre la actividad de las organizaciones internacionales en materia de inmigración Vid. MOYA, DAVID (coord.), “Actualidad institucional, bibliografía y documentación en el ámbito de la inmigración (julio 2008-junio 2009)”, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, (22), noviembre de 2009, pp. 11-62. También, GUARDIOLA LAGO, *El tráfico de personas en el derecho penal español*, op.cit. , p. 43.

<sup>97</sup> El tráfico de personas y la inmigración ilegal es un tema de estudio de tradicional interés para la OIM como lo demuestran trabajos como *Addressing the irregular employment of immigrants in the European Union: between sanctions and rights (2007)*, *the IOM handbook on direct assistance to victims of human trafficking (2007)*.

<sup>98</sup> La OIT ha elaborado un documento *Action against trafficking in human beings, 2008* en la que desde una perspectiva laboral, se redefinen las áreas prioritarias de intervención a partir de la identificación de las causas del fenómeno, como son la pobreza, la falta de empleo y la ausencia de programas eficientes de contratación de trabajadores inmigrantes. Disponible en [www.ilo.org](http://www.ilo.org)

<sup>99</sup> La trata de personas es una de las áreas emergentes a las que la OSCE presta atención, siendo muchos los estudios realizados sobre el tema, sirva de muestra *Building the capacity of Roma Communities to Prevent Trafficking in Human Beings (Junio 2007)*; *Human trafficking for labour exploitation forced and bonded labour: Identification, prevention, prosecution; and prosecution of offenders justice form victims* (mayo 2008).

<sup>100</sup> El Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005 fue publicado en el BOE núm. 219, de 10 de septiembre de 2009.

migraciones irregulares, que se han convertido para las mafias en auténticos negocios de los que obtienen suculentos beneficios, vulnerando sistemáticamente los derechos más fundamentales de las personas, así como los intereses de los Estados. La UE se ha preocupado desde hace años por la trata de seres humanos y por la inmigración irregular y ha adoptado diferentes instrumentos comunitarios para la lucha contra estos fenómenos delictivos, regulando de forma separada estas conductas e intentando clarificar los conceptos<sup>101</sup>.

### **2.1.1. Trata de seres humanos**

#### **A) Naciones Unidas**

El *Protocolo de la ONU para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños* se ha convertido en el punto de referencia para otros instrumentos de carácter regional<sup>102</sup> en materia de trata de personas al ser el primer instrumento universal destinado a prevenir y reprimir la trata, así como a sancionar a los tratantes y a proteger a las víctimas del delito. Una lucha eficaz contra esta conducta delictiva exigía un enfoque amplio e internacional de la misma, que abarcase todos sus aspectos.

El art. 3 del Protocolo define la trata de personas como *la captación, 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, a rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pago o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otras, con fines de explotación. La 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, matizándose a continuación que el consentimiento de la víctima carecerá de efecto.*

---

<sup>101</sup> Sobre la lucha contra la trata de seres humanos a nivel internacional y comunitario puede verse, entre otros, GARCÍA VÁZQUEZ, Sonia y FERNÁNDEZ OLLALA, Patricia, *La trata de seres humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012; ORTEGA GÓMEZ, Marta, “La trata de seres humanos en el derecho de la Unión Europea”, en BADÍA MARTÍ, Ana, PIGRAU I SOLÉ, Antoni y OLESTI RAYO, Andreu (coord.), *Derecho internacional y comunitario ante los retos de nuestro tiempo. Homenaje a la profesora Victoria Abellán Honrubia*, vol. 2, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2009, pp. 1195-1216.

<sup>102</sup> Son ejemplos de lo dicho, la Decisión Marco 2002/629/JAI, de 19 de julio de 2002, sobre la lucha contra la trata de seres humanos, que se refiere expresamente al Protocolo de la ONU en su Considerando núm. 4. También el Preámbulo del Convenio del Consejo de Europa sobre trata de personas menciona el Protocolo de Naciones Unidas.



Con la ratificación del Protocolo, los Estados Parte se obligan a adoptar las medidas legislativas necesarias para tipificar como delito estas conductas cuando se realizan intencionalmente, debiéndose incriminar también la tentativa, la complicidad y la organización o dirección de otras personas para la comisión del delito. Como consecuencia de la descripción que se realiza de la conducta típica y de la necesaria concurrencia de los tres elementos que caracterizan la trata de seres humanos, difícilmente pueden imaginarse conductas subsumibles en el tipo que no sean intencionadas y dolosas.

La definición contenida en este Protocolo nos permite comprender ante qué nos encontramos cuando nos referimos a la trata de seres humanos, así como la gravedad de la conducta. Esta conceptualización de la trata de personas no surge de la nada, sino que es fruto de la evolución de instrumentos internacionales cuyo objeto era un fenómeno tan antiguo como la esclavitud<sup>103</sup>. Los antecedentes legislativos de este Protocolo se identifican con una serie de Tratados internacionales que comenzaron a adoptarse a principios en el siglo XX con el objetivo de abolir y prohibir la esclavitud, la trata de esclavos y la trata de blancas. Estos Tratados, en cuanto antecedentes normativos de la regulación actual, muestran la gravedad de la conducta delictiva<sup>104</sup> permiten enmarcar mejor la regulación actual sobre la trata de seres humanos, al facilitar la delimitación de ciertos términos que aparecen como elementos esenciales en la definición de trata de personas.

Se identifican en la definición de trata de personas, recogida en el Protocolo tres elementos que caracterizan el fenómeno de trata de personas y que, por tanto, deberían estar presentes en la tipificación del delito en el ordenamiento interno de los Estados parte. En primer lugar, la conducta consistente en *la captación, transporte, traslado, acogida y recepción de personas*. En segundo lugar, la presencia de ciertos medios comisivos cuya concurrencia implica la ausencia o ineficacia del consentimiento otorgado por la víctima de trata de personas. En tercer y último lugar, la finalidad de explotación.

Respecto al primero de los elementos debe decirse que la conducta se describe como la *captación, transporte, traslado, acogida y recepción de personas*, realizando así una exhaustiva descripción, que abarca e incrimina todas y cada de las fases que se

---

<sup>103</sup> GARCÍA ARÁN califica la trata de personas como una nueva forma de esclavitud, realizando una comparación con la vieja esclavitud y mostrando los paralelismos entre ambas, poniendo de manifiesto que la esclavitud es una actividad que bajo formas distintas aún subsiste en la actualidad tanto en países subdesarrollados como en los denominados del Primer Mundo. Vid. GARCÍA ARÁN, Mercedes, “Introducción”, en GARCÍA ARÁN, Mercedes (coord.), *Trata de personas y explotación sexual*, Ed. Comares, Granada, 2006, pp. 5-11; GUARDIOLA LAGO, *El tráfico de personas en el derecho penal español*, op.cit., p.53.

<sup>104</sup> Teniendo en cuenta la vinculación entre trata de personas y esclavitud, es comprensible que la trata de personas sea mencionada de forma expresa en el Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional como crimen de lesa humanidad.

encuentran presentes en el proceso migratorio. Bien la captación en el país de origen, bien el traslado o bien la recepción en el país de destino. Como avance a cuestiones que se tratarán con posterioridad, debe decirse que una descripción tan amplia de la conducta debería ser delimitada en el derecho nacional, para evitar que a efectos penales conductas que podrían identificarse como actos preparatorios o tentativa reciban el tratamiento propio del delito consumado. De otra forma, se produciría un injustificado adelantamiento de las barreras de protección del bien jurídico, por otro lado, tan característico del Derecho penal de la globalización.

Debe destacarse que el delito de trata no exige, de acuerdo con la definición facilitada, el cruce de fronteras, por lo que también debería punirse la denominada trata interna que no implica movimiento transfronterizo. Sin embargo, esta conclusión no es pacífica, pues hay que tener en cuenta el ámbito de aplicación del Protocolo y su vinculación con la Convención contra el Crimen organizado<sup>105</sup> puede llevar a ciertas interpretaciones restrictivas del ámbito aplicación.

El art. 4 del Protocolo determina como ámbito de aplicación del mismo “*la prevención, investigación y penalización de los delitos tipificados en los mismos, cuando estos tengan carácter transnacional y supongan la participación de un grupo delictivo organizado*”<sup>106</sup>. De acuerdo con esta previsión, parece restringirse el ámbito de aplicación del Protocolo, al verse condicionado a la necesidad de que se trate de un delito transnacional en el que participe un grupo delictivo organizado, dejando fuera la denominada trata interna y aquellos supuestos en los que la conducta delictiva es realizada a título individual al margen de un grupo criminal.

Para superar esta interpretación restrictiva y con ello evitar efectos no deseados respecto a la protección y asistencia de las víctimas, así como lagunas de punibilidad, se han utilizado diferentes argumentaciones. Por un lado, cierto sector de la doctrina, ha optado por centrarse en la amplia definición que la Convención hace de delito transnacional para incluir la trata interna dentro del ámbito de aplicación del Protocolo, no solucionando con ello las limitaciones derivadas de la necesaria participación de un grupo delictivo organizado. Otro sector doctrinal<sup>107</sup> acude a lo dispuesto en el art. 6.4 del Protocolo que se refiere a la posibilidad de que cada Estado parte tipifique como constitutivas de delito, las conductas realizadas por sujetos individuales, ampliando con ello el ámbito de aplicación del Protocolo<sup>108</sup>. Por otro lado, puede acudir a lo dispuesto en el art. 1.3 del Protocolo en relación con el art.

---

<sup>105</sup> El art. 1 del Protocolo establece la complementariedad del Protocolo respecto a la Convención, así como la aplicación de las disposiciones de la Convención al Protocolo salvo que se establezca lo contrario.

<sup>106</sup> Vid. Nota a pie núm. 94.

<sup>107</sup> En este sentido, vid. GARCÍA ARÁN, “Introducción”, en op.cit., p. 45.

<sup>108</sup> El art. 6.4 se refiere a que *nada de lo dispuesto en el presente Protocolo impedirá que un Estado Parte adopte medidas contra toda persona cuya conducta constituya delito con arreglo a su derecho interno.*

34.2 de la Convención contra la delincuencia organizada<sup>109</sup>, que permite defender la existencia de una obligación de los Estados Parte de tipificar los delitos descritos en el Protocolo contra la trata de seres humanos con independencia de su carácter transnacional o la participación de un grupo organizado<sup>110</sup>.

El segundo de los elementos característicos de la trata es la presencia de una serie de medios comisivos como son, *la amenaza, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder, la situación de vulnerabilidad o la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona*. Estos medios comisivos se caracterizan porque su presencia disminuye o anula la voluntad de la víctima, lo que explica que el propio Protocolo especifique que cuando se pruebe el uso de alguno de estos medios comisivos, en el caso de personas mayores de edad, el consentimiento otorgado carecerá de relevancia. Mientras que si se trata de una víctima menor de edad el consentimiento será nulo aunque no se constate la utilización de alguno de estos medios comisivos. En la trata de seres humanos la conducta que llevan a término los tratantes se realiza, por tanto, en contra o sin la voluntad de la persona que se ve afectada.

La exigencia de una finalidad de explotación se configura como un elemento clave para comprender la trata de personas. La finalidad de explotación se entiende de forma general, puesto que no se vincula únicamente con la explotación de la prostitución ajena, tendencia seguida hasta el momento en otros instrumentos internacionales<sup>111</sup>. Ante la existencia de diferentes regulaciones en materia de prostitución en los Estados y con la voluntad de posibilitar el mayor número de ratificaciones posibles del Protocolo, no se juzga la legalidad o ilegalidad de la prostitución sino que se hace referencia a la explotación sexual de forma general y a la explotación de la prostitución ajena, dejando que sean los propios Estados a través de su derecho interno los que determinen qué debe entenderse por explotación sexual<sup>112</sup>,

---

<sup>109</sup> Según este artículo los delitos contemplados en el Protocolo deben considerarse como delitos tipificados de conformidad con la Convención, por lo que a ellos se les aplicarán las disposiciones básicas e imperativas de dicha Convención. En lo que aquí nos interesa el art. 34.2 obliga a los Estados parte a tipificar en su derecho interno los delitos previstos en la Convención independientemente del carácter transnacional o la participación de un grupo delictivo organizado.

<sup>110</sup> Ésta es la argumentación que se encuentra presente en la introducción del *Manual para la lucha contra la trata de personas*. Programa Mundial contra la trata de personas, publicado por Naciones Unidas en 2007, p. Xii.

<sup>111</sup> El tratado de referencia anterior a la adopción de este Protocolo era el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena de 1949, que se ocupaba de la trata con fines de prostitución, por lo que ambas cuestiones (trata y prostitución) se consideraban íntimamente relacionadas. Con el Protocolo se supera esta vinculación, ya que la definición de trata de personas que contiene, prevé como finalidad la explotación sexual en general, no limitada a la prostitución, y, además, a otros tipos de explotación, principalmente la laboral. Debe tenerse en cuenta que la lista de supuestos de explotación mencionados expresamente en la definición no es exhaustiva, por lo que es posible que otros comportamientos, no previstos en la definición aunque valorativamente equivalentes, sean calificados como explotación.

<sup>112</sup> Al no existir una definición internacional de explotación sexual dependerá de cada Estado, las conductas que se incluyen dentro de este término.

decidiendo de acuerdo con su ordenamiento si se incluye en este concepto únicamente el ejercicio coactivo de la prostitución o también se incluye el ejercicio voluntario.

Como se ha visto la trata de seres humanos puede tener otras finalidades además de la explotación sexual, haciéndose expresa mención en el Protocolo, a formas graves de explotación laboral (trabajo o servicios forzosos, esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud y a la servidumbre) y a la extracción de órganos. No nos encontramos ante una lista exhaustiva sino de mínimos, por lo que es posible encontrarnos con actividades diferentes a las expresamente mencionadas que puedan ser calificadas de explotación a efectos de trata de personas<sup>113</sup>. Para que esto sea así, será necesario que entre la conducta de explotación no prevista expresamente en el Protocolo y las mencionadas como ejemplos de explotación exista cierta identidad, lo que obliga a tener en cuenta las definiciones, características y elementos esenciales que en el ámbito internacional<sup>114</sup> y en el nacional, se mantienen de los mismos.

Con menor incidencia se hace referencia a la protección de las víctimas, especialmente a la protección de la privacidad e intimidad mediante la confidencialidad de las actuaciones, así como al derecho de la víctima a la información y asistencia procesal, médica, psicológica y social. Además, se combinan medidas preventivas con normas para fomentar la cooperación estatal en la prevención del fenómeno.

Este Protocolo debe valorarse positivamente al constituirse como el instrumento central de las disposiciones internacionales adoptadas con posterioridad, aunque el escaso interés mostrado en la prevención, protección y asistencia a las

---

<sup>113</sup> Algunos autores consideran que cuando la conducta descrita se realice con finalidad de realizar una adopción ilegal, nos encontramos ante un supuesto de trata de personas aunque esta finalidad no se encuentre expresamente prevista como explotación en el Protocolo. Los trabajos preparatorios del Protocolo especifican que cuando la adopción equivalga a una práctica análoga a la esclavitud entraría dentro del ámbito del Protocolo aunque no se encuentre expresamente prevista. (Cfr. *Notas interpretativas para los documentos oficiales (Travaux préparatoires) de la negociación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos, A 55/383/Add.1*).

<sup>114</sup> La existencia de importantes Convenios internacionales nos ayuda a dar contenido a algunos de los términos presentes en la definición. En cuanto al trabajo forzoso destacan el Convenio de la OIT núm. 29 relativo al trabajo forzoso u obligatorio, de 28 de junio de 1930, el Convenio de la OIT núm. 105 sobre la abolición del trabajo forzoso, de 25 de junio de 1957 y el Convenio núm. 182 sobre las peores formas de trabajo infantil, de 17 de junio de 1999. En referencia a la esclavitud y prácticas análogas deben tenerse en cuenta la Convención sobre la esclavitud, de 25 de septiembre de 1926 y su Protocolo de modificación, en la que se define la esclavitud y la trata de esclavos. Así como la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, de 7 de septiembre de 1956. Así, la ONU mantiene que el trabajo forzado constituye una forma contemporánea de esclavitud. En este sentido, Vid, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Resolución de la subcomisión de Prevención de discriminaciones y protección de minoría 1995/16 "Informe del Grupo de trabajo sobre las formas contemporáneas a la Esclavitud"; Vid. También resoluciones de la misma subcomisión números 1996/12, 1997/22; Consejo Económico y social de las Naciones Unidas; Formas contemporáneas de la esclavitud" (E/CN.4/sub.2/2000/23).

víctimas del delito, unido a la ausencia de mecanismos eficaces de seguimiento limitan su papel y relevancia.

## **B) Consejo de Europa**

El Consejo de Europa tiene como finalidad primordial la salvaguardia y protección de los derechos humanos y de la dignidad de las personas. De conformidad con este mandato la trata de seres humanos ha sido un ámbito prioritario en el que ha centrado su atención y actuación, al constituir un atentado directo y grave a los derechos fundamentales de las personas.

Desde la década de los 80 es posible encontrar recomendaciones y otros documentos aprobados por el Consejo de Europa sobre la trata de personas o sobre algunas prácticas fuertemente relacionadas con ella<sup>115</sup>. Sin embargo, no fue hasta el año 2005 cuando se aprobó el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos<sup>116</sup>. Este Convenio tiene como objeto, tal y como se establece en el primero de sus artículos, prevenir y combatir la trata de seres humanos, proteger los derechos de las víctimas de trata, creando un marco completo de protección y asistencia a las víctimas y a los testigos, así como fomentar la cooperación internacional en el campo de la lucha contra la trata de seres humanos. La ambiciosa finalidad de otorgar un tratamiento completo a la trata de seres humanos le ha servido para ser calificado como el convenio más moderno en la lucha contra la trata de seres humanos<sup>117</sup>.

El Convenio del Consejo de Europa identifica la trata de seres humanos con *el reclutamiento, transporte, transferencia, alojamiento o recepción de personas, recurriendo a 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*. La explotación comprenderá, como mínimo, la explotación de la prostitución de otras personas u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extirpación de órganos. La trata

---

<sup>115</sup> Recomendación 1065 (1987), de la Asamblea, relativa a la trata de niños y otras formas de explotación infantil.; Recomendación R (91) 11, del Comité de Ministros, sobre explotación sexual, pornografía, prostitución y trata de niños y jóvenes; Recomendación 1211 (1993) sobre la emigración clandestina: traficantes y empleadores de emigrantes clandestinos; Recomendación 1325 (1997) relativa a la trata de mujeres y la prostitución forzada en los Estados Miembros del Consejo de Europa.

<sup>116</sup> Adoptado en Varsovia, el 3 de mayo de 2005. Firmado por España el 9 de julio de 2008. Su instrumento de ratificación publicado en el BOE núm. 219, de 10 de septiembre de 2009.

<sup>117</sup> Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de trata de seres humanos: Una incriminación dictada desde el derecho internacional*, op.cit., p. 832.

de personas, tal y como ha sido definida, debe ser tipificada como delito en el derecho interno cuando se cometa intencionalmente<sup>118</sup>.

Utilizando términos distintos pero equivalentes, en esta definición se encuentran presentes los elementos característicos de la trata (conducta, medios comisivos y finalidad de explotación) identificados por Naciones Unidas en el Protocolo contra la Trata. Una particularidad importante que recoge este Convenio es que de forma expresa se establece su aplicación a todas las formas de trata de seres humanos, ya sea nacional o transnacional, relacionada o no con la delincuencia organizada. Con esta declaración expresa, se pone fin a las dudas surgidas, en referencia a este aspecto, en los instrumentos internacionales, derivadas de la vinculación con la Convención contra la delincuencia organizada.

Junto a la trata de personas, el Convenio prevé otra serie de conductas que deben ser también tipificadas como delito en los diferentes Estados parte, que coinciden con las previstas en el Protocolo de Palermo<sup>119</sup>, entre ellas la retención, sustracción o destrucción de un documento de viaje o de identidad de otra persona.

La principal novedad en cuanto a la incriminación de conductas es la obligación de tipificar como delito, una conducta, que no había sido introducida hasta el momento en ninguno de los instrumentos anteriores, como es la utilización, con conocimiento de que la persona en cuestión es víctima de la trata de personas, de los servicios que son objeto de la explotación. Vista la formulación que en el Convenio se hace de esta conducta puede intuirse su alcance. Con esta tipificación lo que se pretende es sancionar penalmente a los clientes, empresarios y a todas aquellas personas que siendo conocedoras de que la víctima ha sido objeto de trata de personas hagan uso de los servicios que ofrece<sup>120</sup>. Se considera que con la sanción penal de estas conductas se desincentivaría la demanda de personas para su explotación, demanda, que es una de las causas de la existencia y aumento del fenómeno<sup>121</sup>.

La relevancia de este Convenio no radica en las definiciones que en él se contienen ni en el mandato a los Estados para tipificar y sancionar las conductas

---

<sup>118</sup> Cfr. art. 18 del Convenio.

<sup>119</sup> Además de establecer la obligación de tipificar y sancionar la tentativa y la complicidad, así como prever una serie de circunstancias agravantes, como son aquellas que hacen referencia a la puesta en peligro de la vida de la víctima, la participación de una organización delictiva y la minoría de edad de la víctima. También está prevista la agravante basada en el carácter de agente público del sujeto activo del delito, debiendo tipificarse como delito aquella conducta intencional consistente en fabricar un documento de viaje o de identidad fraudulento, procurarlo o aportarlo, así como la de retener, sustraer, alterar, dañar o destruir un documento de viaje o de identidad de otra persona.

<sup>120</sup> Esta finalidad puede verse expresada en el párr. 232 del *Explanatory Report* del Convenio contra la trata de seres humanos.

<sup>121</sup> El párr. 236 del *Explanatory Report*, considera que la disposición del art. 19 debe alentar a las partes a adoptar esta medida pero sin que se considere una obligación legal, dado el valor de la misma y las posibles dificultades de la prueba.

delictivas descritas, porque como se ha visto éstas son muy similares a las ya recogidas en otros instrumentos internacionales. Es el primer Convenio que aborda de forma amplia y completa aspectos de la trata de personas que habían sido relegados a un segundo plano o incluso olvidados totalmente<sup>122</sup>, aspectos como las medidas preventivas, entre las que se incluyen medidas desincentivadoras de la demanda, medidas de control de fronteras y de documentos; medidas de protección de las víctimas, que deben atender a los diversos ámbitos de su vida, desde la protección de su vida privada y su identidad, a la asistencia médica, jurídica y social tendente al restablecimiento físico, psicológico y social<sup>123</sup>. Se prevé, además, la necesidad de establecer un período de reflexión a la víctima para que pueda escapar de la influencia de los tratantes y decidir libremente si cooperará o no con las autoridades, así como la posibilidad de expedir un permiso de residencia a las víctimas por su cooperación con las autoridades o incluso porque su situación personal así lo exija. El Convenio también hace referencia a necesidad de cooperación e información, pero matiza que éstas no deben limitarse únicamente a una cooperación interestatal sino que debe buscarse una cooperación con la sociedad civil y las organizaciones no gubernamentales.

La adopción de todas las disposiciones previstas en este Convenio puede implicar importantes consecuencias para los Estados, pues obliga a la adopción de una política de prevención y lucha contra la trata de seres humanos amplia e integral. Muchas de las reformas realizadas por el Legislador español, principalmente en el Código Penal y la Ley de extranjería son consecuencia de este Convenio, aunque éstas son todavía insuficientes para dar un cumplimiento real y efectivo a las obligaciones, que con la ratificación del Convenio, ha asumido el Estado español.

Un valor añadido de este Convenio la creación del denominado Grupo de Expertos (GRETA) que tiene entre sus funciones evaluar el grado de cumplimiento del Convenio por parte de los Estados. Este grupo de expertos está integrado por un máximo de quince expertos independientes e imparciales, que serán elegidos por su reconocido prestigio y competencia en temas de derechos humanos, asistencia y protección de víctimas y su lucha contra la trata de seres humanos, o bien por su

---

<sup>122</sup> El Convenio cuando se refiere a estos aspectos se limita establecer la necesidad y la obligación de los Estados de adoptar las medidas necesarias, pero sin especificar cuáles debería ser éstas. La novedad la encontramos en que está indeterminación de las medidas podrá ser corregida a través de la actividad desarrollada por el Grupo de expertos sobre la lucha contra la trata de seres humanos, mecanismo de seguimiento cuya creación está prevista en el propio Convenio, que tiene como finalidad velar por la aplicación del mismo.

<sup>123</sup> Junto a la asistencia se establece también la necesidad de adoptar medidas necesarias para la protección de la vida, integridad y seguridad de la víctima, de testigos e incluso de sus familiares si fuese necesario.

experiencia profesional en otros campos que cubre el Convenio, los cuales deben ser independientes e imparciales en el ejercicio de sus funciones<sup>124</sup>.

El GRETA recogerá información, proveniente de los propios Estados parte, a través de un cuestionario detallado que deberá ser remitido por las autoridades estatales. También valorará la información que provenga de organizaciones especializadas de la sociedad civil, así como de otros expertos. A partir de la información obtenida, que puede completarse con visitas al país que es evaluado, el GRETA presentará el informe de evaluación en la que se plasmará la situación del país, las acciones adoptadas para luchar contra la trata, así como sugerencias dirigidas a implementar el Convenio y a solventar los posibles problemas identificados. Las sugerencias propuestas por el GRETA en su informe pueden ser la base de futuras recomendaciones, que pueden ser adoptadas por el Comité de las Partes, dirigidas a los Estados para poner en práctica las conclusiones del GRETA.

En el año 2013, el GRETA realizó su Primer Informe sobre España<sup>125</sup> tras la visita realizada en octubre de 2012, centrándose sus recomendaciones y sugerencias en materia de asistencia y protección de las víctimas. En el Informe sobre España se apremia al Estado a que adopte un enfoque global sobre la trata de personas en el que se tenga en cuenta a todas las víctimas de trata, con independencia de su nacionalidad, sexo, edad y modalidad de trata de la que haya sido objeto. Los perjuicios derivados para las víctimas de trata como consecuencia de la lucha contra la inmigración irregular deben ser eliminados, para ello propone no sólo formación y capacitación de todos aquellos actores que puedan entrar en contacto con víctimas de trata, en diferentes contextos, sino la revisión de las medidas previstas en la legislación de extranjería y en la Ley de Protección de Testigos, entre otras, para garantizar los derechos efectivos de las víctimas de trata de seres humanos.

### ***2.1.2. Tráfico Ilícito de Inmigrantes o Contrabando de personas (Smuggling of migrants)***

Respecto al tráfico ilegal de personas es el *Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire* el que nos ofrece una definición clara de lo que debe entenderse como tal. A diferencia de lo que ocurría con la trata de personas y la explotación, en los que es posible encontrar antecedentes normativos que provienen de finales del Siglo XIX, principios del XX, el fenómeno del tráfico ilícito de personas ha sido tratado por la Comunidad Internacional de forma reciente. Este Protocolo se configura como el punto partida de su regulación, sin perjuicio de la existencia de

---

<sup>124</sup> Más información en [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/docs/monitoring/GRETA\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/docs/monitoring/GRETA_en.asp)

<sup>125</sup> Disponible en <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/docs/News/elcomercio.com.pdf> [última consulta, 1 marzo de 2014].



resoluciones anteriores de la propia ONU<sup>126</sup> y de otras disposiciones<sup>127</sup> que de forma incompleta hacían referencia a este fenómeno, estableciendo unos principios y directrices de actuación.

El Protocolo contra el tráfico ilícito guarda cierta similitud con el analizado en el apartado anterior, sobre trata de personas. Este Protocolo no describe únicamente la conducta que debe entenderse por tráfico ilícito de migrantes, sino que a través de sus disposiciones pretende prevenir y combatir el tráfico de migrantes, así como promover la cooperación entre los Estados Parte con ese fin, protegiendo a su vez los derechos de las personas objeto de dicho tráfico, aunque de forma muy débil.

El Protocolo define, en su art. 3, el tráfico ilícito de migrantes<sup>128</sup> 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*<sup>129</sup>. A su vez, se entiende por entrada ilegal *el paso de fronteras sin haber cumplido los requisitos necesarios para entrar legalmente en el Estado*. Dicha conducta debe ser penalizada por los Estados Parte del Protocolo en su derecho interno.

La legislación de extranjería del Estado receptor será la encargada de establecer los requisitos que todo extranjero debe cumplir para entrar legalmente en el territorio del Estado. Dicha legislación adquiere una especial relevancia puesto que la entrada a la que se hace referencia en esta definición, es aquella que supone el traspaso de fronteras incumpliendo las condiciones de entrada exigidas por la legislación del Estado receptor. Por tanto, existe una clara remisión a la legislación de extranjería nacional para completar la conducta típica.

En la propia descripción de la conducta aparece una nota de transnacionalidad, como es el cruce o traspaso de fronteras internacionales, por lo que la naturaleza del delito es, sin duda, transnacional. En este aspecto no surgen problemas respecto a su ámbito de aplicación<sup>130</sup> puesto que nos encontramos ante un delito con una naturaleza

---

<sup>126</sup> Con anterioridad al año 2000 es posible encontrar resoluciones de la ONU sobre la inmigración clandestina, Vid. Resolución 48/102 de la Asamblea General, de 20 de diciembre de 1993, sobre Prevención del tráfico de indocumentados; Resolución de la Asamblea General 51/62, de 28 de enero de 1997, sobre medidas para luchar contra el tráfico ilícito de indocumentados; Resolución 54/212 de la Asamblea General, de 22 de diciembre de 1999.

<sup>127</sup> Vid. Convención Internacional de la OIT sobre protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, de 18 de diciembre de 1990.

<sup>128</sup> El art. 6.1 a) del Protocolo obliga a la penalización del tráfico ilícito de migrantes.

<sup>129</sup> Debe tipificarse también la tentativa y otras formas de participación en las conductas delictiva descritas, y prever como agravantes la realización de la conducta típica poniendo en peligro de la vida o la seguridad de los migrantes afectados, o cuando con ellas se dé un trato inhumano o degradante, en particular con el propósito de explotación.

<sup>130</sup> Al igual que ocurría en el Protocolo anterior el art. 4 establece como ámbito de aplicación del Protocolo, la prevención, investigación y penalización de los delitos tipificados en el mismo, cuando estos tengan carácter transnacional y supongan la participación de un grupo delictivo organizado.

claramente transnacional. Las dudas surgen respecto a la realización de la conducta a título individual, es decir, sin que concurra la participación de una organización criminal. En este caso, la relación ya explicada en el epígrafe anterior, entre el Protocolo y el 34.2 de la Convención, puede utilizarse para argumentar que no es necesaria la participación de una organización delictiva para que la conducta se incluya dentro del Protocolo. Así, como también es posible acudir al art. 6.4 del Protocolo que se refiere a la posibilidad de que cada Estado parte tipifique como constitutiva de delito la conducta realizada por sujetos individuales<sup>131</sup>, para llegar a esa misma conclusión.

Los Estados se obligan con este Protocolo a tipificar como delito el tráfico ilícito de inmigrantes cuando se realice intencionalmente y con el fin de obtener un beneficio financiero o material, así como otras conductas conexas que se cometan con la finalidad de posibilitar el tráfico ilícito, como son: a) la creación de un documento de viaje o de identidad falso<sup>132</sup> y b) la facilitación, el suministro o la posesión de tal documento<sup>133</sup>. Por otra parte, debe tipificarse también como delito, no sólo el tráfico ilícito de personas, tal y como es definido por el Protocolo, sino también la *habilitación de una persona que no sea nacional o residente permanente para permanecer en el Estado interesado sin haber cumplido los requisitos para permanecer legalmente en ese Estado, recurriendo a los medios anteriormente mencionados o a cualquier otro medio ilegal*.

Son elementos esenciales de esta conducta delictiva la intencionalidad o dolo y el ánimo de lucro, que integrarán la parte subjetiva del tipo. Se exige, por tanto, además del dolo otro elemento subjetivo como es el ánimo de lucro, que debe concurrir en todo caso al ser consustancial al tráfico ilícito, tal y como es definido en el Protocolo. Con la exigencia de este elemento subjetivo se restringe el ámbito de punibilidad, puesto que quedan fuera del ámbito de aplicación del Protocolo la facilitación a la entrada y permanencia ilegal en el territorio de otro Estado, cuando no concurra este ánimo, situaciones éstas que se dan principalmente cuando la conducta

---

<sup>131</sup> El art. 6.4 se refiere a que *nada de lo dispuesto en el presente Protocolo impedirá que un Estado Parte adopte medidas contra toda persona cuya conducta constituya delito con arreglo a su derecho interno*.

<sup>132</sup> El protocolo define el documento de identidad o de viaje falso, como aquel: a) que ha sido elaborado o expedido de forma espuria o alterado materialmente por cualquiera que no sea la persona o entidad legalmente autorizada para producir o expedir el documento de viaje o de identidad en nombre de un Estado, b) que ha sido expedido u obtenido indebidamente mediante declaración falsa, corrupción o coacción o de cualquier otra forma ilegal, y, c) aquel que ha sido utilizado por una persona que no es su titular legítimo.

<sup>133</sup> La posesión de este tipo de documento por parte de la persona objeto de tráfico no dará lugar a su enjuiciamiento, puesto que el art. 5 del presente Protocolo exime de responsabilidad penal, por los delitos tipificados en el mismo, a la persona objeto de tráfico ilícito. Con esta exención de la responsabilidad penal de los migrantes se pretende no criminalizarlos por la entrada o permanencia ilegal en el territorio. Lo cierto es que el precepto es ambiguo al establecer que no serán enjuiciados penalmente con arreglo al protocolo, lo que no impide que los Estados Parte establezcan dicha posibilidad en su legislación interna.

es realizada con fines humanitarios o bien por la existencia de vínculos familiares con la persona objeto de tráfico ilícito, y que acertadamente han querido dejarse fuera del ámbito de aplicación del Protocolo.

Con este Protocolo lo que se pretende es impedir la entrada en el territorio de un Estado, de extranjeros en condiciones de irregularidad administrativa. Los derechos de los inmigrantes son relegados a un segundo plano. A diferencia de lo que ocurría en la trata de personas, en ningún caso se les reconoce el status de víctimas aunque se les exima de responsabilidad penal por la conducta realizada, estableciendo la repatriación casi inmediata a su país de origen. Parece que son, principalmente, los intereses estatales de ordenación de la inmigración los que se tienen en cuenta en este Protocolo. Aunque, en un segundo plano, los derechos de los ciudadanos extranjeros también se encuentran protegidos<sup>134</sup>, sobre todo en las circunstancias agravantes donde se hace especial referencia a bienes jurídico individuales como son la vida o integridad física. Además, la exigencia de ánimo de lucro en la realización de la conducta supone tener en cuenta la dignidad de la persona, al no criminalizar todas aquellas conductas que impliquen una ayuda a la inmigración o permanencia irregular en el territorio. Se intenta con ello evitar que el proceso migratorio se convierta en un objeto ilícito de negocio.

### **3. Normativa Comunitaria**

La Unión Europea, fuertemente influida por los Convenios internacionales adoptados en el seno de diversas organizaciones internacionales ha priorizado en la última década la lucha contra la trata de seres humanos. Actualmente la diferenciación, en los actos legislativos de la UE, entre la trata de seres humanos y el tráfico ilícito de migrantes es clara. Sin embargo, en las primeras disposiciones y actuaciones desplegadas por la UE, la trata de seres humanos y el tráfico de personas se encontraban, no sólo relacionados, sino confundidos en la descripción que de la trata de personas se mantenía en el ámbito comunitario.

La inicial vinculación de la trata de personas con la política migratoria en el seno de la Unión Europea puede verse claramente en la propia evolución de la política migratoria europea y en los primeros instrumentos que adoptaron, tanto los Estados como las instituciones europeas, para el desarrollo de la misma.

La inmigración fue durante mucho tiempo una materia alejada de la realidad comunitaria, pues no podemos olvidar que el surgimiento de las Comunidades Europeas tiene su origen en la consecución de una serie de objetivos de carácter económico, tal y como se pone de manifiesto a través de los Tratados fundacionales. Entre estos objetivos, la inmigración no tenía cabida, reservándose la competencia a

---

<sup>134</sup> Vid. GUARDIOLA LAGO, *El tráfico de personas en el derecho penal español*, op.cit. , p. 57.

los Estados<sup>135</sup>. Sin embargo, el importante marco de colaboración que otorgaba a los Estados la existencia de la Comunidad Europea propició que éstos al margen de las instituciones comunitarias iniciasen una importante cooperación en materia de extranjería que se plasmó en el Acuerdo Schengen de 14 de junio de 1985 relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes y su posterior Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990, inicialmente ratificado por Francia, Alemania, Bélgica, Luxemburgo y los Países Bajos<sup>136</sup>. Estos Tratados se adoptan con el objetivo de avanzar en la libre circulación, suprimiendo gradualmente los controles en las fronteras interiores, estableciendo unas reglas para el acceso de los ciudadanos extracomunitarios y reforzando el control de las fronteras exteriores, constituyéndose en un claro ejemplo de la importancia que la cooperación intergubernamental ha tenido para el desarrollo de la integración europea<sup>137</sup>.

Entre sus disposiciones se establecía, ya de forma temprana, la obligación de los Estados Parte de sancionar adecuadamente *a toda persona, que con fines lucrativos, ayude o intente ayudar a un extranjero a entrar o permanecer en el territorio de un Estado contratante vulnerando la legislación nacional sobre entrada y estancia de extranjeros*<sup>138</sup>, esta obligación va acompañada de otra serie de obligaciones en el control de pasajeros y documentos de viajes impuestas a los transportistas<sup>139</sup>, como forma adicional de control.

Este Acuerdo y su Convenio de Aplicación tuvieron una gran aceptación por parte de los demás Estados comunitarios y fue ratificado por un gran número de ellos en los años posteriores<sup>140</sup>. De forma que esta cooperación intergubernamental, surgida entre algunos Estados europeos, se identifica como el inicio de la política comunitaria

---

<sup>135</sup> El Acta Única Europea de 1986 (DOCE L núm. 169, de 29 de junio de 1987) excluía expresamente la competencia comunitaria en materia de inmigración, reafirmando el carácter intergubernamental de la misma por tratarse de una competencia exclusiva de los Estados.

<sup>136</sup> Firmado el 14 de junio de 1985 por Francia, Alemania, Bélgica, Luxemburgo y Países Bajos. El Acuerdo Schengen fue completado por el Convenio Schengen, firmado el 19 de junio de 1990 por los mismos Estados antes mencionados. En el momento de su adopción se configura como un Tratado multilateral entre Estados europeos, que responde a intereses comunitarios, pero que no se integra en el derecho comunitario, sino que únicamente vincula a los Estados que lo ratifiquen. Posteriormente el Protocolo Adicional que acompañaba al Tratado de Ámsterdam integra el Convenio Schengen en el Acervo comunitario, pasando a vincular a todos los Estados miembros.

<sup>137</sup> Sobre la evolución de la competencia en materia de inmigración puede verse OLESTI RAYO, Andreu, “La Unión Europea y la progresiva creación de un régimen comunitario de extranjería”, en *Revista catalana de dret públic*, núm. 40, 2010, pp. 21-52. EL mismo, “Las políticas de la Unión Europea relativas al control en las fronteras, asilo e inmigración”, *Revista de derecho constitucional europeo*, núm. 10, 2008, pp. 13-48.

<sup>138</sup> Cfr. art. 27.1 del Convenio.

<sup>139</sup> Cfr. art. 26 del Convenio Schengen. Además, debe tenerse en cuenta la Directiva 2001/51/CE, de 28 de junio de 2001, por la que se completan las disposiciones del art. 26 del Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen de 14 de junio de 1985, que amplía la responsabilidad de los transportistas en materia de inmigración.

<sup>140</sup> El 25 de junio de 1991 España firmó en Bonn el Acuerdo de Adhesión al Convenio de aplicación del Acuerdo Schengen. El instrumento de ratificación del Acuerdo de adhesión fue publicado en el BOE núm. 81, de 5 abril de 1994.

de inmigración. Finalmente, ésta se institucionaliza en el Tratado Maastricht de 1992. El TUE configuró la Unión Europea basada en tres pilares, incluyéndose en el tercer pilar de cooperación intergubernamental de *Justicia y Asuntos de interior (JAI)*; abarcando la cooperación entre gobiernos para la realización del principio de libre circulación de personas, materias como la política de asilo, normas sobre el paso de fronteras exteriores de los Estados miembros, política de inmigración, lucha contra el tráfico de drogas, contra el fraude internacional, la cooperación judicial (civil y penal), aduanera y policial.

En el marco de este tercer pilar es donde surgen algunas propuestas en materia de inmigración y contra el tráfico de personas<sup>141</sup>, pero las dificultades para adoptar decisiones, principalmente derivadas de la exigencia de unanimidad o consenso de todos los Estados frustraron las iniciativas. Esto no impidió la aparición de otros Convenios y resoluciones donde se ponía de manifiesto la importancia de luchar con la trata de personas y la inmigración irregular. En este sentido, destaca el Convenio por el que se crea una Oficina Europea de Policía (en adelante, Convenio de EUROPOL) que tiene entre sus objetivos la prevención y lucha contra las redes de inmigración clandestina<sup>142</sup> y de trata de seres humanos<sup>143</sup>, al ser estas actividades consideradas como una forma grave de delincuencia. Aunque debe tenerse presente que la actuación de EUROPOL se limita a aquellas situaciones en la que existan indicios concretos de la participación de una estructura delictiva organizada, siempre que dos o más Estados miembros se vean afectados por esta forma de delincuencia.

Otras resoluciones posteriores, tales como la Resolución del Parlamento Europeo sobre la trata de personas de 1996<sup>144</sup>, ponen de manifiesto la necesidad de emprender acciones comunes para luchar contra la trata de personas, así como la necesidad de tipificarla como delito en las legislaciones internas de los Estados

---

<sup>141</sup> Cfr. Recomendación del Consejo de 22 de diciembre de 1995, sobre la armonización de los medios de lucha contra la inmigración y el empleo de ilegales y la mejora de los correspondientes medios de control y la Recomendación de 27 de septiembre de 1996, sobre la lucha contra el empleo ilegal de nacionales de terceros países.

<sup>142</sup> El anexo que acompaña al Convenio de EUROPOL define la introducción ilegal de inmigrantes como aquella *acción destinada a facilitar deliberadamente, con fines de lucro, la entrada, estancia o trabajo en el territorio de los Estados miembros de la Unión Europea, con incumplimiento de las reglamentaciones y condiciones aplicables en los Estados miembros.*

<sup>143</sup> La trata de seres humanos es entendida, en el anexo, como *el acto de someter a una persona al poder real e ilegal de otras personas mediante la violencia o mediante amenazas abusando de una relación de autoridad o mediante engaño, en particular, con objeto de entregarse a la explotación de la prostitución ajena, a formas de explotación y de violencia sexuales respecto de menores de edad o al comercio ligado al abandono de niños.* Esta definición de trata de seres humanos fue completada por la Decisión del Consejo de 3 de diciembre, por la que se incluye en el final de la definición la siguiente frase: *Estas formas de explotación incluyen asimismo las actividades de producción, venta o distribución de material de pornografía infantil.* Destaca en esta definición la ausencia de referencias a conductas como captación, traslado o recepción de las personas, vinculándose la trata únicamente a la finalidad de explotación sexual.

<sup>144</sup> Publicada en el DOUE C núm. 32 de 5 de febrero de 1996.

miembros. Esta Resolución de 1996 contenía una definición de trata<sup>145</sup> muy alejada de la actual, que venía a identificarla con el tráfico ilícito de migrantes. Como consecuencia de estas resoluciones surge la Acción Común 97/154/JAI de 24 de febrero de 1997<sup>146</sup>, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de niños, que enumera los tipos de conductas intencionales que deberían tener naturaleza de infracción penal en las legislaciones nacionales de los Estados miembros, entre las que se incluye la trata de personas con fines lucrativos para su explotación sexual<sup>147</sup> y la trata de niños con fines de explotación o abuso sexual y, además, la explotación sexual de una persona con fines lucrativos, cuando se recurra a la coacción, en particular a la violencia o amenazas, o al engaño, o haya abuso de autoridad u otras formas de presión, de modo que la persona carezca de una opción real que no sea la de someterse a la presión o al abuso del que es objeto.

Mediante este breve recorrido a los instrumentos iniciales adoptados en el marco de las Comunidades europeas, se pretende mostrar la confusión existente en este primer estadio de regulación, al identificarse la trata, por un lado, con aquella conducta consistente en la facilitación de la entrada, el tránsito, la residencia o salida del territorio de un Estado miembro con fines de explotación sexual o concurriendo una serie de circunstancias, y, por otro lado, con la efectiva explotación de las víctimas.

El Tratado de Ámsterdam<sup>148</sup>, con la pretensión de crear un Espacio de libertad, seguridad y justicia<sup>149</sup>, implicó un considerable cambio al trasladar del tercer pilar al primero materias como el control de fronteras exteriores, la inmigración y el asilo, la protección de derechos, así como la cooperación en materia civil, mientras mantenía la cooperación policial y judicial en materia penal en el tercer pilar comunitario<sup>150</sup>. El

---

<sup>145</sup> En esta resolución se entiende la trata de personas como todo *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.*

<sup>146</sup> Publicada en DOUE L núm. 63, de 4 de marzo de 1997. Esta Acción Común mantuvo su vigencia hasta la aprobación de la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo, de 19 de julio de 2002 relativa a la lucha contra la trata de seres humanos.

<sup>147</sup> La trata de seres humanos es definida, en la Acción Común, como cualquier *conducta que facilite la entrada, el tránsito, la residencia o salida del territorio de un Estado miembro, con fines lucrativos y con la voluntad de explotar sexualmente a una persona recurriendo a una serie de medios comisivos como son la coacción, el engaño o el abuso de autoridad, o para la explotación sexual o abusos sexuales con niños.*

<sup>148</sup> El Tratado de Ámsterdam, firmado el 2 de octubre de 1997, por el que se modifica el Tratado de la UE, los Tratados Constitutivos de la Comunidad Europea y determinados actos conexos. (DOCE C núm. 340, de 10 de noviembre de 1997)..

<sup>149</sup> El art. 29 del TUE especifica que este espacio de libertad, seguridad y justicia deberá lograrse *mediante la prevención y la lucha contra la delincuencia, organizada o no, en particular el terrorismo, la trata de seres humanos y los delitos contra los niños, el tráfico ilícito de drogas y de armas, la corrupción y el fraude...*

<sup>150</sup> Vid. OLESTI RAYO, Andreu, “La acción de la Unión Europea contra la inmigración irregular”, DE LUCAS DE MARTÍN, Francisco Javier y SOLANES CORELLA, Ángeles, *La igualdad en los derechos: claves de la integración*, Dykinson, 2009, pp. 41-66.

Plan de acción del Consejo y de la Comisión, de 3 de diciembre de 1998, sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia<sup>151</sup>, ya recogía la necesidad de luchar contra la delincuencia, sobre todo contra la trata de seres humanos para garantizar la creación y consolidación de un espacio de seguridad en la Unión Europea.

Las Conclusiones del Consejo de Tampere, celebrado los días 15 y 16 de octubre de 1999, plasman la lucha contra la delincuencia internacional como uno de los temas esenciales en la UE, haciendo especial referencia a la trata de seres humanos y la explotación de los migrantes. Se insta al Consejo a que adopte, a propuesta de una iniciativa de la Comisión, legislación que prevea rigurosas sanciones para este delito. La lucha contra la inmigración ilegal en su origen se convierte en uno de los objetivos, en especial, actuando contra quienes se dedican a la trata de seres humanos y a la explotación económica de los migrantes. La trata de seres humanos se convierte en uno de los sectores prioritarios de armonización de la legislación penal, acordando definiciones, incriminaciones y sanciones comunes. La necesidad de adoptar, de forma rápida y progresiva, instrumentos destinados a aproximar las legislaciones de los Estados miembros respecto al delito de trata de personas, entre otros, se concreta en el documento sobre prevención y control de la delincuencia organizada, Estrategia de la Unión Europea para el comienzo del nuevo milenio (2000/C 124/01)<sup>152</sup>.

Teniendo en cuenta el nuevo reparto de competencias resultante del Tratado de Ámsterdam la lucha contra la trata y la inmigración clandestina de personas se articuló, por un lado, mediante instrumentos de naturaleza comunitaria (principalmente directivas) previstos para la regulación de materias propias del primer pilar y, por otro lado, a través de instrumentos propios del tercer pilar (principalmente, Decisiones Marco). Es a partir de este momento cuando comienza una política migratoria europea más intensa, con la adopción de importantes disposiciones normativas en materia de extranjería y también de lucha contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos. En esta ocasión, en sintonía con la descripción que los instrumentos internacionales aprobados por la ONU<sup>153</sup> hacen de estos delitos, la Unión Europea ha desarrollado un importante número de disposiciones con la finalidad de fortalecer la cooperación en la lucha contra la inmigración irregular y la trata de personas<sup>154</sup>, diferenciando conceptualmente ambos fenómenos delictivos.

---

<sup>151</sup> DOCE C 19, 23 de enero de 1999.

<sup>152</sup> DOCE C 124, de 3 de mayo de 2000.

<sup>153</sup> No se puede olvidar que la Comunidad Europea ha firmado el Convenio de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus Protocolos complementarios, a través de la Decisión del Consejo 2001/87/CE, de 8 de diciembre (Publicada en el DO L 30/44 de 1 de febrero de 2001).

<sup>154</sup> Pueden mencionarse, entre otras, Decisión Marco de 19 de julio de 2002 relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, la Directiva 2002/90 de 28 de noviembre de 2002 destinada a definir la ayuda a la entrada, circulación y a la estancia irregular, la Decisión Marco de 28 de noviembre de 2002

Como consecuencia, por un lado, surgen en el ámbito de la lucha contra la trata de personas la Decisión Marco 2002/629/JAI, de 19 de julio, relativa a la trata de personas, la cual sustituye a la anteriormente mencionada Acción Común 97/154/JAI, también la Decisión Marco 2004/68/JAI, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil y 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. Mientras que por otro lado, en el ámbito del tráfico ilícito surge la Decisión Marco 2002/946/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares y la Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, la circulación y a la estancia irregular<sup>155</sup>.

A estas disposiciones se le unen otras posteriores de gran importancia como la adoptada en el Consejo Europeo de Tesalónica, de 20 de junio de 2003, relativo a una política común en materia de inmigración ilegal y trata de seres humanos, fronteras exteriores y retorno de residentes legales, en que se pone de manifiesto la gravedad del delito y decide incluirse en el ámbito de aplicación de la orden de detención europea. El Programa de la Haya<sup>156</sup>, adoptado por el Consejo Europeo en noviembre de 2004, que es la continuación del Programa de Tampere, dio lugar al Plan de Acción del Consejo y la Comisión sobre refuerzo de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea<sup>157</sup> en el que se establecen los objetivos a seguir en materia de inmigración ilegal y trata de personas. Este Plan se complementa con el Plan de la UE sobre mejores prácticas, normas y procedimientos para luchar contra la trata de seres humanos y prevenirla<sup>158</sup>, en el que se hace referencia a diferentes aspectos, desde la necesidad de fomentar la coordinación entre las distintas autoridades, hasta la necesaria asistencia y temprana identificación de la víctima, pasando por la realización de informes que permitan un mayor conocimiento de la situación real del fenómeno. Este Plan de acción contra la trata de seres humanos recoge la necesidad de proceder a un cambio de orientación de la política de la Unión y adoptar una estrategia focalizada

---

destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregular, 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 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/CE, 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.

<sup>155</sup> Ambas publicadas en el DOCE L 328, de 5 de diciembre de 2002.

<sup>156</sup> Publicado en el DOUE L núm. 53, de 3 de marzo de 2005.

<sup>157</sup> Publicado en el DOUE núm. 198, de 12 de agosto de 2005.

<sup>158</sup> Publicado en el DOUE C núm. 311, de 9 de diciembre de 2005.



en los derechos humanos de las víctimas, que tenga en cuenta la naturaleza mundial del fenómeno.

### **3.1.1. Trata de Personas**

De los tempranos instrumentos adoptados en el seno de la UE, que han sido mencionados en el apartado precedente, puede extraerse que la evolución de la política de lucha contra la trata de personas estaba en sus inicios claramente vinculada a la política migratoria y a la lucha contra la inmigración irregular. Y hasta cierto, se mantienen unidas, pues el art. 79.1 del TFUE al referirse a la política común de inmigración alude a la prevención de la inmigración ilegal y la trata de seres humanos.

En el ámbito de la Unión Europea un concepto más desarrollado y duradero sobre la trata de personas lo encontrábamos en la Decisión Marco del Consejo 2002/629/JAI, de 19 de julio de 2002 relativa a la lucha contra la trata de seres humanos. Con esta Decisión Marco se pretendía superar la disparidad existentes entre las distintas legislaciones penales de los Estados miembros con el objetivo de lograr una cooperación judicial y policial efectiva en la lucha contra la trata. Exigiéndose la previsión de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias.

Mediante esta Decisión Marco se definió la trata de personas de forma autónoma y desvinculándola de la ayuda a la inmigración irregular y de la exclusiva finalidad de explotación sexual. Supuso un avance en el tratamiento del fenómeno, pero pronto mostró sus limitaciones para abordar de forma completa este concreto fenómeno criminal. Principalmente, como consecuencia de que los derechos de las víctimas y su protección eran obviados por las instituciones europeas que parecían más preocupadas en garantizar un mejor control de las fronteras exteriores que en proteger a las víctimas del delito. Por tanto, la lógica de esta regulación con la exclusiva vocación de incidir en el ordenamiento jurídico penal de los Estados miembros respondía a una aproximación desde la perspectiva de la migración, condicionada a la búsqueda de una eficaz gestión de los flujos migratorios y el control de las fronteras exteriores. Se entendía la trata de personas meramente como una forma de delincuencia transnacional que debía ser incriminada en los ordenamientos penales de los Estados miembros, obviando el carácter de *ultima ratio* que ostenta el Derecho penal y relegando a un segundo plano los derechos humanos de las víctimas.

La UE fue desvinculando jurídicamente la trata de personas de la inmigración irregular, para identificar la trata de seres humanos con una grave y flagrante violación

de los derechos fundamentales de la persona y de la dignidad humana<sup>159</sup>, avanzando en un enfoque global centrado en la protección de los derechos humanos de las personas que son víctimas de este execrable delito. Fue la reciente Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas la encargada de abandonar definitivamente la perspectiva puramente punitivista de la trata de personas. Esta nueva Directiva de 2011, adoptada por el Parlamento europeo y el Consejo de conformidad con los arts. 82.2 y 83.1 del TFUE, supuso el punto de inicio en la búsqueda de una estrategia global de lucha contra la trata de personas que sea respetuosa con los derechos humanos.

La Directiva incluye disposiciones sustantivas de Derecho penal, tales como la definición, circunstancias agravantes y penas, así como la obligación de prever la exención de responsabilidad penal de la víctima. Además, se adoptan medidas de carácter procesal sobre competencia y enjuiciamiento, ampliando la competencia jurisdiccional cuando el delito se haya cometido contra un nacional o contra un extranjero con residencia habitual en el territorio de un Estado. Sin embargo, las novedades se introducen en relación con la prevención del delito y la protección y asistencia a las víctimas de trata que deberá de estar garantizada desde que existan indicios de su condición de víctima, durante el procedimiento penal y por un período adecuado después del mismo. En términos utilizados por la directiva, en ningún caso, esta asistencia debe supeditarse a la participación de la víctima como testigo en el proceso judicial que se inicie como consecuencia de la comisión del delito. Medidas éstas que se complementan con otras previsiones sobre derechos de la víctima en el procedimiento judicial tendentes a evitar una posible victimización secundaria, prestando especial atención a las víctimas de trata de personas menores de edad.

La Directiva en su art. 1 define la trata de personas como *la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, incluido el intercambio o la transferencia de control sobre estas personas, mediante la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el 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 persona, con el fin de explotarla*. Como reconoce la propia Comisión europea, la Directiva se basa en el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos y sigue el mismo enfoque global<sup>160</sup>. Por tanto, no es de extrañar que

---

<sup>159</sup> La vinculación entre trata de personas y vulneración de derechos fundamentales puede verse en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que prohíbe en su art. 5 la trata de seres humanos.

<sup>160</sup> Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas, por la que se deroga la Decisión Marco 2002/629/JAI, Bruselas, 29.3.2010, COM(2010)95 final. ([http://ec.europa.eu/governance/impact/ia\\_carried\\_out/cia\\_2009\\_en.htm#jls](http://ec.europa.eu/governance/impact/ia_carried_out/cia_2009_en.htm#jls) )

la definición reitera la definición de trata que recogen otros instrumentos internacionales, careciendo de sustantividad las pequeñas diferencias que pueden apreciarse. La Directiva contiene los tres elementos que en el ámbito internacional caracterizan el delito (conducta, medios comisivos y finalidad de explotación), incluyendo, sin ningún tipo de problema, tanto la trata internacional o exterior, que se produce entre fronteras internacionales, como la trata nacional o interna, que tiene lugar dentro de las fronteras de un mismo Estado o de la propia Unión Europea.

La participación de una organización delictiva es considerada por la Directiva como un subtipo agravado que implica la previsión de una pena privativa de libertad de una duración máxima de al menos 10 años, y no como un elemento necesario para la existencia de trata de personas y la aplicación de la directiva. Es la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, sobre la lucha contra la delincuencia organizada<sup>161</sup> la que determina las circunstancias que deben concurrir para encontrarnos ante una organización delictiva<sup>162</sup>.

Los medios comisivos son los mismos que en el Convenio del Consejo de Europa. Para matizar, decir únicamente, que la Directiva al igual que hacía la Decisión Marco, explicita qué es lo que debe entenderse por situación de vulnerabilidad al establecer que ésta debe suponer que la víctima no tenga otra alternativa real y aceptable que la de someterse a la situación de abuso<sup>163</sup>. Sin embargo, en relación con la Decisión Marco se introduce un concepto más amplio de trata de seres humanos, al incluirse como finalidad de la trata, un mayor número de formas de explotación, no sólo la explotación de la prostitución ajena, u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, incluida la mendicidad, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre, sino también la explotación para realizar actividades delictivas o la extracción de órganos. La redacción de la Directiva muestra que estas finalidades no son una lista *numerus clausus*, sino una lista abierta de carácter ejemplificativo, que permitiría a los Estados miembros incluir en la tipificación penal otro tipo de conductas de explotación. Un ejemplo particular de ello es que la propia Directiva en su Considerando 11 se refiere a la adopción ilegal o a los matrimonios forzados como conductas que pueden propiciar la explotación de una persona, pero que no aparecen finalmente recogidas en el articulado de la Directiva.

---

<sup>161</sup> Publicada en el DOUE L 300, de 11 de noviembre de 2008.

<sup>162</sup> De acuerdo con la Decisión Marco debe entenderse por organización delictiva: una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período 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 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

<sup>163</sup> Si bien es cierto, que en la definición contenida en el Protocolo no se define la situación de vulnerabilidad, ésta sí se encuentra presente en los Travaux préparatoires, de las negociaciones para la elaboración de la Convención sobre delincuencia organizada y sus Protocolos, donde se establece que *el abuso de una situación de vulnerabilidad debe entenderse como referida a toda situación en que la persona interesada no tiene más opción verdadera ni aceptable que someterse al abuso de que se trata.*

En cuanto a la penalidad, se exige la adopción de las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de las conductas descritas con una pena privativa de libertad de una duración máxima de al menos cinco años. Además, se detallan una serie de circunstancias agravantes cuya concurrencia debe llevar aparejada una pena privativa de libertad máxima no inferior a 10 años. Las circunstancias agravantes previstas son: a) participación de una organización delictiva, b) puesta en peligro de forma deliberada o por grave negligencia la vida de la víctima, c) utilización de violencia grave o causación de daños particularmente graves a la víctima, o d) participación de un funcionario público en el ejercicio de sus funciones.

La Directiva dedica siete de sus artículos a la asistencia, apoyo y protección de las víctimas y un artículo a la prevención del delito<sup>164</sup>. Se inicia en 2011, con esta Directiva un proceso de adecuación de las disposiciones nacionales, cuyo plazo finalizó el 6 de abril de 2013 y que puede costarle a España la interposición de una demanda, por parte de la Comisión Europea, ante el TJUE por incumplimiento del derecho comunitario<sup>165</sup>. La armonización de las legislaciones estatales no se limita a mandatos a los Estados de incriminar, sancionar y perseguir penalmente determinadas conductas, sino que se complementa con disposiciones sobre prevención, pero sobre todo con importantísimas obligaciones relacionadas con la cooperación entre diferentes agentes, la protección y la asistencia a las víctimas, con la voluntad de establecer un marco integral y coherente. Son precisamente estas disposiciones las que España no ha transpuesto en su totalidad.

La Directiva se complementa con otra serie de instrumentos, 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<sup>166</sup>. Esta Directiva tiene por objeto establecer el régimen de protección y asistencia de las víctimas, mediante la incorporación, cuando se cumplan determinadas circunstancias<sup>167</sup>, de un permiso de residencia destinado a las víctimas de la trata de seres humanos, que puede también extenderse, si así lo decidiese el Estado miembro, a los nacionales de terceros países que hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal. La concreta

---

<sup>164</sup> En contraposición, la Decisión marco de 2002 destinaba únicamente su art. 7 a la protección y asistencia a las víctimas, centrándose principalmente en los menores de edad, al establecer que cuando la víctima fuese menor de edad ésta tendrá la consideración de víctima especialmente vulnerable y se le aplicará a ella y a su familia la asistencia adecuada, así como, cuando sea procedente y posible, lo dispuesto en el art. 4 de la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal.

<sup>165</sup> Vid. [http://ec.europa.eu/antitrafficking/EU+Policy/Cyprus\\_Spain\\_Italy\\_Luxembourg\\_to\\_enact\\_EU\\_rules;jsessionid=KkhSTFQWkfvjGnvL1V2YbNnBhvkZsnzWnQ72VFhyDL6pdY26xnJn!268741469](http://ec.europa.eu/antitrafficking/EU+Policy/Cyprus_Spain_Italy_Luxembourg_to_enact_EU_rules;jsessionid=KkhSTFQWkfvjGnvL1V2YbNnBhvkZsnzWnQ72VFhyDL6pdY26xnJn!268741469)

<sup>166</sup> Publicada en el DOUE L núm. 261, de 6 de agosto de 2004.

<sup>167</sup> Se incluyen una serie de requisitos que deben cumplirse para la concesión y renovación del permiso para evitar posibles abusos.

regulación del permiso al que pueden acceder las víctimas lo configura, principalmente, como un incentivo para que las víctimas cooperen con las autoridades competentes en la persecución del delito. También es complementaria la Directiva 2009/52/CE del Parlamento europeo y 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, en un intento de desincentivar la demanda de mano obra irregular que pueda favorecer la explotación laboral a través de medidas penales.

La reciente aprobación de la Estrategia de la UE para la erradicación de la trata de seres humanos (2010-2016)<sup>168</sup>, adoptada por la Comisión europea tiene por objeto proporcionar un marco coherente en el que se fijan las cinco prioridades en las que la UE se centrará en los próximos años en la materia que nos ocupa y las acciones que la Comisión se propone llevar a cabo. Esta Estrategia se centra en medidas concretas de transposición y aplicación de la Directiva de 2011, dirigidas principalmente a desarrollar cinco prioridades que se fijan: 1. Detectar, proteger y asistir a las víctimas de la trata de seres humanos, 2. Reforzar la prevención de la trata de seres humanos, 3. Perseguir más activamente a los traficantes, 4. Mejorar la coordinación y cooperación entre los principales interesados y la coherencia de las políticas y 5. Conocer mejor y responder eficazmente a las nuevas tendencias relacionadas con todas las formas de trata de seres humanos.

Para cada una de estas prioridades la Comisión prevé llevar a cabo una serie de acciones, entre las que destacan la elaboración de directrices para detectar a las víctimas de trata de seres humanos, proporcionar información clara sobre derechos, reforzar la cooperación policial y judicial incluso con terceros países, promover la creación de una plataforma de la sociedad civil o desarrollar un sistema para la recogida de datos, así como fomentar la investigación sobre la reducción de la demanda y la oferta de servicios y bienes producidos por las víctimas para la realización del Informe en 2016, con el fin de analizar la posibilidad de adoptar medidas legales para tipificar como delito el uso de los servicios de las víctimas de la trata de seres humanos.

Se fijan las pautas a seguir en los años venideros en este ámbito con un claro convencimiento de redirigir la política de la UE de lucha contra la trata de seres humanos hacia un planteamiento coherente e integral que girará en torno a los derechos humanos, la prevención del delito y la asistencia de las víctimas. Es mucho el trabajo que todavía queda para cumplir con el ambicioso calendario propuesto por la Comisión, pero que ya está dando sus frutos. La Comisión europea ha publicado,

---

<sup>168</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al comité económico y Social europeo y al Comité de las Regiones- Estrategia de la UE para la erradicación de la trata de seres humanos (2012-2016), COM (2012) 286 final, Bruselas 19 de junio de 2012.

con la voluntad de informar a las víctimas, los profesionales y los Estados miembros, un documento en el que se exponen de forma clara los derechos que la legislación europea les reconoce a las víctimas de trata de seres humanos en la UE<sup>169</sup>. Con la voluntad de conocer la magnitud del fenómeno de trata de seres humanos EUROSTAT ha publicado, en 2013, el primer informe sobre trata de seres humanos<sup>170</sup>, lo que implica un relevante avance en el conocimiento de las actuaciones llevadas a cabo por los Estados para la persecución de los autores del delito, el número de víctimas identificadas, así como su perfil y la concesión de autorizaciones. Información que sin duda ayudará a conocer la verdadera magnitud del fenómeno en el contexto de la Unión Europea y obligará a los Estados a mejorar sus sistemas de recogida de información sobre el tema.

### ***3.1.2. Inmigración irregular***

La UE también se ha ocupado del tráfico ilícito de personas, en términos utilizados en el ámbito comunitario, de la ayuda a la inmigración clandestina. La lucha contra la inmigración irregular se incluye en la política común de asilo y migración de la Unión Europea, siendo considerada como un elemento fundamental para el establecimiento de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión.

A pesar de que la competencia le corresponde en su totalidad a la Unión Europea no se ha modificado los instrumentos adoptados con anterioridad que respondían al método de doble instrumento para abordar la regulación del fenómeno. Por un lado, la Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, la circulación y a la estancia irregular, se encarga de conceptualizar en el ámbito de la Unión Europea de manera precisa que es lo que debe entenderse por ayuda a la inmigración irregular y determina cuales son las conductas que cada Estado miembro deberá tipificar como delito y sancionar penalmente en su correspondiente ordenamiento jurídico. Por otro lado, es la Decisión Marco 2002/946/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares la que establece una normas mínimas respecto a las sanciones, la responsabilidad de las personas jurídicas y la competencia de los Estados.

Ambas disposiciones deberían adoptarse de acuerdo a la competencia de la Comunidad en política migratoria y de asilo, específicamente conforme a la base jurídica prevista en los art. 61.a y 63.3 b) del TCE (actualmente, art. 67 y 79.2.c) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Siguiendo la doctrina que deriva de

---

<sup>169</sup> Disponible en <http://bookshop.europa.eu/es/los-derechos-de-las-victimas-de-la-trata-de-seres-humanos-en-la-ue-pbDR3213053> [última consulta, 20 marzo de 2014].

<sup>170</sup> Disponible en <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/eurostat/home> [última consulta, 8 marzo de 2014].

la STJCE de 13 de septiembre de 2005<sup>171</sup>, dichos instrumentos jurídicos deberían haberse modificado para adecuar su base jurídica a las consecuencias de la sentencia. Sin embargo y a pesar de la inicial disposición de la Comisión europea de reconsiderar los textos existentes y ajustarlos al reparto de competencias o bien de hacer uso de su competencia de iniciativa normativa, lo cierto es que ambos actos se mantienen inalterados.

La Directiva 2002/90/CE, en su art. 1, de forma completa y detallada prevé la obligación de los Estados Miembros de adoptar sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias: a) *contra cualquier persona que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a entrar en el territorio de un Estado miembro o transitar a través de éste, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre entrada o tránsito de extranjero*, b) *contra cualquier persona que intencionadamente ayude, con ánimo de lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a permanecer en el territorio de un Estado miembro, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre estancia de extranjeros*<sup>172</sup>.

Se define en el ámbito comunitario el tráfico ilícito de personas, denominándolo ayuda a la inmigración irregular y con ciertos matices respecto a lo previsto en el Protocolo de lucha contra el tráfico ilícito de migrantes.

En primer lugar, se tipifica la acción consistente en la ayuda a la entrada o al tránsito ilegal, de un extranjero en el territorio de un Estado del que no es nacional o residente permanente. Dada la propia naturaleza de la conducta, nos encontramos con un elemento transnacional, en cuanto se exige el cruce de fronteras. Además, dicha entrada o tránsito debe ser irregular, lo que supone una remisión a la legislación de extranjería de cada uno de los Estados miembros. Por consiguiente, será la normativa nacional en materia de extranjería, armonizada, la que determina cuáles son los requisitos y condiciones que deben cumplir los nacionales de terceros países para entrar o transitar legalmente en el país, así como determinar que situaciones de entrada deben considerarse irregulares a pesar de revestir apariencia de legalidad.

Hasta aquí ninguna diferencia respecto a lo establecido por Naciones Unidas, la particularidad de la conducta descrita en la Directiva radica en su aspecto subjetivo, puesto que no exige en ningún caso, la presencia de ánimo de lucro o finalidad de obtención de algún tipo de beneficio financiero o material, que sí exige el Protocolo. La ausencia de este elemento subjetivo del tipo conlleva la ampliación del ámbito de lo prohibido, por lo que quedarán abarcadas por el delito todas aquellas conductas que supongan la ayuda a la entrada o tránsito ilegal, incluso aquéllas que pudiesen llevarse a cabo por razones humanitarias o por la existencia de vínculos familiares

---

<sup>171</sup> Vid. STJCE (Gran Sala) de 13 de septiembre de 2005, asunto C-176/03, *Comisión de las Comunidades Europeas contra el Consejo de la Unión Europea*.

<sup>172</sup> Deberá también sancionarse la inducción, la cooperación y la tentativa de estas conductas.

estrechos<sup>173</sup>. Ante esta amplitud de la conducta, la propia directiva intenta debilitar, en el párrafo 2 del art. 1, las consecuencias de no haber previsto el ánimo de lucro como elemento del delito al establecer la posibilidad de que los Estados miembros decidan no imponer sanciones a la conducta de ayuda a la entrada o al tránsito, cuando la finalidad de la conducta haya sido prestar ayuda humanitaria. Con esto se deja al arbitrio de los Estados la posibilidad de prever que dichas conductas queden impunes en su ordenamiento interno<sup>174</sup>.

Por otra parte, se tipifica también la ayuda a la permanencia ilegal en el territorio de un Estado. La conducta típica es precisamente *ayudar o facilitar la permanencia ilegal de un extranjero en el territorio de un Estado distinto al suyo*. Esta acción puede llevarse de cualquier modo, pues no se establece la necesidad de que concurren ciertos medios comisivos como sí ocurría en la definición propuesta por Naciones Unidas que hacía referencia a la utilización de medio ilegales<sup>175</sup>. Por ello, cualquier conducta que suponga ayuda a la permanencia ilegal debería ser incluida por el Legislador nacional entre el catálogo de delitos. Nuevamente, se exige que la permanencia sea ilegal, por lo que ésta deberá implicar la vulneración de la normativa de extranjería del Estado receptor que se refiere a los requisitos que deben cumplirse para permanecer de forma regular en el país.

La conducta que debe sancionarse sí exige, en este supuesto, un elemento subjetivo adicional, como es el ánimo de lucro. La inclusión de elemento subjetivo debe valorarse positivamente, puesto que no sólo se limita el ámbito de lo prohibido penalmente, dejando al margen conductas de ayuda a la permanencia que pueden responder a finalidades humanitarias o de solidaridad, sino que también se muestra

---

<sup>173</sup> No hay que olvidar que en el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, de Naciones Unidas, se incluye en la definición la expresión “*con el fin de obtener directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material*” que conlleva la necesidad de que concorra ese ánimo de lucro, así como la necesidad acreditar su existencia. En los *Travaux préparatoires* de las negociaciones para la elaboración de la Convención y sus protocolos, se especifica que la inserción en la definición de una referencia a “*beneficio financiero u otro beneficio de orden material*” se hizo para recalcar que la noción definida englobaba las actividades de los grupos delictivos organizados que actúan motivados por el lucro, pero que quedaban excluidas de ella las actividades de todos aquellos que prestaban apoyo a los migrantes por razones humanitarias o por sus vínculos familiares estrechos. El Protocolo no pretendía criminalizar las actividades de los familiares o de las organizaciones no gubernamentales o agrupaciones de apoyo religiosas.

<sup>174</sup> No todos los Estados han hecho uso de esta facultad. Por ejemplo, el Legislador penal español ha previsto en el art. 318.6 bis CP la posibilidad de imponer la pena inferior en grado atendiendo entre otras cuestiones, a la finalidad perseguida, por lo que las conductas mencionadas no serían, en principio, atípicas. El actual Proyecto de Ley Orgánica, de octubre de 2013, por el que se modificaría el Código penal prevé la introducción de un segundo inciso en el apartado primero del precepto de forma expresa que los hechos no serían punibles cuando objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria a la persona.

<sup>175</sup> En la actualidad está conducta de ayuda a la permanencia irregular en el territorio no se encuentra tipificada como delito en España. No obstante, el actual Proyecto de Ley Orgánica, de octubre de 2013, por el que se modificaría el Código penal prevé la introducción de un segundo apartado en el art. 318 bis CP, dirigido a tipificar expresamente esta conducta en los mismo términos que las previsiones comunitarias.



cual es la finalidad del tráfico ilícito, que no es otra que la obtención de un beneficio económico.

Las particularidades propias de la normativa comunitaria dificultan una interpretación de estas disposiciones como protectoras de los inmigrantes, siendo su único objetivo proteger a los Estados europeos y sus fronteras de la inmigración irregular<sup>176</sup>.

La Decisión Marco 2002/946/JAI, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, contiene normas mínimas respecto a las sanciones que los Estados deben aplicar a los delitos tipificados conforme a la Directiva anteriormente mencionada. De forma general se establece que las sanciones deben ser efectivas, proporcionadas y disuasorias, especificando que las penas privativas de libertad máximas no podrán ser inferiores a ocho años<sup>177</sup> cuando la ayuda a la entrada y tránsito ilegal se realice con ánimo de lucro y, además, se haya cometido como parte de las actividades de una organización delictiva<sup>178</sup> o bien se haya cometido poniendo en peligro la vida de las personas que son objeto del delito. Además, se establece que cuando procedan estas sanciones pueden ir acompañadas de otra serie de medidas, como por ejemplo, el decomiso del medio de transporte utilizado, la expulsión o la prohibición de ejercer la actividad profesional en cuyo ejercicio se cometió la infracción.

Una cuestión importante a tener en cuenta, por la repercusión práctica que puede acarrear, es el hecho de que la Decisión Marco no se pronuncia sobre la responsabilidad penal de las personas objeto de tráfico. Mientras que el Protocolo de la ONU, establecía la exención de la responsabilidad penal del inmigrante que ha entrado, transita o permanece de forma ilegal, con ayuda de otra persona, en el territorio de un Estado, la Decisión Marco prescinde de cualquier referencia a la misma. Los Estados miembros tienen, por tanto, total libertad para decidir, de acuerdo con los principios de su propio ordenamiento, sobre la responsabilidad penal de los inmigrantes irregulares. Ahora bien, muchos de los Estados miembro han ratificado los instrumentos de Naciones Unidas, por lo que éstos no deberían olvidar sus obligaciones internacionales y tener en cuenta la cláusula de exención de responsabilidad prevista en ellos, no tipificando como delito la mera entrada ilegal, evitando así criminalizar a los inmigrantes irregulares<sup>179</sup>.

---

<sup>176</sup> GUARDIOLA LAGO, *El tráfico de personas en el derecho penal español*, op.cit., p. 70.

<sup>177</sup> Se establece la posibilidad de que pena se disminuya a seis años cuando la coherencia del derecho penal nacional así lo exija.

<sup>178</sup> De acuerdo con la definición que de estas organizaciones hace la Acción Común 98/733/JAI.

<sup>179</sup> Lo cierto es que algunos países europeos han obviado esta cláusula de exclusión de la responsabilidad penal del inmigrante prevista en Protocolo. Vid. REBOLLO VARGAS, Rafael, CUGAT MAURI, Miriam y RODRÍGUEZ PUERTA, María José, "Normativa internacional y derecho comparado", en GARCÍA ARÁN, Mercedes (coord.), *Trata de personas y explotación sexual*, Ed. Comares, Granada, 2006, pp. 92 y ss.; También, PÉREZ FERRER, Fátima, *Análisis dogmático y político-criminal de los*

---

*delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, [Recurso electrónico] Ed. Dykinson, Madrid, 2006, pp. 96-100. [última consulta, 20 de diciembre de 2013]; PÉREZ CEPEDA, *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, op.cit., pp. 132 y ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel (dir.), *Protección y expulsión del extranjero en derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007, pp.31-185.



## CAPÍTULO III

### LA TRATA DE PERSONAS EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL. TIPO BÁSICO

#### 1. Normativa Estatal. Evolución legislativa

Como se ha podido constatar en el capítulo precedente de este trabajo de investigación en el que se ha analizado la normativa internacional y de la Unión Europea en materia de trata de seres humanos, existe desde hace más de una década en el ámbito internacional y comunitario un claro consenso respecto a la conceptualización de dos fenómenos criminales íntimamente relacionados, de los que me ocuparé con distinta intensidad, la trata de seres humanos (*trafficking in persons*) y el tráfico ilícito de personas o inmigración irregular (*smuggling of migrants*).

La delimitación entre ambos fenómenos criminológicos tiene su origen en dos de los Protocolos anejos a la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia organizada transnacional de 15 de noviembre de 2000. Por un lado, el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños y, por otro lado, el Protocolo contra el Tráfico de Migrantes por Tierra, Mar y aire. La opción de regular cada uno de estos fenómenos de manera autónoma en dos protocolos separados muestra el consenso alcanzado sobre la necesaria delimitación y diferenciación de ambas conductas. Este tratamiento diferenciado también se introdujo, como ya hemos podido comprobar, en el seno de la Unión Europea con la adopción de la Decisión Marco 2002/629/JAI sobre trata de personas y la Decisión Marco 2002/946/JAI destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, complementada por la Directiva del Consejo 2002/90/CE, de 28 de noviembre de 2002 destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares.

Ambos fenómenos delictivos se encuentran a menudo relacionados en la práctica criminal, aunque en el marco teórico y conceptual es posible y necesario diferenciarlos exigiendo un tratamiento penal distinto, pues los bienes jurídicos afectados son de diversa entidad. Por un lado, el tráfico ilícito de personas atenta principalmente contra intereses estatales en el control de los flujos migratorios, sin entrar ahora a valorar la adecuación o no de calificar esta política migratoria como bien jurídico penal y su necesaria protección mediante el Derecho penal. Mientras que por el contrario, la trata de seres humanos es calificada normalmente como una afectación a la dignidad y a los derechos fundamentales de la persona, al implicar una

reducción de ésta a una mera mercancía con la que obtener ingentes beneficios económicos, lo que parecería justificar la intervención penal en este ámbito.

La ratificación de los Tratados internacionales adoptados en el seno de Naciones Unidas y el Consejo de Europa implican para el Estado la asunción de una serie de obligaciones cuya intensidad es mayor en el ámbito del Derecho de la Unión Europea como consecuencia de los principios que rigen las relaciones entre el ordenamiento jurídico comunitario y nacional. Estos compromisos supranacionales dieron lugar en 1999 a una incompleta reforma penal que se completó en 2003 con otra desafortunada modificación del Código Penal español que ni cumplía con los compromisos internacionales, al centrarse en la protección de la política migratoria obviando la realidad del fenómeno y originando lagunas injustificadas de punibilidad. Además, la técnica legislativa utilizada carecía de la precisión exigida para la incriminación, creándose un tipo penal *sui generis*, el art. 318 bis CP, que tipificaba el delito el tráfico ilegal de personas con fines de explotación sexual, que convivía con otra serie de preceptos penales de difícil conciliación, como los arts. 312.2 *in fine* y 313.2 del Código Penal, que generaron importantes problemas interpretativos y fuertes debates doctrinales<sup>180</sup>.

No fue hasta la reforma operada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal cuando se puso fin a esta confusa situación. Se incorpora por primera vez de forma clara y autónoma el delito de trata de personas, con la voluntad de adecuar nuestro ordenamiento penal a las obligaciones derivadas del ámbito supranacional. De esta forma el delito de trata de seres humanos pasa a tipificarse en el art. 177 bis del Código penal, integrándose, como único precepto en un nuevo Título VII bis rubricado expresamente “De la trata de seres humanos”.

Antes de entrar a analizar el delito de trata de seres humanos y la técnica legislativa utilizada por nuestro Legislador para su incorporación al ordenamiento penal debe hacerse un breve repaso a los precedentes legislativos del precepto. Si bien, el art. 177 bis CP es un precepto de nueva creación, la trata de personas no es totalmente un fenómeno criminal nuevo, no ha sido totalmente desconocido ni para nuestro Legislador ni para nuestros tribunales. Estos precedentes legislativos y la aplicación que de ellos ha hecho el Poder Judicial pueden servirnos para delimitar el

---

<sup>180</sup> Entre otras monografías, pueden verse las obras de DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto, *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*, Ed. Comares, Granada, 2009; MAQUEDA ABREU, María Luisa, *Tráfico sexual de personas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La inmigración como delito. Un análisis político criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del artículo 318 bis CP*, op.cit.; GUARDIOLA LAGO, *El tráfico de personas en el derecho penal español*, op.cit.

alcance del nuevo delito y proceder a la interpretación de los elementos que lo configuran actualmente.

## 1.1. Precedentes legislativos

Como se ha avanzado, el hecho de que no fuese hasta 2010 cuando se produjo la incriminación de la trata de seres humanos en nuestro ordenamiento no implica que dicha conducta delictiva fuese totalmente ajena para nuestro ordenamiento penal.

Inicialmente, ya en el Código Penal de 1973<sup>181</sup> era posible encontrar como bienes jurídicos penalmente protegidos, la política migratoria y los derechos de los trabajadores al tipificarse como delito ciertas conductas relacionadas con la inmigración irregular y la trata de personas. Era el art. 499 bis CP el precepto en el que se encontraban tipificadas ciertas conductas delictivas relacionadas con la inmigración. En particular, en su apartado 3º se tipificaba como delito el tráfico ilegal de mano de obra y las migraciones laborales fraudulentas<sup>182</sup>. La jurisprudencia existente sobre este precepto puso de manifiesto que “el bien jurídico protegido mediante la punición del tráfico ilegal de mano de obra y las migraciones laborales fraudulentas no era el derecho del trabajador a la seguridad en el empleo y al mantenimiento de las demás condiciones de trabajo pactadas o legalmente impuestas. Si no que su aplicación pretendía proteger a todos los trabajadores frente a una nueva forma de explotación favorecida por determinados rasgos de la estructura económica mundial de nuestro tiempo, tales como la profundización de la desigualdad entre países ricos y pobres y la multiplicación de las comunicaciones internacionales de toda índole”. Este precepto se aplicaba en aquellos casos en los que determinados grupos u organizaciones promovían las migraciones laborales, al margen o en contra de las disposiciones estatales, abusando de la situación en la que se encontraban los extranjeros en sus países de origen y convirtiéndolos de hecho en mercancías de fácil y reprobable explotación, así como en fuente de ingresos<sup>183</sup>.

Con la aprobación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal el art. 499 bis apartado 3º es derogado, pero su esencia se mantiene en los arts. 312 y 313 del nuevo Código Penal en los que se regulan estas conductas de forma más detallada. Estos preceptos ubicados entre los “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, sancionan, en ese primer momento con pena de prisión de 6

---

<sup>181</sup> Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre.

<sup>182</sup> Dentro del capítulo VIII rubricado “De los delitos contra la libertad y la seguridad en el trabajo” se insertaba el art. 499 bis que castigaba, en su apartado 3º, con pena de arresto mayor y multa de 100.000 a 2.000.000 de pesetas al que traficara de cualquier manera ilegal con la mano de obra o interviniese en migraciones laborales fraudulentas, aunque de ello no se derivase perjuicio para el trabajador (cuantía de la multa fijada por la *LO 3/1989, de 21 de junio*).

<sup>183</sup> Vid. STS (Sala Penal. Sección 1ª) núm. 703/1998, de 5 de febrero de 1998, F.J. 5º, (Ponente: José Jiménez Villarejo), [ROJ: STS 3130/1998].

meses a tres años y multa<sup>184</sup>, entre otras conductas, el tráfico ilegal de mano de obra (art. 312.1 CP), el empleo de ciudadanos extranjeros sin permiso de trabajo en determinadas condiciones (art. 312.2 CP) y la promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores (art. 313.1 CP).

El art. 313.1 CP se convierte en el precepto clave para sancionar los casos de tráfico ilegal de personas y ello a pesar de que la literalidad del precepto limitaba el sujeto pasivo del delito a los trabajadores<sup>185</sup>. De acuerdo con esta amplia consideración del precepto penal y de su bien jurídico protegido, es lógico que los tribunales españoles consolidasen una interpretación extensiva del término trabajador, acuñándose un concepto autónomo y amplio de trabajador en Derecho penal.

El ámbito de aplicación del precepto alcanza al trabajador en sentido estricto y también a todo ciudadano extranjero que inmigre a España con la intención de trabajar, con independencia de que disponga o no de autorización de trabajo de acuerdo con la legislación de extranjería<sup>186</sup>. Se conceptualiza al trabajador de forma tan amplia que incluye a todas aquellas personas que pretendiesen acceder a territorio español con la finalidad de buscar trabajo, incluyéndose la prostitución<sup>187</sup>. Por tanto, a efectos de aplicación del delito de inmigración clandestina de trabajadores, la condición de trabajador la ostenta tanto el extranjero que cuenta con un puesto o contrato de trabajo como aquél que entra en España sin poseerlo pero con la finalidad buscarlo. Con esta interpretación extensiva se intenta solventar la existencia de una clara laguna legislativa que se puso de manifiesto con la expansión de la moderna delincuencia organizada basada en la inmigración. No obstante, ésta sólo podía ser una solución transitoria haciéndose necesaria una reforma del Código Penal que incluyese el delito de tráfico ilegal de personas con independencia de la condición de trabajador, para evitar con ello no sólo una interpretación extensiva de “trabajador” que podría ser incluso calificada de analógica sino también para sancionar otros

---

<sup>184</sup> La pena se aumenta de dos a cinco años y multa de seis a doce meses mediante la modificación realizada por la Disposición Final 1ª de la LO. 4/2000, 11 enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

<sup>185</sup> De acuerdo con la jurisprudencia “el bien jurídico protegido está constituido por un conjunto de intereses concretos y generales que protegen la indemnidad de la propia relación laboral mediante la sanción de conductas que atentan contra los derechos y condiciones laborales de los trabajadores. La jurisprudencia mayoritaria mantiene que el bien jurídico protegido son los derechos de los trabajadores, y concretamente en relación al art. 313.1, frente a las condiciones perjudiciales que se derivan para los mismos de su condición de inmigrantes clandestinos, lo que favorece su explotación y su sumisión a condiciones no aceptables. Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1330/2002, de 16 de julio (Ponente: Julián Artemio Sánchez Melgar), [ROJ: STS 5382/2002].

<sup>186</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1092/2004, 1 de octubre de 2004, F.J. 1º (Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar), [ROJ: STS 6130/2004] y STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 995/2000, de 30 de junio, (Ponente: Joaquín Giménez García), [ROJ: STS 5351/2000].

<sup>187</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. de recurso 3797/1988, de 12 de abril de 1991, F.J. 6º, (Ponente: Enrique Bacigalupo Zapater), [ROJ: STS 2035/1991]; STS (Sala Penal. Sección 1ª) núm. 208/2010, 18 de marzo, F.J. 1º, (Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre), [ROJ: STS 1488/2010]; STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 995/2000, de 30 de junio, F.J. 4º (Ponente: Joaquín Giménez García), [ROJ: STS 5351/2000].

supuestos de tráfico de personas, que no podían ser incluidos en el art. 313, bien porque la edad u otras circunstancias personales del extranjero impedían que fuese considerado trabajador o bien porque la finalidad de trabajar en España no quedaba acreditada.

A medida que España se convertía en un importante país de destino de inmigración y la actuación de organizaciones delictivas encargadas de facilitar la inmigración de forma irregular se generalizaba, la práctica jurisprudencial puso de manifiesto las limitaciones presentes en la regulación penal existente. En este contexto era sin duda necesaria una reforma penal y de ello se encargó, en primer lugar, la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre que introdujo en el texto penal el tráfico ilegal de personas con fines de explotación sexual a través del art. 188.2 CP<sup>188</sup>. Este nuevo tipo penal sancionaba con penas de prisión de dos a cuatro años y multa, al que directa o indirectamente favoreciese 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.

Dicha modificación se justificaba en la propia Exposición de Motivos en una supuesta alarma de la sociedad española por la presunta disminución de protección jurídica producida en el ámbito de los delitos de significación sexual a partir del nuevo Código Penal. Haciéndose eco, además, de la adopción de la Resolución 1099 (1996), de 25 de septiembre, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, relativa a la explotación sexual de los niños y de 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.

Poco después fue la Ley Orgánica 4/2000 la encargada de introducir un nuevo tipo penal, el art. 318 bis<sup>189</sup>, que a pesar de haber sido objeto de ciertas modificaciones

---

<sup>188</sup> El art. 188.2 CP sancionaba con penas de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses al que directa o indirectamente favoreciese 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.

<sup>189</sup> El art. 318 bis CP en su redacción original establecía que: “1. Los que promuevan, favorezcan o faciliten el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a España serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses. 2. Los que realicen las conductas descritas en el apartado anterior con ánimo de lucro, o empleando violencia, intimidación o engaño o abusando de una situación de necesidad de la víctima, serán castigados con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

3. Se impondrán las penas correspondientes en su mitad superior a las previstas en los apartados anteriores, cuando en la comisión de los hechos se hubiere puesto en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas o la víctima sea menor de edad. 4. En las mismas penas del apartado anterior y además en la inhabilitación absoluta de seis a doce años incurrirán los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.



se mantiene vigente hasta la actualidad. Este precepto penal sanciona la promoción, favorecimiento y facilitación del tráfico ilegal de personas, sin exigir la concurrencia de otros elementos como el ánimo de lucro y sin hacer mención a la condición de trabajador del extranjero. El marco penal previsto, en ese momento inicial, para el tipo básico era de seis meses a 3 años de prisión y multa, aumentándose de 2 a 4 años cuando la conducta se realizaba con ánimo de lucro o empleando violencia, intimidación, fraude o abuso de situación de necesidad<sup>190</sup>. Además, este nuevo delito de tráfico ilegal se completaba con ciertas previsiones referentes a las asociaciones ilícitas<sup>191</sup>, arts. 516, 517 y 518 CP, pasando a considerarse, a partir de ese momento, como asociaciones ilícitas aquéllas que promoviesen el tráfico ilegal de personas.

En ese momento inicial la situación se caracterizaba por la coexistencia de una pluralidad de infracciones penales, que de forma directa se referían al tráfico de personas o inmigración irregular y de forma indirecta a la trata de personas, principalmente cuando la conducta tenía como finalidad la explotación sexual de la persona. Dentro de estos tipos penales podían subsumirse aquellas conductas que claramente identificamos con el tráfico ilegal de personas e incluso con algunas conductas que caracterizan en el ámbito internacional y europeo a la trata de seres humanos.

Esta pluralidad de preceptos sobre la misma materia dio lugar a una legislación penal, en ocasiones, incoherente obligando a la doctrina y a los tribunales a realizar una importante labor interpretativa, con mayor o menor éxito, que permitiese aclarar el contenido y alcance de cada uno de estos tipos penales. Asimismo surgieron números problemas concursales que se vieron agravados con las ulteriores reformas operadas por el Legislador. Reformas, que en el ámbito concreto que nos ocupa, se dirigieron a ampliar el ámbito de punibilidad de las conductas y a aumentar desproporcionadamente las penas. Sirva como ejemplo, el nuevo marco penal previsto para el delito de tráfico ilegal de personas que pasó, en virtud de la Ley Orgánica 11/2003 de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, de 6 meses a 3 años a verse aumentado de 4 a 8 años de prisión. Dicho incremento punitivo por sí sólo criticable si atendemos al bien jurídico efectivamente protegido se ve agravado por el mantenimiento del art. 313.1 CP cuya pena prevista era de dos a cinco años cuando la promoción de la inmigración clandestina tuviese como objeto del delito a trabajadores. Si este concurso de normas se resolviese acudiendo al principio de

---

5. *Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados anteriores, en sus respectivos casos, cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio que se dedicare a la realización de tales actividades.»*

<sup>190</sup> Si se ponía en peligro la vida la salud, la integridad de las personas, o si la víctima de tráfico era menor de edad la pena se imponía en su mitad superior, correspondiendo la superior en grado cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio que se dedicare a la realización de tales actividades.

<sup>191</sup> Disposición Final Tercera de la LODYLE.

especialidad (art. 8.1 CP) se produciría un injustificable privilegio punitivo cuando la persona objeto de la conducta típica pudiese ser identificada como trabajador<sup>192</sup>. Ante esta situación la doctrina<sup>193</sup> acudió al principio de alternatividad (8.4 CP) para solucionar el concurso de leyes, dando preferencia a la aplicación del art. 318 bis CP al ser éste el delito con las penas más elevadas y manteniéndose en el código penal un precepto en la práctica inaplicable.

## 1.2. Precedente inmediato. Artículo 318 bis CP.

La importancia que durante más de una década ha tenido el art. 318 bis CP para la protección penal de ciertas víctimas de trata, los problemas que surgieron en su interpretación y aplicación, obligan a realizar un comentario más detallado del mismo.

Este tipo penal es el precedente inmediato del actual delito de trata de seres humanos, previsto en el art. 177 bis CP, al incriminar de forma indirecta e inadecuada alguna de las conductas que se pretenden prevenir mediante la regulación contra la trata de personas. En este primer momento, la doctrina y la jurisprudencia realizó una importante labor interpretativa para aclarar el contenido y alcance de dicha figura delictiva, realizando incluso interpretaciones restrictivas que difícilmente podían conciliarse con la letra de la ley. Precisamente sus deficiencias y las consecuencias indeseables que generó explican la incorporación de un nuevo tipo penal en el que se incrimina la trata de seres humanos de forma autónoma.

El Título XV bis del Código Penal, rubricado “De los delitos contra los derechos ciudadanos extranjeros” compuesto por un único artículo, el 318 bis, fue introducido en nuestro ordenamiento penal, en el año 2000, a través de la Disposición final 2ª de la LODYLE. El hecho de que fuese la Ley de extranjería el instrumento elegido por el Legislador para incluir este delito en el CP, así como la forma en la que dicha incorporación se produjo, sin debate parlamentario sobre el precepto<sup>194</sup>, permite

---

<sup>192</sup> Tanto la jurisprudencia como la doctrina optaron inicialmente por acudir al principio de especialidad, pues en un primer momento las penas previstas en el art. 313.1 CP eran más elevadas. Vid. FGE, *Instrucción 1/2002, de 19 de febrero, sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del Fiscal en materia de extranjería*. Esta situación se mantuvo hasta la reforma realizada en 2003. Vid. SERRANO-PIEDecasas, “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, op.cit., p.393.; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, “La protección contra la discriminación del extranjero en el Código penal”, en op.cit., p.356; SAINZ CANTERO CAPARRÓS, José, “Sobre la actual configuración de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en CARBONELL MATEU, Juan Carlos, DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, MORILLAS CUEVA, Lorenzo, ORTS BERENQUER, Enrique y QUINTANAR Díez, Manuel (coords.), en *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 127.

<sup>193</sup> Vid. DAUNIS RODRÍGUEZ, *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*, op.cit., p. 199; FGE, *Circular de la Fiscalía 2/2006 sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España*, p. 103.

<sup>194</sup> Sobre el procedimiento legislativo de la LO 4/2000 referido a la inclusión del art. 318 bis CP, puede verse VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, “Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas”, *RP*, núm. 14, 2004, pp. 182-208.

que nos hagamos una idea de cómo el Legislador instrumentaliza el Derecho penal como una herramienta más para el control de las fronteras, mostrando la voluntad de vincular el tráfico ilegal de personas con la política migratoria del Estado.

El art. 318 bis desde su introducción en el CP ha sido objeto de múltiples e importantes reformas. Debe destacarse la reforma operada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. Esta reforma penal se justifica en la necesidad de consolidar y perfeccionar las medidas existentes en el ordenamiento español para combatir el tráfico ilegal de personas y la trata de seres humanos, adecuándolas a las importantes iniciativas desarrolladas por la Unión Europea para establecer un marco común para la lucha contra estos delitos.

A pesar de esta voluntad de perfeccionamiento un análisis de la reforma obliga a concluir que las mejoras realizadas son mínimas, perdiéndose una gran oportunidad para hacer uso de una técnica legislativa más respetuosa con los principios del Derecho penal, que solucionase los problemas interpretativos y las controversias que desde un primer momento suscitó el novedoso art. 318 bis CP. La Ley Orgánica 11/2003 introdujo en la conducta típica la “inmigración clandestina” como alternativa al tráfico ilegal de personas y se amplió considerablemente el alcance de la misma al incluir los términos "directa o indirectamente" en la descripción típica. Además, como viene siendo habitual en las últimas reformas se elevaron de forma desproporcionada las penas previstas para el delito. Desproporción que por otro lado intentó mitigarse mediante introducción de un tipo atenuado en el apartado sexto del precepto que faculta al juez o tribunal a imponer una pena inferior en grado a la prevista en los apartados precedentes, cuando la gravedad del hecho y sus circunstancias, así como las condiciones del culpable o la finalidad perseguida lo aconsejen. La introducción de un tipo atenuado como el mencionado no viene más que a constatar la existencia de un ámbito de punibilidad desproporcionado que abarca como típicas, conductas que no merecerían reproche penal o bien un reproche penal con una pena muy inferior.

La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica el Código Penal, suprimió el delito de asociaciones ilícitas para la promoción del delito de tráfico ilegal de personas, previsto en el art. 515.6 CP, dada la dificultad de su aplicación por la existencia del subtipo agravado en el apartado 5º del art. 318 bis, que se refiere a la realización del delito a través de una organización criminal.

La penúltima reforma del precepto fue realizada por la Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas. Junto a una reforma de carácter menor operada por esta Ley, nos encontramos otra de mayor calado. Así, la primera reforma hace referencia a la inclusión en la conducta típica del tipo básico, tanto del art. 313.1 y

318.1 bis CP, de una referencia a los Estados Europeos, al introducirse “o con destino a otro país de la Unión Europea” adecuándose así el ordenamiento español a las disposiciones Europeas. Pero una reforma más importante fue la modificación del art. 23.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), incluyendo los delitos de tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores, reconociendo la competencia de la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera de territorio nacional.

Tras estas reformas, el Legislador español parecía haber cumplido, al menos formalmente, con las obligaciones internacionales y comunitarias asumidas. No obstante, un somero análisis de la conducta típica descrita por el Legislador muestra enseguida una técnica legislativa no adecuada para cumplir con estos objetivos, ya sea por defecto o por exceso.

En primer lugar y en relación con los déficits, un análisis del art. 318 bis CP muestra que a pesar de la clara delimitación conceptual presente en los Tratados internacionales y en las disposiciones de derecho comunitario entre tráfico ilegal y trata de personas, el precepto penal se caracterizaba por el tratamiento conjunto de ambas realidades delictivas. A través de un único precepto se intentaban punir dos realidades criminales de diferente naturaleza y gravedad, como son la trata de seres humanos con finalidad de explotación sexual y el tráfico ilícito de personas. Se configuró para ello una nueva figura delictiva *sui generis*, centrada en el tráfico ilegal de personas en el que la trata de seres humanos únicamente se había tipificado de forma secundaria, inadecuada y parcial. Pronto se puso de manifiesto que esta regulación penal era claramente insatisfactoria e insuficiente para dar cumplimiento a las obligaciones internacionales y, lo que es más importante, para proteger adecuadamente los bienes jurídicos implicados en la trata de personas. Esta confusa tipificación de las conductas delictivas originó inesperadas consecuencias como inaplicación del tipo penal cuando el objeto material del delito eran ciudadanos españoles o comunitarios. El hecho de vincular el tráfico ilegal con la entrada o tránsito irregular conllevaba la imposibilidad de considerar como víctimas de este delito a estos sujetos, cuando la realidad delictiva demuestra que los desequilibrios económicos existentes entre los distintos Estados europeos, convierte a los nacionales de determinados Estados comunitarios, como Rumanía o Bulgaria<sup>195</sup>, en potenciales víctimas de esta execrable conducta delictiva. El reconocimiento de la libre circulación de personas a todos los ciudadanos comunitarios impide que su entrada o

---

<sup>195</sup> Debe destacarse el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2007, en el que los miembros del Tribunal acuerdan la atipicidad de la conducta de inmigración clandestina del art. 318 bis CP cuando se refiere a ciudadanos de países que se han integrado recientemente en la Unión Europea. En este sentido se pronuncian, entre otras, la STS (Sala Penal. Sección 1ª) núm. 635/2007, de 2 de julio de 2007, F.J. 1º, (Ponente: Manuel Marchena Gómez), [ROJ: STS 4840/2007]; STS (Sala Penal. Sección 1ª) núm. 15/2008, de 17 de enero, F. J. 1º, (Ponente: Manuel Marchena Gómez), [ROJ: STS 659/2008].

tránsito por territorio español puede caracterizarse como irregular, por lo que sus derechos no se encuentran protegidos penalmente.

Las posteriores reformas de las que fue objeto el art. 318 bis CP no hicieron más que aumentar las deficiencias del tipo penal, elevándose considerablemente las penas e introduciendo modificaciones que dificultaban una interpretación restrictiva del delito, lo que implicaba la criminalización de cualquier tipo de ayuda ofrecida a los extranjeros que entraban de forma irregular en España.

En segundo lugar en relación con el exceso, el Legislador establece sin duda una respuesta punitiva desproporcionada para estas conductas. El art. 318 bis CP incrimina el tráfico ilegal o la inmigración clandestina utilizando términos como “directa” o “indirectamente” y verbos típicos como “promover”, “favorecer” y “facilitar” que unido a la no exigencia en el tipo básico del ánimo de lucro, amplían considerablemente el abanico de conductas punibles, dificultando la posibilidad de apreciar la existencia de actos preparatorios o de tentativa, puesto que la literalidad del tipo permitiría calificarlos como delitos consumados.

La tipificación realizada permite la subsunción en el tipo básico de cualquier tipo de acto dirigido a la ayuda o favorecimiento de la inmigración irregular; conductas que carecen del desvalor necesario, tanto desde el punto de vista de los derechos de los ciudadanos extranjeros como de los propios intereses estatales. No obstante, el Legislador ha querido sancionar estas conductas con una pena de cuatro a ocho años de prisión.

Si bien es cierto que la Decisión Marco 2002/946/JAI obligaba, a los Estados a establecer una pena de duración máxima no inferior a ocho años. También es cierto que dicha pena debía fijarse cuando la conducta además de realizarse con ánimo de lucro se producía en el seno de una organización criminal o bien, se ponía en peligro la vida de las víctimas. Por tanto, a *sensu contrario* puede decirse que dicha obligación penológica no existía fuera de esos casos, lo que dejaba un gran margen de libertad a los Estados para fijar penas más reducidas. Además, la propia Decisión Marco 2002/946/JAI posibilita la disminución a seis años el límite penal inicialmente previsto cuando la coherencia del régimen sancionador nacional así lo exija. Por tanto, el Estado posee un amplio margen de maniobra en la determinación del marco penal del que no se ha hecho uso.

Respecto al marco penal previsto en el art. 318 bis CP puede decirse que éste fija una pena privativa de libertad de cuatro a ocho años en el tipo básico, en el que no se encuentra presente el ánimo lucro, que al igual que la puesta en peligro de la vida o integridad de la víctima, son elementos cuya concurrencia dan lugar a la aplicación del subtipo agravado previsto en el apartado 3º del art. 318 bis y a la aplicación de la pena en su mitad superior (por tanto, partiendo de la conducta prevista del tipo básico, de 6

años y un día a 8 años). Si a esto sumamos que la participación de una organización criminal es el elemento clave en el tipo agravado, previsto en el apartado 5<sup>a</sup> del precepto, y que ésta no suele ser infrecuente en este tipo de delitos, la pena prevista es la superior en grado. Parece obvio que el Legislador español, como ocurre en otras ocasiones, va más allá de lo exigido por la UE aunque de forma sistemática utilice las normas de la Unión Europea como una justificación de sus reformas. Como bien dice la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 11/2003, las penas impuestas satisfacen los objetivos de armonización que se contienen en la Decisión Marco para reforzar el marco penal, no obstante, se han cumplido con creces las exigencias europeas en cuanto a lo que penalidad se refiere.

Sorprendente resulta que tras recocer expresamente, en el Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010, que la tipificación conjunta realizada mediante el art. 318 bis CP de la trata de seres humanos y del tráfico ilegal era claramente inadecuada no se haya procedido al menos a modificar el marco penal fijado en el precepto. Tras manifestar la diversa naturaleza de los bienes jurídicos en juego en ambas conductas delictivas lo adecuado hubiese sido proceder sino a la derogación del art. 318 bis CP, pues obligaciones internacionales obligan a la tipificación del delito, sí al menos a una reforma del marco penal establecido que resulta a todas luces desproporcionado y a una concreción de la conducta típica<sup>196</sup>.

Las constantes reformas penales desde la aprobación, en 1995 del actual Código Penal muestran la existencia de una política legislativa errática e improvisada, motivada por un excesivo afán intervencionista que muestra su ineficacia en determinados delitos, dada la desproporcionalidad de las penas, los problemas concursales existentes e interpretativos que surgen y que exigen una laboriosa actuación de los operadores jurídicos para la determinación del fundamento, alcance y contenido de los tipos penales sobre tráfico de personas en un intento de evitar el expansionismo punitivo.

La tipificación que en nuestro ordenamiento penal se realizaba de la trata de personas exigía una reforma penal urgente, dirigida a incriminar la trata de personas, no sólo por la necesidad de ajustar la normativa española a los Convenios internacionales, especialmente tras la reciente ratificación del Estado español del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, sino

---

<sup>196</sup> El anteproyecto de reforma del Código penal de 2013 entre sus disposiciones incluye la revisión de la regulación del delito de inmigración ilegal tipificado en el art. 318 bis. Entre las novedades previstas destacan la tipificación como delito de la ayuda prestada por un tercero, con ánimo de lucro, a la permanencia en el territorio del Estado o de otro Estado miembro vulnerando la legislación de extranjería. Así como la modificación del marco penal, que en tipo básico se reduce a una pena de prisión de 6 meses a dos años de prisión o a una multa de 3 a 12 meses. Manteniéndose la pena de prisión de 4 a 8 años para aquellas conductas más graves en las que el delito se realice en el seno de una organización criminal o poniendo en peligro la vida o integridad física de las personas objeto del delito.

por la imperiosa necesidad de prevenir penalmente y sancionar a los autores de este execrable delito.

### **1.3. Incorporación del artículo 177 bis CP**

Vista la evolución de nuestro Código Penal en cuanto al tráfico ilegal de personas se refiere, así como su insuficiencia, era necesaria una reforma penal que pudiese fin a las nefastas consecuencias que la tipificación precedente originó.

Finalmente, ha sido la reciente Ley Orgánica la 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, la encargada de poner fin a la peculiar situación existente en nuestro ordenamiento penal. Se introduce con esta última reforma un nuevo precepto, el art. 177 bis, que tipifica de manera autónoma e independiente la trata de personas, poniendo fin a la confusión legislativa existente entre la figura delictiva de trata de seres humanos y de tráfico ilícito de personas o inmigración clandestina, delimitando ambas figuras. El propio Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010 especifica las necesidades de proceder a esta reforma como consecuencia del inadecuado tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina previsto en el art. 318 bis CP, poniendo de manifiesto la necesidad de proceder a la regulación separada de estas dos realidades, tanto para cumplir con los mandatos de los compromisos internacionales como para poner fin a los constantes conflictos interpretativos.

Para la consecución de estos objetivos, se incorpora el Título VII bis, denominado «De la trata de seres humanos», en el que pretende prevalecer la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren. Asimismo, se aclara que no estamos ante un delito que pueda ser cometido exclusivamente contra personas extranjeras, sino que abarcará todas las formas de trata de seres humanos, nacionales o transnacionales, relacionadas o no con la delincuencia organizada.

Sin embargo, la incorporación del actual delito de trata de personas tampoco ha estado ausente de polémica y puede presumirse que tampoco será ajeno a prontas reformas. Prueba de ello es el Anteproyecto de Ley Orgánica que pretende modificar la Ley Orgánica de 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, aprobado en Consejo de Ministros el 20 de septiembre de 2013<sup>197</sup> (en adelante, anteproyecto 2013), en el que está prevista la modificación de ciertos aspectos del art. 177 bis del actual Código Penal.

---

<sup>197</sup> Texto publicado en el BOCG. Congreso de los Diputados. X Legislatura, núm. 66, de 4 de octubre de 2013. [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-66-1.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-66-1.PDF)

El nuevo art. 177 bis CP tiene su origen en el Anteproyecto de Ley Orgánica de fecha 23 de julio de 2009<sup>198</sup> (en adelante, anteproyecto 2009) sometido a Dictamen preceptivo del Consejo de Estado. El antecedente inmediato de este anteproyecto, que es el origen de la actual Ley Orgánica 5/2010, es una primera versión del anteproyecto con fecha 14 de noviembre de 2008 (en adelante, anteproyecto 2008) que dio lugar a un Informe del CGPJ aprobado el 26 de febrero de 2009 y a un Informe del Consejo Fiscal. Dichos informes fueron tenidos en cuenta en la redacción del anteproyecto de 2009, al incluirse en su redacción alguna de las recomendaciones efectuadas por estos órganos.

De acuerdo con la memoria justificativa del anteproyecto de 2009 y el Preámbulo de la propia Ley, la reforma responde, en el ámbito que nos ocupa, a la necesidad de introducir en nuestro ordenamiento las novedades producidas en el ámbito del Derecho de la Unión Europea, como la Decisión Marco 2002/629/JAI, del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, así como adecuar nuestra legislación a los compromisos internacionales asumidos en virtud de una serie de Tratados internacionales, principalmente el Convenio del Consejo de Europa ratificado por España el 2 de abril de 2009 y que entró en vigor el 1 de agosto de 2009. Si bien es cierto que dichas obligaciones internacionales y europeas eran una realidad, también lo es el hecho de que la novedad a la que se aduce es relativa. Ya en el año 2000 nos encontramos con los Protocolos de Palermo que entraron en vigor en España en 2003 y con la Decisión Marco 2002/629/JAI que obligaba a los Estados a adoptar las medidas de implementación antes del 1 de agosto de 2004. Si a esto añadimos que durante este período de tiempo fueron más de diez, las reformas de las que fue objeto nuestro Código Penal no nos queda más que confirmar que el Legislador, con anterioridad, no había sentido la necesidad de regular de manera separada ambas realidades, pese a la vigencia de los instrumentos de Naciones Unidas y de la Unión Europea. El punto de inflexión fue la adopción del Convenio de Varsovia, firmado poco antes de la aprobación del Proyecto de 2009, unido a los trabajos que ya habían comenzado en el seno de la Unión Europea y que darían lugar a la posterior aprobación de la Directiva 2011/36/UE.

El anteproyecto de 2009, tras el correspondiente trámite parlamentario, se convirtió en la Ley Orgánica 5/2010 en la que el largo art. 177 bis CP quedó redactado de la siguiente manera:

Título VII bis  
“De la trata de seres humanos”  
*Artículo 177 bis*

---

<sup>198</sup> El proyecto de Ley Orgánica fue publicado en el BOCG. Congreso de los Diputados, núm. 52, 27 de noviembre de 2009



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 art. 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.

## 2. Bien jurídico protegido

El estudio de cualquiera de los tipos que integran la Parte Especial del Derecho penal implica en primera instancia la necesidad de abordar cuál es el bien jurídico-penal protegido. La determinación del bien jurídico tutelado en el tipo penal, en este caso del delito de trata de seres humanos, es esencial si partimos de un Derecho penal cuya función es la exclusiva protección de bienes jurídicos.

A pesar del actual debate y crisis existente en torno al bien jurídico protegido y a la función de exclusiva protección de bienes jurídicos del Derecho penal, se parte aquí del carácter esencial de la presencia de un bien jurídico penal como elemento clave para garantizar una política criminal racional y de un Derecho penal garantista, al constituirse como garantía fundamental para cumplir con la función de limitación del Derecho penal<sup>199</sup>. Tal y como señala ROXIN cualquier precepto penal que no protegiera un bien jurídico sería nulo por constituir una intromisión excesiva en la libertad de los ciudadanos, y en palabras de HASSEMER<sup>200</sup> sería terror de Estado, pues el bien jurídico es el fundamento necesario y constitucional tanto para concebir un deber de protección como para determinar los límites de la intervención. El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos obliga a que únicamente se tipifiquen como delitos aquellas conductas que sean lesivas para bienes jurídicos de una relevancia fundamental, que expresen las condiciones de la vida social y permitan el libre desarrollo del individuo a través de su participación en el sistema social, aquéllas que el ser humano necesita para su libre autorrealización en sociedad. Sin embargo, nuestro Tribunal Constitucional deja un amplio margen de libertad al Legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, el tipo y el alcance de las sanciones

---

<sup>199</sup> MIR PUIG, Santiago, “Bien Jurídico y Bien jurídico-penal como límites al Ius Puniendi”, *EPC*, XIV, 1991, pp.205 y ss. [<http://hdl.handle.net/10347/4205>].

<sup>200</sup> HASSEMER, Winfried, “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?”, en HEFENDHL, Rolan, *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, (Edición española a cargo de Rafael ALCÁCER, María MARTÍN e Íñigo ORTIZ DE URBINA), Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, pp. 103-104.

penales, así como la proporción entre las conductas que se pretenden prevenir y las penas con las que se intenta conseguirlo al considerar que el bien jurídico se considera presente en la ley siempre que “en la misma no concurren objetivos constitucionalmente proscritos o socialmente irrelevantes y cuando además la pena sea instrumentalmente apta para dicha persecución”, necesaria y proporcionada en sentido estricto”<sup>201</sup>.

El delito de trata de personas se encuentra regulado en el Título VII Bis rubricado del delito de trata de seres humanos. A diferencia de lo que ocurre en otros Títulos del Código Penal en los que el Legislador identifica o al menos parece identificar el bien jurídico protegido, nada nos dice aquí el Título VII bis sobre el concreto bien jurídico protegido en el delito de trata de personas. No obstante, como se verá a continuación es posible extraer algunas conclusiones previas del propio Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010 y de los textos internacionales que regulan la materia. Además, de la ayuda que pueden suponer estos instrumentos supranacionales a la hora de determinar el bien jurídico penalmente protegido en el delito de trata y delimitar su alcance, lo cierto es que van a ser especialmente útiles las posiciones doctrinales defendidas sobre el bien jurídico protegido penalmente en el anterior art. 318 bis CP. Este precepto como precedente inmediato del actual art. 177 bis CP y en el parte de la doctrina quiso ver el tipo penal a través del cual se sancionaba la trata de seres en España, muchas de las posiciones doctrinales adoptadas en relación con este son extrapolables al nuevo tipo penal que ahora nos ocupa. Precisamente por ese motivo se realizará una breve exposición de los distintos posicionamientos doctrinales en cuanto a la determinación del bien jurídico penal protegido en el art. 318 bis CP ya que muchas de sus argumentaciones pueden trasladarse al nuevo delito de trata de seres humanos previsto en el art. 177 bis CP.

## **2.1. Bien jurídico penalmente protegido en el artículo 318 bis CP**

De entre los múltiples debates doctrinales que suscitó la incorporación del Título XV bis de los “*Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*” integrado por el art. 318 bis CP, la determinación del bien jurídico destaca como una de las cuestiones más controvertidas.

Desde el surgimiento del delito tráfico ilegal de personas pocos son los autores que analizando este delito se han abstenido de poner de manifiesto su postura sobre el objeto jurídico tutelado en este precepto. En parte, cuestión comprensible, puesto que la identificación del bien jurídico protegido no sólo permite analizar la legitimidad de la intervención punitiva, sino que influye en la interpretación que con posterioridad se

---

<sup>201</sup> Vid. STC (Pleno) 45/2009, de 19 de febrero, F.J. 7º (Ponente: Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez).

realiza de los elementos que conforman la conducta típica, permitiendo resolver ciertas dudas que puedan surgir sobre la aplicación de la norma. Si como criterio general debe decirse que el bien jurídico protegido es una cuestión fundamental a la que debe enfrentarse el intérprete penal, en delitos como el aquí comentado que se caracterizan por su imprecisión y amplitud, su importancia es todavía mayor. Sólo a través de la identificación del concreto bien jurídico-penal que se protege, puede realizarse una interpretación teleológica que permita restringir el alcance de la conducta típica.

La doctrina ha mantenido posturas contrapuestas en lo que se refiere al bien jurídico. Por un lado, encontramos autores que mantienen, en sintonía con la rúbrica del Título XV bis CP, que en el delito de tráfico ilegal de personas se protegen los derechos de los ciudadanos extranjeros que son objeto de tráfico. Por otro lado, en el extremo contrario encontramos autores que mantienen que el objeto de protección está muy alejado de los derechos de los extranjeros, siendo el interés estatal en el control de los flujos migratorios lo que realmente se está protegiendo en con el delito. Finalmente, como suele ser habitual, ante posturas tan irreconciliables surgen tesis eclécticas, que caracterizan el delito de tráfico ilegal de personas como un delito pluriofensivo, en el que se encuentran presentes ambos bienes jurídicos.

Esta diversidad de opiniones ha sido favorecida por el propio Legislador que haciendo uso de una deficiente técnica legislativa y el establecimiento de unas penas desproporcionadas dejó a los operadores jurídicos la difícil tarea de dar sentido al precepto. La ambigüedad en los conceptos de tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina, unido a la falta de concreción de los mismos en el momento de su introducción en el Código Penal, son algunas de las circunstancias que explican la fuerte discusión doctrinal sobre el bien jurídico. Adquiere, por tanto, la delimitación de dichos conceptos un papel fundamental para la concreción del bien jurídico protegido y la valoración del tipo básico<sup>202</sup>.

### ***2.1.1. Control de los flujos migratorios***

Para comenzar debe hacerse una breve referencia a un sector doctrinal, inicialmente, minoritario, pero no por ello falto de razón, que defendió desde la incorporación del art. 318 bis CP la presencia de un bien jurídico supraindividual en este delito que identifican con el interés estatal<sup>203</sup> en el control de los flujos

---

<sup>202</sup> Vid. HORTAL IBARRA, Juan Carlos, “A vueltas sobre el bien jurídico-penal protegido en los mal llamados “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros””, en MIR PUIG, Santiago, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dirs.) y GÓMEZ MARTÍN, Víctor (coord.), *Política Criminal y reforma penal*, Ed. Edisofer- B de F, Madrid, Montevideo, 2007, p. 485.

<sup>203</sup> Vid. SAP Cádiz (Sección 4ª) núm. 120/2003, de 27 de octubre de 2003 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Estrella Ruiz), [ROJ: SAP CA 2323/2003]; SAP Sevilla (Sección 3ª) núm. 99/2001, de 14 de

migratorios<sup>204</sup>. Si bien este sector fue duramente criticado por la doctrina mayoritaria<sup>205</sup>, debe reconocérseles su actualidad, ya que las reformas realizadas sobre el precepto le han dado un mayor apoyo legal, confirmando esta tesis el propio Legislador en el Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010.

La introducción del art. 318 bis en nuestro ordenamiento penal supuso una reacción instantánea de múltiples autores que criticaron abiertamente la intervención punitiva realizada por el Estado. En este sentido, uno de los primeros en mantener esta postura fue ÁLVAREZ<sup>206</sup> quien a pesar de la nomenclatura del Título XV bis en el que se integra el art. 318 bis CP, manifestó que la regulación concreta del precepto impide que el bien jurídico protegido pueda identificarse con los derechos de los ciudadanos extranjeros, obligando a reconocer que lo que se pretende proteger con este delito no es otra cosa que la ordenación y regulación de los flujos migratorios. Afirma rotundamente que “*los derechos e intereses de los extranjeros no se utilizan más que como un señuelo para tranquilizar la propia conciencia del Legislador y suministrar una dosis de buena conciencia a la ciudadanía*”<sup>207</sup>.

---

mayo de 2001, (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Holgado Merino), [ROJ: SAP SE 2176/2001]; Ruiz, [ROJ: SAP CA 2323/2003]; SAP Cádiz, Ceuta, (Sección 6ª) núm. 359/2005, de 19 de diciembre (Ponente: Ilmo. Sr. D. Jesús Carlos Bastardés Rodiles-San Miguel), [ROJ: SAP CE 312/2005] y STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1447/2003, de 30 de octubre 2003, (Ponente: Carlos Granados Pérez), [ROJ: STS 6755/2003].

<sup>204</sup> Entre otros, MAQUEDA ABREU, María Luisa, “Hacia una nueva interpretación de los delitos relacionados con la explotación sexual”, en ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (dir.) y PÉREZ ALONSO, Esteban Juan (coord.), *El derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 251-252; POZUELO PÉREZ, Paula, “Tráfico de personas y explotación sexual”, en BACIGALUPO, Silvina y CANCIO MELIÁ, Manuel (coords.), *Derecho penal y política transnacional*, Atelier, Barcelona, 2005, p. 433.; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La inmigración como delito. Un análisis político criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del artículo 318 bis CP*, op.cit., pp. 64 y ss.; MAPELLI CAFFARENA, Borja, “Tráfico ilegal e inmigración clandestina con fines de explotación sexual”, en *La Ley Penal*, núm. 57, febrero 2009, p. 6.; CANCIO MELIÁ, Manuel y MARAVER GÓMEZ, Mario, “El derecho penal español ante la inmigración: Un estudio político-criminal”, en BACIGALUPO, Silvina y CANCIO MELIÁ, Manuel (coord.), en *Derecho penal y política transnacional*, Ed. Atelier, Barcelona, 2005, pp. 375 y ss. DAUNIS RODRÍGUEZ, *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*, op.cit., pp. 69 y ss.

<sup>205</sup> En este sentido, VILLACAMPA reconoce que: “... *el mantenimiento de este delito tras los delitos contra los derechos de los trabajadores y la inclusión, junto al tráfico ilícito, de la referencia a la inmigración clandestina, podría contribuir a dotar de mayores apoyos al primer grupo de opinión (aquellos que se centran en la política migratoria como objeto de tutela del precepto)... aun reconociendo que cada vez goza cada vez de menor apoyo legal, se considera preferible seguir manteniendo la protección de la dignidad como objeto de tutela*”. Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, “Título XV bis. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros” en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), *Comentarios al nuevo Código penal*, 3ª Edición, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005, p. 1668.

<sup>206</sup> Vid. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Gregorio, “La protección contra la discriminación del extranjero en el Código penal”, en AAVV, *El extranjero en el derecho penal español sustantivo y procesal (adaptado a la nueva Ley Orgánica 4/2000)*, Manuales de Formación continuada (5) Consejo general del poder judicial, Madrid, 1999, p. 355.

<sup>207</sup> Del mismo parecer, FERNÁNDEZ TERUELO, “El proceso social de la determinación de la normativa administrativa y penal en materia de inmigración”, en op.cit., p. 247; CARMONA SALGADO, Concepción, “La nueva regulación del tráfico ilegal de personas con fines de explotación sexual según la LO 11/2003: reflexiones críticas acerca de un injustificado propósito legislativo”, en ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (dir.) y PÉREZ ALONSO, Esteban Juan (coord.), en *El derecho Penal ante el fenómeno de la*

Sin embargo, a estos autores críticos con la reforma penal del año 2000 se unen otros que además de identificar el bien jurídico con el interés estatal, justifican el uso del Derecho penal para la defensa de dicho interés. De este parecer es ARROYO ZAPATERO<sup>208</sup> que considera que la política migratoria trata de conseguir que los imparable flujos migratorios se realicen de manera que no desborde la capacidad financiera del Estado. Por ello la política migratoria puede adquirir, en opinión del autor, relevancia penal como objeto de tutela, siempre que se respete el principio de fragmentariedad, reservando la intervención penal para los ataques más graves a dicho bien jurídico, exigiendo al menos la presencia de ánimo de lucro y de una organización criminal.

### **2.1.2. Derechos de los ciudadanos extranjeros**

Por el contrario la doctrina mayoritaria ha criticado<sup>209</sup> esta posición doctrinal acudiendo a distintos argumentos. Desde un punto de vista sistemático la crítica es

---

*inmigración*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 220; CANCIO MELIÁ y MARAVER GÓMEZ, “El derecho penal español ante la inmigración: Un estudio político-criminal”, en op.cit., p. 375; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La inmigración como delito. Un análisis político criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del artículo 318 bis CP*, op.cit., p.66; IGLESIA SKULJ, Agustina, *Trata de mujeres con fines de explotación sexual. Análisis político-criminal del Código penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 180.

<sup>208</sup> El autor considera que los principales objetivos de la política migratoria son la regulación del mercado de trabajo y la conservación del nivel de prestaciones sociales, intentado evitar que ante una llegada masiva de extranjeros sin recursos económicos ni posibilidad de obtenerlos, el Estado tuviese que arbitrar medidas asistenciales y de integración en el sistema educativo y sanitarios para evitar problemas sociales, poniendo en peligro su propia capacidad financiera. Vid. ARROYO ZAPATERO, Luis, “Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos”, en ARROYO ZAPATERO, Luís, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (dir.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, Ed. Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, Ediciones Universidad, Cuenca, 2001, pp. 32-33.

<sup>209</sup> Una de las críticas, se ha centrado en la incongruencia que existiría en el ordenamiento si se reconoce la política migratoria como bien jurídico penal para garantizar la normativa sobre entrada y permanencia en territorio español. Nos encontraríamos con la paradoja de que siendo el propio extranjero el que con su entrada irregular vulnera la normativa de extranjería, nos es considerado autor del delito ni sancionado por ello. Es más, el propio precepto penal se refiere a él como víctima del delito. No obstante, el hecho de que el extranjero que entra irregularmente no sea considerado responsable penal no es una razón de peso para negar que sea el control de flujos el objeto tutelado penalmente. Puede deducirse de la ausencia de tipicidad de la conducta del propio inmigrante, que el Legislador ha considerado que la misma carece de la relevancia necesaria para afectar al bien jurídico protegido (el control de flujos migratorios), ya que las posibilidades de realizar el traspaso de fronteras de forma individual, teniendo en cuenta sus circunstancias personales y económicas, son más reducidas que si recibe la ayuda de un tercero, el desvalor de la conducta es mínimo. Además, en el CP encontramos otras conductas en las que se castiga al tercero que promueve o auxilia la conducta mientras que a la persona objeto de la misma no es sancionada penalmente, así en los supuestos de auxilio al suicidio o incluso en el tráfico de drogas en el que el consumo no se encuentra tipificado como delito .

Otras consideraciones, como son el hecho de que la entrada irregular tampoco se encuentra tipificada como infracción en la normativa extranjería y la presencia de una cláusula de exención de responsabilidad penal del inmigrante en la normativa internacional, permiten salvar estas críticas. En el propio ordenamiento administrativo la entrada irregular no se encuentra prevista como sanción para el inmigrante que atraviesa las fronteras, eso sí, dará lugar a la devolución y supondrá la prohibición de entrada de hasta tres años. Es el Protocolo de la ONU sobre tráfico ilícito de migrantes el instrumento

obvia, reconocer como objeto de tutela penal que subyace en el delito el interés estatal en controlar los flujos migratorios choca directamente con la rúbrica del Título XV bis CP que expresamente se refiere a los derechos de los extranjeros. Para CONDE PUMPIDO esto implicaría aceptar que Legislador penal actúa con un absoluto cinismo encubriendo como tutela de los derechos lo que es simplemente un control social<sup>210</sup>.

Pero la crítica más contundente tiene su fundamento en el reconocimiento del interés en controlar los flujos migratorios como interés legítimo del Estado que no puede ser elevado a la categoría de bien jurídico penal sin quebrantar con ello los principios propios de esta rama del ordenamiento<sup>211</sup>. La protección penal de este interés estatal supondría un claro ejemplo de administrativización y expansión del Derecho penal<sup>212</sup>. Si bien el control de los flujos migratorios puede ser considerado la *ratio legis*, su reconocimiento como objeto jurídico tutelado penalmente supondría su transformación en un delito formal, carente de antijuricidad material cuya punibilidad se basa en el incumplimiento de la normativa que regula la entrada y permanencia de los extranjeros en España. Se estaría elevando a la categoría de delito lo que no es más que un ilícito administrativo vulnerando los principios fundamentales del ordenamiento penal, como el de intervención mínima y el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal.

El Derecho penal se convertiría en un instrumento al servicio de programas políticos en materia de inmigración, elaborado al margen de las garantías propias del Estado de derecho, convirtiéndose en un Derecho penal simbólico<sup>213</sup>. A esta crítica debe añadirse otra, la imposibilidad de diferenciar el delito de la infracción administrativa correspondiente<sup>214</sup>. Si tanto en el precepto penal como en la infracción

---

que recoge la cláusula de exención de la responsabilidad penal para las personas que son objeto de tráfico ilegal. Aunque en otros ordenamientos de nuestro entorno, a pesar de esta cláusula, se ha previsto la incriminación penal del extranjero.

<sup>210</sup> Afirma el autor que la ley debe ser respetada íntegramente, lo que implica aceptar que el delito protege aquello que el Legislador expresamente ha establecido como bien jurídico en la rúbrica del Título en el que el delito se integra, es decir, los derechos de los extranjeros. Vid. CONDE PUMPIDO TOURÓN, Cándido, “Delitos contra los derechos de los Extranjeros”, en MARTÍN PALLÍN, José Antonio (dir.), en *Extranjeros y Derecho penal*, Cuadernos de Derecho Judicial (IV), Madrid, 2003, pp.294-295.

<sup>211</sup> En este sentido, PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (artículo 318 bis reformado por la LO 11/2003)”, en RODRÍGUEZ MESA, M<sup>a</sup> José; RUÍZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón (coords.), en *Inmigración y sistema penal: Retos para el siglo XXI*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 117-118; También, NAVARRO CARDOSO, Fernando, “Observaciones sobre los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en *RP*, núm. 10, 2002, p. 45. [<http://www.uhu.es/revistapenal>], cuando afirma “no es misión del derecho penal la ordenación de sectores ni debe convertirse en “brazo armado” de la legislación de extranjería”.

<sup>212</sup> Sobre la Expansión del derecho penal y su administrativización vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María *Expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 3<sup>a</sup> ed., Ed. Edisofer, Buenos aire, 2011.

<sup>213</sup> PÉREZ CEPEDA, *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, op.cit., pp. 117-118.

<sup>214</sup> El art. 54.1. b) LODYLE tipifica como infracción administrativa: “inducir, promover, favorecer, o facilitar con ánimo de lucro, individual o formando parte de una organización, la inmigración

administrativa el interés jurídico protegido es el control de los flujos migratorios, se produciría una inaplicación de la infracción administrativa<sup>215</sup>. Situación que se vería agravada por el hecho de que la conducta del tipo básico del art. 318 bis CP es más amplia que la prevista en el ilícito administrativo, al no exigirse la concurrencia de ánimo de lucro.

No obstante y a pesar de compartir todas las críticas realizadas, si atendemos a la tipificación realizada por el Legislador, por indeseable que nos parezca la utilización del Derecho penal como un instrumento más de la política migratoria, éste tiene como bien jurídico tutelado la política migratoria estatal. Por ello, las críticas deberían haberse dirigido a poner de manifiesto la falta de legitimidad del precepto. Un bien jurídico no adquiere relevancia penal por el mero hecho de que el Legislador haya previsto para él una pena, sino por ciertas características que lo hagan merecedor de la misma<sup>216</sup>. Pero una cosa es lo que debería ser y otra lo que realmente es. Y de lo que no cabe duda y así lo acabó reconociendo el propio Legislador es que de *facto* en el delito de tráfico ilegal de personas únicamente se está protegiendo en su tipo básico el interés estatal en el control de los flujos migratorios, consolidándose una clara administrativización del Derecho penal.

La doctrina mayoritaria teniendo en cuenta la propia rúbrica del Título XV bis CP, identificaba el bien jurídico penal protegido con los derechos de los ciudadanos extranjeros. A pesar de este punto en común, son varias las hipótesis que se defienden, introduciendo matices en cuanto a la concreción material de los derechos que pueden verse afectados por la conducta de tráfico ilegal, considerando que lo que se protege es la integración social de los extranjeros, su status jurídico<sup>217</sup>, la integridad moral o la

---

*clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constituya delito”.*

<sup>215</sup> Ante el mismo problema de inaplicación del ilícito administrativo se encontrarán los defensores de la dignidad humana como bien jurídico protegido, pues éstos han manifestado que la concurrencia de ánimo de lucro, así como la participación de una organización criminal, son ejemplos de conductas en las que se produce la cosificación de la persona. Difícilmente puede establecerse, a pesar de la diferencia de bienes jurídicos, un ámbito de aplicación propio para ambos ilícitos, penal y administrativa, pues la prevalencia del orden penal lo impediría.

<sup>216</sup> En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 2ª edición, Ed. B d F, Montevideo- Buenos Aires, 2010, p. 438.

<sup>217</sup> La virtualidad práctica a la hora de restringir el alcance de la conducta típica de algunas de estas posiciones doctrinales es limitada. Difícilmente podemos encontrar algún caso en el que favoreciendo la inmigración clandestina o tráfico ilegal no se afectase al bien jurídico si éste se identifica con el status jurídico del extranjero o con los derechos reconocidos en la Legislación de extranjería. Cualquier ayuda a la entrada irregular supondrá una afectación a esos derechos, pues ésta le lleva a la irregularidad, con el correspondiente status jurídico limitado que se le reconoce. Además, la afectación de estos derechos no se produciría de forma inmediata sino con una estancia prolongada en el territorio, pudiéndose producir en ese momento dificultades en su integración social. Además, las referencias que el precepto realiza al tránsito o salida de España carecen de importancia a efectos del bien jurídico, pues no se afectarían esos derechos por no ser el objetivo del tráfico ilegal que el extranjero se establezca en territorio español. En este sentido, Vid. CANCIO MELIÁ y MARAVER GÓMEZ, “El derecho penal español ante la inmigración: Un estudio político-criminal”, en *op.cit.*, p. 370.



propia dignidad. La falta de concreción en el tipo penal sobre los derechos que se ven afectados, permite esta divergencia de opiniones.

En este segundo bloque se sitúan aquellos autores que, de acuerdo con la rúbrica del Título XV bis CP, entendieron que en el delito de tráfico ilegal de personas se tutelan los derechos de los extranjeros, identificando estos derechos con aquellos de configuración legal que reconoce el ordenamiento jurídico español a los ciudadanos extranjeros en situación regular<sup>218</sup>. Aunque olvidan estos autores que “el bien jurídico, en definitiva, no puede estar representado por unos derechos que no existen”<sup>219</sup>. No es el sujeto que realiza el tráfico ilegal de personas el que impide el ejercicio de determinados derechos y libertades a los extranjeros que entran de forma irregular en España, sino que es la propia Ley de Extranjería quien niega la posibilidad a éstos de ejercerlos<sup>220</sup>. La marginación o exclusión que pueden sufrir los extranjeros en situación irregular en el disfrute de los derechos básicos será la misma con independencia de que la conducta de entrada ilegal sea realizada con ayuda de terceros (delito del art. 318 bis CP) o bien de forma individual (conducta atípica), precisamente porque es el Derecho de extranjería el que le otorga un status jurídico diferente.

De forma temprana SERRANO PIEDECASAS identificó el bien jurídico penalmente protegido, en este delito, con el “*derecho que tiene todo emigrante legal a una plena y efectiva integración social*”<sup>221</sup>. Esa integración social se identifica con los derechos y libertades constitucionalmente reconocidos en el Título I de la CE, tal y como se encuentran configurados por la LODYLE y los Tratados internacionales. La relevancia constitucional de la integración social del extranjero y su vinculación con los derechos fundamentales, es lo que justifica, en opinión de este autor, que dicho delito se haya configurado como de peligro abstracto. Una vez concretado ese status jurídico, el autor considera que el tráfico ilegal de personas impide a los extranjeros que lo sufren, alcanzarlo y disfrutar de esas libertades que el ordenamiento jurídico

---

<sup>218</sup> Estos autores, intentan otorgar al delito un contenido material que permita legitimar la intervención punitiva realizada por el Estado. Buscan un bien jurídico protegido más allá del control de los flujos migratorios basándose en la propia identificación que del bien jurídico realiza el propio Legislador mediante la rúbrica del Título XV bis CP. Lo cierto es que la virtualidad práctica de estas tesis para limitar el alcance de la conducta típica es muy reducida, por lo que la principal función que parecen cumplir es la de justificar la intervención punitiva del Estado, al intentar identificar en el precepto algo más que el control de los flujos migratorios.

<sup>219</sup> Vid. CANCIO MELIÁ y MARAVER GÓMEZ, “El derecho penal español ante la inmigración: Un estudio político-criminal”, en op.cit., pp. 369-370.

<sup>220</sup> En este sentido, entre otros, Vid. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La inmigración como delito. Un análisis político criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del artículo 318 bis CP*, op.cit., p. 57; HORTAL IBARRA “A vueltas sobre el bien jurídico-penal protegido en los mal llamados “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros””, en op.cit., p. 476; CANCIO MELIÁ y MARAVER GÓMEZ, “El derecho penal español ante la inmigración: Un estudio político-criminal”, en op.cit., p. 370; PÉREZ CEPEDA, *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, op.cit., p. 169.

<sup>221</sup> Vid. SERRANO-PIEDRECASAS, José Ramón, “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en LAURENZO COPELLO, Patricia (coord. a), *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p.312; SERRANO-PIEDRECASAS, “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, op.cit., p. 385.

reconoce, como consecuencia de su condición de irregularidad<sup>222</sup>. El fundamento material del injusto del art. 318 bis CP se basa en la privación o menoscabo del disfrute de tales libertades por parte del extranjero víctima del tráfico ilegal, impidiendo su integración social<sup>223</sup>. En un sentido muy similar, RODRÍGUEZ MESA<sup>224</sup> concreta el objeto de tutela con el *status* jurídico del extranjero, es decir, los derechos y libertades que le son reconocidos al mismo por el ordenamiento jurídico español<sup>225</sup>. Son los derechos y libertades, que conformarán el *status* jurídico del extranjero, aquellos que permiten, según la autora, la existencia de un espacio vital para el desarrollo en libertad, principalmente derechos de naturaleza económica y social. Los bienes jurídicos protegidos en el tipo básico no son aquellos de naturaleza individual<sup>226</sup> que pueden verse en peligro por el tráfico ilegal, sino que el objeto jurídico protegido son los derechos que les reconoce el ordenamiento jurídico como colectivo específico de ciudadanos. Estos derechos, no persiguen la integración social, sino que “posibilitan el acceso a bienes y servicios que sirven para satisfacer necesidades humanas básicas, como la vivienda o el trabajo y el acceso a los derechos básicos (sindicación, huelga, reunión, expresión...)”<sup>227</sup>. Teniendo en cuenta lo dicho, en la medida en la que la situación de irregularidad del extranjero le priva de estos

---

<sup>222</sup> Vid. GARCÍA ESPAÑA, Elisa y RODRÍGUEZ CANDELA, José Luis, “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: El artículo 318 bis del Código penal”, *Actualidad Penal*, núm. 29, 2002, p. 728; También, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La inmigración como delito. Un análisis político criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del artículo 318 bis CP*, op.cit., p. 58. En palabras de esta última autora “... las cifras de irregularidad disminuyen paulatina y drásticamente con arreglo al tiempo de estancia del inmigrante en nuestro país y que gran parte de nuestros inmigrantes con papeles entraron en su día en nuestro país de forma irregular... no resulta ni mucho menos evidente que la entrada irregular suponga necesariamente, o al menos por un largo plazo, la privación de derechos y un obstáculo para la integración”.

<sup>223</sup> En este sentido RODRÍGUEZ MESA manifiesta que si bien, el derecho a la integración del extranjero legalmente establecido, es un objetivo de las normas administrativas, no puede ser considerado como un bien jurídico-penal. Vid RODRÍGUEZ MESA, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, op.cit., p. 57. CONDE-PUMPIDO completa estas críticas, al recordar que la integración social es un derecho pero no una obligación que pueda exigirse al extranjero. Además, no puede olvidarse que aunque el extranjero en situación irregular tenga mayores dificultades para la integración, ésta puede producirse, e incluso su situación de irregularidad puede cambiar mediante los procesos extraordinarios de regularización o bien por cumplir los requisitos para obtener los permisos por circunstancias excepcionales o por arraigo, previstas en el art. 31 LODYLE. Vid. CONDE PUMPIDO TOURÓN, “Delitos contra los derechos de los Extranjeros”, en op.cit., p. 293.

<sup>224</sup> En RODRÍGUEZ MESA, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, op.cit., p. 58.

<sup>225</sup> Al *status* jurídico del extranjero también se refiere NAVARRO CARDOSO, concretándolo en aquellos derechos sociales y políticos que son de titularidad de los españoles pero que pueden ser ejercitados por los extranjeros de acuerdo con la legislación, identificando la integración social como la finalidad político-sancionadora. Vid. NAVARRO CARDOSO, *RP*, núm. 10, 2002, p. 49.

<sup>226</sup> Estos bienes jurídicos individuales se encuentran presentes, junto con el bien colectivo, en los subtipos agravados presentes en el precepto. Pero la autora niega que se protejan en el tipo básico bienes personales, principalmente, porque la ubicación sistemática del Título XV bis CP sería errónea, debiéndose situar entre los delitos contra las personas. Vid. RODRÍGUEZ MESA, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, op.cit., p. 59.

<sup>227</sup> Algunos de los derechos que la autora reconoce como esenciales para el desarrollo como la libertad, como el derecho de reunión, la libertad de sindicación, asociación y huelga, han sido reconocidos a todos los extranjeros con independencia de su situación administrativa, a través de la reforma de la LODYLE, operada por la LO 2/2009 para dar cumplimiento a la STC (Pleno) 236/2007, de 7 de noviembre (Ponente: Magistrada doña María Emilia Casas Baamonde), al ser considerados inherentes a toda persona.

derechos, el tráfico ilegal puede ser susceptible de poner en peligro la satisfacción de esas necesidades básicas. Con la tipificación de la conducta de tráfico, lo que se pretende es proteger a un colectivo<sup>228</sup>, los ciudadanos extranjeros, que por sus particulares circunstancias, puede ser objeto de abuso y negación de derechos.

Asimismo, CONDE PUMPIDO TOURÓN<sup>229</sup> considerando que el bien jurídico identificado por el propio Legislador en el Título XV bis CP debe estar presente en el tipo penal, concreta estos derechos protegidos en aquellos que el ciudadano extranjero hubiese podido llegar a disfrutar en caso de que su entrada en territorio español hubiese sido realizada por los cauces y procedimientos legalmente establecidos, así como los derechos que durante el tránsito se ponen en peligro. El delito previsto en el art. 318.1 bis CP se configura como un delito de peligro abstracto contra dichos derechos<sup>230</sup>.

Siguiendo con esta línea, otro amplio sector de la doctrina, que puede considerarse mayoritario, mantiene que la protección de los ciudadanos extranjeros se realiza en el art. 318 bis CP a través de la identificación del bien jurídico con la dignidad de las personas. La realización del tráfico ilegal o la inmigración clandestina no supone, para este sector doctrinal, una afectación a los hipotéticos derechos de los que el extranjero podría disfrutar en España si hubiese entrado por los cauces legalmente establecidos, sino la afectación a derechos de los que el extranjero es titular, de la dignidad en cuanto es la base inherente de esos derechos. Se defiende que el tipo básico del art. 318 bis CP protege la dignidad humana. Es precisamente esta línea doctrinal la que puede ser de utilidad a la hora de determinar el bien jurídico protegido en el nuevo delito de trata de seres humanos, precisamente porque estos autores identifican el tráfico ilegal con una conducta más cercana a la trata de personas que a la inmigración clandestina o irregular.

---

<sup>228</sup> Al adquirir el bien jurídico protegido naturaleza colectiva, deberá negarse la eficacia del consentimiento prestado, al ser el bien jurídico indisponible. Esta naturaleza colectiva implica también que es indiferente el número de personas que han sido objeto del tráfico ilegal, pues existirá un único delito, permitiendo, a su vez, la apreciación de un concurso entre este delito y otros delitos que lesionen bienes jurídicos individuales. Vid. RODRÍGUEZ MESA, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, op.cit., p. 60.

<sup>229</sup>Vid. CONDE PUMPIDO TOURÓN, “Delitos contra los derechos de los Extranjeros”, en op.cit., p. 287.

<sup>230</sup> En el mismo sentido, GARCÍA ÁLVAREZ, Patricia, DEL CARPIO DELGADO, Juana, “Los delitos relativos al régimen de extranjería”, en RODRÍGUEZ BENOT, Andrés y HORNERO MÉNDEZ, César (coords.), *El nuevo derecho de extranjería: estudios acerca de la Ley Orgánica sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, Granada, 2001, p. 389. Los autores se manifiestan en los siguientes términos: “se incrimina un tipo de conducta, el tráfico ilegal, en la medida en que el tráfico del que son objeto los extranjeros ponga en peligro (abstracto) los derechos de los que disfrutarían de ser su entrada, tránsito y salida del territorio español efectuadas conforme a los cauces legalmente establecidos”.

Una de las primeras autoras en identificar la dignidad como bien jurídico protegido en el delito de tráfico ilegal de personas fue VILLACAMPA ESTIARTE<sup>231</sup> que intentando dotar de antijuricidad material al ilícito penal para evitar su conversión en un delito formal carente de contenido. El reconocimiento de la dignidad humana, que se configura como base para el ejercicio de todos los derechos, impide que las personas puedan ser tratadas como objetos. Según esta concreción del bien jurídico el precepto penal lo que pretende prevenir es que las personas sean tratadas como meras mercancías<sup>232</sup>. La ubicación del Título XV bis tras los *delitos contra los derechos de los trabajadores* atendiendo al bien jurídico dignidad no parece la más adecuada, así este sector doctrinal mantiene que su introducción debería haberse previsto tras el Título VII “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral” al considerar la fuerte vinculación existente entre el delito de tráfico de personas, previsto en el art. 318 bis CP y la trata de personas como forma de nueva esclavitud, tal y como ha sido definida y configurada por los instrumentos internacionales y comunitarios.

Es de destacar que la propia autora reconoció con posterioridad<sup>233</sup> que los cambios legislativos operados por la Ley Orgánica 11/2003<sup>234</sup>, dificultan mantener la identificación del bien jurídico con la dignidad, al carecer esta postura cada vez de un menor apoyo legal. Pero a pesar de estas dificultades legales, mantiene la necesidad de realizar una interpretación teleológica del tipo basada en el reconocimiento de la dignidad como objeto jurídico tutelado en el delito. Para ello lleva a cabo una interpretación restrictiva tanto de “tráfico ilegal” como de “inmigración clandestina”.

---

<sup>231</sup> Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, “Título XV BIS. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), *Comentarios al nuevo Código penal*, 2ª Edición, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2001, p. 1517.

<sup>232</sup> De la misma opinión es PADILLA ALBA al considerar que la finalidad del art. 318 bis es evitar la cosificación de los seres humanos, es decir, su trato como género vendible. Se protegen los derechos de los ciudadanos extranjeros, en cuanto la dignidad humana implícita en ellos, impide que puedan ser tratados como burdas mercancías. Vid. PADILLA ALBA, Herminio, “La inmigración clandestina”, en FERNÁNDEZ LE GAL, Annaïck y GARCÍA CANO, Sandra (dirs.), en *Inmigración y derechos de los extranjeros*, Ed. Servicios de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2005, pp.221-222. También, GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando, “El nuevo delito de tráfico ilegal de personas”, en LAURENZO COPELLO, Patricia (coord.), *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, p. 289. Mantiene el autor que lo que se pretende proteger es el derecho de los extranjeros a libertad, seguridad y en última instancia su dignidad como personas; También, PÉREZ FERRER, *Análisis dogmático y político-criminal de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, op.cit., p. 48. Esta autora considera que son aquellos derechos inherentes a las personas, con independencia de su situación administrativa los que se protegen en el tráfico ilegal, en cuanto éste produce una afección a la libertad, seguridad y sobre todo a la dignidad de las personas sometidas a tráfico.

<sup>233</sup> Este reconocimiento puede verse en VILLACAMPA ESTIARTE, “Título XV BIS. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en op.cit. 3ª Edición, p.1668; También en, VILLACAMPA ESTIARTE, “Normativa Europea y regulación del tráfico de personas en el Código Penal Español” en op.cit., pp. 93 y ss.; VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, “El nuevo delito de tráfico de personas”, *Diario la Ley*, Año XXV, núm. 5963, jueves, 26 de febrero de 2004 [<http://diariolaley.laley.es>].

<sup>234</sup> Principalmente la incorporación de la inmigración en el tipo básico como conducta alternativa al tráfico ilegal de personas y el mantenimiento del Título XV bis en su actual ubicación sistemática, tras los Delitos contra los Derechos de los trabajadores.

Si bien la autora, vincula el tráfico ilegal de personas con la trata de seres humanos<sup>235</sup> identificándolo con el transporte de personas como si fueran cosas<sup>236</sup>, la labor más importante y novedosa es la realizada a la hora de restringir el término “inmigración clandestina”, puesto que si no se limita su alcance la importancia práctica de asimilar el término tráfico con la trata sería nula, pues las penas previstas en el precepto son las mismas para ambas conductas. Así, la inmigración clandestina, para esta autora, no hace referencia a toda inmigración que se produzca incumpliendo el régimen de entrada previsto en la LODYLE, sino sólo aquélla que incumpliendo la normativa de extranjería se realice abusando de la situación de necesidad en la que se encuentran los ciudadanos extranjeros<sup>237</sup>.

Son muchos los autores que mantienen esta misma postura en términos similares a los expuestos. Destacable es la argumentación realizada por PÉREZ CEPEDA<sup>238</sup> que concreta la referencia genérica a los derechos de los ciudadanos de los extranjeros en el tipo básico del precepto en la dignidad humana, al considerar que debe excluirse de esa referencia aquellos derechos individuales de los inmigrantes que son lesionados o puestos en peligro cuando son introducidos en el territorio<sup>239</sup>, y que se encuentran protegidos en otros preceptos penales sin establecer diferenciación entre extranjeros y nacionales o son tenidos en cuenta en los subtipos cualificados del propio art. 318 bis CP. Lo que el tipo básico pretende proteger es la dignidad humana del extranjero, que sería puesta en peligro o lesionada cuando el sujeto es degradado a la condición de mera mercancía en su relación con el traficante, convirtiéndose en un

---

<sup>235</sup> Y ello a pesar de que tal y como se configura el tipo en el derecho positivo español poco tiene que ver con la trata de personas tal y como ha sido conceptualizada en el derecho internacional y comunitario.

<sup>236</sup> Lo que se pretende evitar es la cosificación de los seres humanos, su trato como mercancía. No se exige que se produzcan vejaciones sobre las personas trasladadas pero sí exige, como mínimo, el aprovechamiento de la situación de necesidad intrínseca en la que se encuentran los nacionales de países subdesarrollados.

<sup>237</sup> La presencia de esta situación de necesidad en el tipo básico la fundamenta, la autora, en el hecho de que la LO 11/2003 suprimió la modalidad cualificada del tráfico, cuando éste se realizaba abusando de una situación de necesidad. Esta supresión puede entenderse si “*se razona que dicha supresión no se ha producido por la consideración de que cualquier traslado poblacional efectuado con inmigrantes ilegales se hace abusando de la situación de necesidad genérica que éstos padecen, sino que resulta necesaria la inclusión en el tipo básico del traslado producido en aquellas condiciones*”. Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, “Normativa Europea y regulación del tráfico de personas en el Código Penal Español” en RODRÍGUEZ MESA, M<sup>a</sup> José y RUÍZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón (coords.) *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el Siglo XXI*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 102. La réplica a este argumento la encontramos en MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La inmigración como delito. Un análisis político criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del artículo 318 bis CP*, op.cit., p.60 (nota a pie de página núm.71), al considerar que la LO 11/2003 no suprime la circunstancia cualificada de situación de necesidad de la víctima sino que la sustituye por la de abuso de situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima.

<sup>238</sup> PÉREZ CEPEDA, *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, op.cit., p. 170; También en, PÉREZ CEPEDA, “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (artículo 318 bis reformado por la LO 11/2003)”, en op.cit., pp. 109-117-118.

<sup>239</sup> Vida, libertad, integridad física, salud, libertad religiosa e incluso la dignidad como derecho individual. Vid. PÉREZ CEPEDA, *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, op.cit., p. 170.

objeto más de negocio. Se produciría así una lesión de la dignidad humana en su vertiente individual<sup>240</sup>. La particularidad de la postura defendida por esta autora es la referencia a la dimensión no sólo individual sino también colectiva de la dignidad humana<sup>241</sup>, en un intento de concretar un bien jurídico tan indeterminado como éste. Así, en el delito de tráfico ilegal de personas se protegería la dimensión individual y colectiva del bien jurídico, identificado como la dignidad humana del extranjero.

Los extranjeros irregulares son un colectivo que se encuentra en una situación de especial vulnerabilidad, en parte como resultado de la regulación que de la entrada y permanencia en España realiza la LODYLE; son sujetos susceptibles de ser explotados y privados de derechos<sup>242</sup>. La dignidad en su dimensión colectiva, como valor y principio constitucional, permite tutelar a los extranjeros frente aquellas conductas lesivas de la dignidad humana como “miembros de un grupo discriminado o sensible”<sup>243</sup>, por tratarse de hechos que afectan a las posibilidades de participación del extranjero en el sistema, impidiendo la satisfacción de las necesidades humanas<sup>244</sup>. Por lo tanto, con la dimensión colectiva lo que pretende es poner de manifiesto que cuando se habla de tráfico de personas, se limita a aquellas conductas que afectan a las posibilidades de participación del extranjero en el sistema e impiden la satisfacción de sus necesidades humanas, aquellas conductas que los colocan en una situación de desventaja por no reunir las características personales y sociales exigidas para ser extranjero regular. Por tanto, quedarían al margen del Derecho penal aquellas aportaciones a la inmigración irregular que no supongan una explotación abusiva de la

---

<sup>240</sup> Al igual que manifestaba VILLACAMPA ESTIARTE, la dignidad de la persona excluye que el extranjero pueda ser considerado como un mero instrumento o mercancía, anulando su condición de seres libres. Vid. PÉREZ CEPEDA, *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal, op.cit.*, p. 172.

<sup>241</sup> Comparte la misma opinión, MORENO-TORRES HERRERA, María Rosa, “La protección penal del menor Extranjero”, en ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (dir.) y PÉREZ ALONSO, Esteban Juan (coord.), en *El derecho Penal ante el fenómeno de la inmigración*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p.467. Sigue un planteamiento similar GARCÍA ARÁN, que se refiere a la dignidad humana en sentido individual, como el derecho a ser tratado como una persona, implicando el tráfico ilegal una afectación a la misma al tratarse al extranjero como una “mercancía sobre el que se ejercen atributos del derecho de propiedad (usándola o disponiendo de ella como si fuera una cosa)”. Otorga, con posterioridad, carácter colectivo al bien jurídico protegido al tener en cuenta la dimensión colectiva de la dignidad. Vid. cita en PÉREZ ALONSO, *Tráfico de personas e inmigración clandestina (Un estudio sociológico, internacional y jurídico penal)*, op.cit., p. 352.

<sup>242</sup> Es la falta de igualdad en el reconocimiento de los derechos fundamentales, la que permite que el tráfico coloque a los extranjeros en una situación desventaja, por lo que el tráfico genera un peligro respecto a esos derechos,

<sup>243</sup> Vid. PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel y QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Las normas penales españolas: cuestiones generales”, en GARCÍA ARÁN, Mercedes (coord. a), *Trata de personas y explotación sexual*, Ed. Comares, Granada, 2006, p 175.

<sup>244</sup> La propia autora reconoce que mantener que con la introducción del art. 318 bis CP se pretende proteger los derechos humanos de los inmigrantes puede considerarse un argumento cínico, pero sólo con una interpretación acorde con ello puede admitirse la legitimidad penal de la intervención y mantener los principios y garantías del derecho penal. Vid. PÉREZ CEPEDA, *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal, op.cit.*, p. 169.

necesidad, permitiendo que el inmigrante conserve su capacidad para controlar razonablemente las circunstancias del traslado<sup>245</sup>.

En términos similares GUARDIOLA LAGO<sup>246</sup> mantiene que en el delito de tráfico ilegal de personas se protege la dignidad del conjunto de inmigrantes o ciudadanos extracomunitarios que se encuentran en situación de vulnerabilidad, la cual ha sido creada por factores económicos y sociales y, en muchos casos, por la propia política migratoria de los Estados. Esta vulnerabilidad unida al control del fenómeno migratorio<sup>247</sup> por la persona que ayuda a la entrada, es lo que permite a la autora defender que el tráfico ilegal se realiza abusando de una situación de necesidad del extranjero, conculcándose con ello su dignidad. Como VILLACAMPA, esta autora encuentra en la supresión, en el año 2003, de la circunstancia de abuso de situación de necesidad que caracterizaba uno de los tipos agravados previstos en el art. 318 bis CP un argumento para considerar que este abuso de necesidad se encuentra implícito en el tipo básico.

Una posición intermedia entre la posición que identifica el bien jurídico con los derechos de los ciudadanos extranjeros y la dignidad humana como objeto jurídico tutelado en el delito de tráfico ilegal de personas, es la defendida por SILVA CASTAÑO<sup>248</sup>, que relaciona la dignidad humana con la futura integración social de los extranjeros. Lo que se pretende evitar con la tipificación de este delito es la creación de una situación de discriminación y abuso, que supone colocar al extranjero en una situación de vulnerabilidad para el ejercicio de los derechos que le son inherentes, dificultando el proceso de integración social. Sólo alcanzarán relevancia penal aquellas conductas que sean realizadas atentando contra la dignidad de una persona al favorecer su entrada irregular en el territorio y no preocupándose, posteriormente, de su integración social. Quedan al margen del Derecho penal, de acuerdo con esta postura, todas aquellas conductas subsumibles en el tipo que se hayan realizado por

---

<sup>245</sup> PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, “Propuesta legislativa para la armonización de las Decisiones Marco relativas a los delitos de tráfico ilícito de personas”, en ARROYO ZAPATERO, Luis, NIETO MARTÍN, Adán y CRESPO BARQUERO, Pedro (coords.), en *La armonización del derecho penal español: Una evaluación legislativa*, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, Suplemento al número 2015, de 15 junio de 2006, p.116.

<sup>246</sup> GUARDIOLA LAGO, *El tráfico de personas en el derecho penal español*, op.cit. , pp. 147 y ss.

<sup>247</sup> Según la autora, existe un control del fenómeno migratorio por parte del traficante cuando existe un dominio del hecho, es decir, cuando éste, entre otras cosas, decide la ruta a seguir, el medio de transporte, el momento de realizarla o el país de destino. Se produce así un abuso de la situación de necesidad en la que se encuentra el extranjero, lesionando su dignidad al limitar su libertad y autodeterminación.

<sup>248</sup> Vid. SILVA CASTAÑO, María Luisa, “Estudio del artículo 318 bis del Código Penal español”, en ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (dir.) y PÉREZ ALONSO, Esteban Juan (coord.), en *El derecho Penal ante el fenómeno de la inmigración*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 185; SILVA CASTAÑO, “Protección penal de los ciudadanos extranjeros”, en CUERDA RIEZU, Antonio y AA.VV. (coords.), *La respuesta del derecho penal ante los nuevos retos. IX Jornadas de profesores y estudiantes de Derecho Penal de las Universidades de Madrid, celebradas en la Universidad Rey Juan Carlos los días 8,9 y 10 de marzo de 2005*, Madrid, 2006, p. 438.

solidaridad y en las que con posterioridad se haya buscado la integración en la sociedad receptora.

Teniendo en cuenta la dignidad humana como eje central en el delito de tráfico ilegal de personas, encontramos un sector doctrinal que identifica el bien jurídico protegido con la integridad moral que no deja de ser una manifestación de la dignidad humana. Su máximo exponente, es DE LEÓN VILLALBA<sup>249</sup>, aunque hay otros autores<sup>250</sup> que coinciden con él al identificar el bien jurídico, objeto de tutela penal, con la integridad moral, que supone la inviolabilidad de la libertad e impide que la persona sea tratada como un objeto o instrumento por parte del Estado o de los demás<sup>251</sup>. El tráfico personas, en el marco de la explotación<sup>252</sup>, constituye” el ejemplo paradigmático de un trato inhumano y degradante que afecta a la personalidad convirtiendo a la persona en un objeto de comercio”<sup>253</sup>. De acuerdo con esta concepción del tráfico de personas, reconoce el autor que las formas agravadas no son tales, sino la expresión propia de la conducta, pues en ellas se recogen los elementos que la caracterizan<sup>254</sup>. Nos encontramos ante un bien jurídico protegido de carácter individual, aunque el autor matiza que en este caso es indisponible, por lo que el

---

<sup>249</sup> Vid. DE LEÓN VILLALBA, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, op.cit., p. 247.

<sup>250</sup> En este sentido, DE LA CUESTA ARZAMENDI, *EPC*, núm. 21, 1998, p.70. Este autor se decanta por la integridad moral como bien jurídico. También, LAURENZO COPELLO, Patricia, “Últimas reformas en el derecho penal de extranjeros: Un nuevo paso en la política de exclusión, *Revista Jueces para la democracia. Información y Debate*, núm. 50, 2004, p. 35. Disponible en <http://www.juecesdemocracia.es>. Esta autora afirma que hasta la modificación operada por la LO 11/2003, era la integridad moral y no el riesgo genérico e indeterminado de afectación a la dignidad humana, el bien jurídico protegido en el delito. Sancionándose así sólo aquellos actos de promoción o favorecimiento, que supongan someter al inmigrante a la condición de mero objeto de intercambio, de instrumento al servicio de intereses de terceros. Con la inclusión de la conducta típica inmigración clandestina como alternativa la autora parece abandonar dicha concepción del bien jurídico protegido.

<sup>251</sup> La integridad moral se verá lesionada cuando se niegue a la persona plena capacidad de decidir, cuando la pérdida de la dignidad hace que pierda sus condiciones de ser libre, de forma que no quepa atribuir su conducta como propia. Vid. DE LEÓN VILLALBA, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, op.cit., p. 249.

<sup>252</sup> Debe tenerse en cuenta que el autor identifica el Tráfico ilegal de personas previsto en el art. 318 bis CP con la trata de personas. La finalidad de explotación es inherente, tal y como se desprende de la normativa internacional, en contraposición con el concepto de inmigración clandestina que identifica con el traspaso de fronteras contraviniendo la normativa administrativa. Para el autor tráfico es, “realizar la conducta de traslado empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de necesidad, o de vulnerabilidad de la víctima, que habitualmente ponen en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas. Tráfico es, igualmente, la realización del desplazamiento migratorio de menores o incapaces, y tráfico, es el desarrollo de la misma prevaleciéndose del carácter de autoridad, agente o funcionario público. Conductas todas ellas dirigidas a la explotación de las personas, en cualquiera de las vertientes”. Este pronunciamiento previo a la modificación operada por la LO 11/2003 y a la correspondiente introducción de la inmigración clandestina en el tipo básico del art. 318 bis CP, ha sido ratificado por el autor en artículos posteriores, Vid. DE LEÓN VILLALBA, “El marco europeo de lucha contra el tráfico de personas y la legislación sancionadora española”, en op.cit., p.111.

<sup>253</sup> DE LEÓN VILLALBA, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, op.cit., p. 250.

<sup>254</sup> Vid. DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier, “El marco europeo de la lucha contra el tráfico de personas y la legislación sancionadora española”, en ARROYO ZAPATERO, Luis, NIETO MARTÍN, Adán y CRESPO BARQUERO, Pedro (coords.), en *La armonización del derecho penal español: Una evaluación legislativa*, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, Suplemento al número 2015, de 15 junio de 2006, p.111.



consentimiento otorgado por el sujeto pasivo carecerá de efectos respecto a la tipicidad de la conducta, pero sin realizar una justificación de esta decisión. Estableciéndose, además, la posibilidad de apreciar concursos con otros delitos que afecten a bienes jurídicos individuales. Así, como obliga a considerar la existencia del mismo número de delitos como personas afectadas por la conducta<sup>255</sup>.

La determinación del bien jurídico en la dignidad o integridad moral permite identificar en el delito un bien jurídico de suficiente entidad, como es la dignidad de las personas que permite justificar la intervención penal en el ámbito de la inmigración, así como otorgar un instrumento para la realización de una interpretación teleológica del tipo que permita limitar el alcance de la conducta típica. Serán típicas aquellas aportaciones a la inmigración que produzcan una lesión o puesta en peligro de la dignidad humana<sup>256</sup>. El punto en común de las diferentes posiciones adoptadas en torno a la dignidad, es la idea de que el tráfico ilegal de personas supone la conversión del inmigrante en una mercancía. Se produce, lo que los autores han denominado, un proceso de cosificación o mercantilización de las personas, afectando con ello a su dignidad.

La concurrencia de ciertas circunstancias en el proceso migratorio implica reducir a las personas a meros objetos o mercancías. La presencia de ánimo de lucro o la finalidad de explotación, así como el traslado en condiciones inhumanas, suponen ejemplos, en los que la dignidad de las personas puede vulnerarse. Pero son precisamente esas circunstancias que transforman a la persona en una mercancía las que el Legislador ha previsto en los subtipos agravados del precepto<sup>257-258</sup>, por lo que habrá que preguntarse qué conductas son las que castiga el tipo básico<sup>259</sup>. De acuerdo con el bien jurídico dignidad y las construcciones realizadas por sus defensores, este tipo básico quedaría limitado a aquellos supuestos en los que hay un abuso de la

---

<sup>255</sup> DE LEÓN VILLALBA, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, op.cit., p. 252.

<sup>256</sup> En este sentido, vid. CANCIO MELIÁ y MARAVER GÓMEZ, “El derecho penal español ante la inmigración: Un estudio político-criminal”, en op.cit., p.372; HORTAL IBARRA “A vueltas sobre el bien jurídico-penal protegido en los mal llamados “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros””, en op.cit., p. 477.

<sup>257</sup> Así, el apartado segundo del precepto se refería a la finalidad de explotación sexual, mientras que el tercero lo hacía a la presencia del ánimo de lucro, de violencia, intimidación, engaño, abuso de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, así como de una puesta en peligro de la vida, salud o integridad de las personas.

<sup>258</sup> Vid. FERNÁNDEZ TERUELO, “El proceso social de la determinación de la normativa administrativa y penal en materia de inmigración”, en op.cit., pp. 246-247; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La inmigración como delito. Un análisis político criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del artículo 318 bis CP*, op.cit., pp. 61-62.

<sup>259</sup> Incluso algunos defensores de esta postura han afirmado la dificultad de separar el tráfico ilegal, entendido como afectación a la dignidad, de las circunstancias agravatorias previstas por el Legislador. “*Las formas agravadas no son tales, sino la expresión propia de la conducta, pues en ellas se recogen los elementos que lo caracterizan*”, En este sentido, DE LEÓN VILLALBA, “El marco europeo de lucha contra el tráfico de personas y la legislación sancionadora española”, p.111.

situación de necesidad de la víctima<sup>260</sup> o bien, de forma general se hace referencia, a que exista cierta actividad organizada susceptible de atentar contra la dignidad de los extranjeros<sup>261</sup>. Ahora bien, este abuso de la necesidad de la víctima se encontraba también presente en el subtipo agravado del apartado tercero (actualmente apartado segundo), ya que como se ha comentado anteriormente, la situación de vulnerabilidad de la víctima supone que ésta no tenga otra alternativa real y aceptable que la de someterse a la situación de abuso, es decir, es un medio por el cual se somete su libertad atentando contra su dignidad<sup>262</sup>.

Si a estas dificultades, le unimos las importantes reformas operadas por el Legislador, mediante la Ley Orgánica 11/2003, es difícil, por no decir imposible<sup>263</sup>, mantener una interpretación teleológica del tipo básico del delito basada en la dignidad humana, precisamente por la configuración definitiva que ha adoptado el precepto penal. Antes de la mencionada reforma, y no con ciertas dificultades, la conducta consistente en el tráfico ilegal de personas, podía ser interpretada de forma restrictiva de forma que en ella se introdujesen elementos propios, de lo que en el ámbito internacional y comunitario, se identifica con la trata de personas, siendo posible limitar la aplicación del tipo básico a aquellas conductas que supusiesen una afectación al bien jurídico-penal dignidad. La expresión “inmigración clandestina” incluida en el tipo básico es lo suficiente clara como para impedir una interpretación restrictiva del término tráfico ilegal, que permita su diferenciación. Si se quiere mantener la coherencia del propio tipo penal no es posible conceptualizar el tráfico ilegal como algo distinto a la inmigración clandestina, ya que la pena prevista en el tipo básico es la misma para el tráfico ilegal que para la inmigración clandestina por lo que debe existir cierta identidad entre ellas. Si se mantiene la diferenciación entre tráfico e inmigración, existiría una desproporcionalidad, al considerar merecedoras de la misma pena conductas que atentan contra bienes jurídicos de naturaleza diversa y no equiparable.

---

<sup>260</sup> Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, “Normativa Europea y regulación del tráfico de personas en el Código Penal Español” en op.cit., p. 102; GUARDIOLA LAGO, *El tráfico de personas en el derecho penal español*, op.cit., pp.147-ss.

<sup>261</sup> Vid. PÉREZ CEPEDA, *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, op.cit., p. 242. La autora no explicita cuáles son esas conductas susceptibles de afectar a la dignidad humana.

<sup>262</sup> La vulnerabilidad es definida como “condición que resulta de la forma en la que los individuos experimentan negativamente la compleja interacción de los factores sociales, culturales, económicos, políticos y ambientales que conforman el contexto de sus respectivas comunidades”. Siendo indicadores de esta situación de vulnerabilidad la edad, el género, la pobreza, la exclusión social y cultural, la educación limitada, la inestabilidad política, la guerra y los conflictos, los marcos sociales, culturales y jurídicos y el desplazamiento impuesto por coacción. . Vid. UNODC, “An Introduction to Human Trafficking: vulnerability, Impact and Action?”, Naciones Unidas, Nueva York, 2008. Disponible [www.undoc.org](http://www.undoc.org) [última visita, 12 de abril 2014].

<sup>263</sup> Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, “Título XV BIS. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en op.cit., p.1668; LAURENZO COPELLO, *Revista Jueces para la democracia. Información y Debate*, núm. 50, 2004, p.35.

### 2.1.3. Delito pluriofensivo

Ante las posturas contrapuestas existentes en lo que a la determinación del bien jurídico se refiere, surgen las posiciones eclécticas que afirman que el art. 318 bis CP tiene un carácter pluriofensivo. Dentro de ellas, pueden diferenciarse distintas posturas doctrinales. Desde aquellos que identifican el bien jurídico del tipo básico con el interés estatal en controlar los flujos migratorios y la presencia de bienes jurídicos personales en los subtipos agravados, a aquéllos que mantienen que con este delito lo que se protege inmediatamente es el control de los flujos migratorios como un aspecto concreto del orden socioeconómico y mediatamente los derechos individuales de los inmigrantes como colectivo.

Entre aquellos autores que identifican el bien jurídico protegido en el tipo básico con el interés estatal en controlar los flujos migratorios o la política migratoria, encontrándose presentes en los subtipos agravados bienes jurídico-penales de carácter individual<sup>264</sup>, como son la libertad, la vida o la integridad física de las personas, debe mencionarse a PALOMO DEL ARCO. Este autor diferencia entre el tipo básico del apartado primero y alguno de los subtipos agravados para concluir que mientras que en el primero se sancionan penalmente ilícitos administrativos, en alguno de los subtipos agravados la dignidad del ciudadano extranjero está presente con la intención de “evitar su explotación, especialmente por grupos organizados dadas las precarias condiciones de desamparo en que la irregularidad o clandestinidad les coloca”<sup>265</sup>.

Con ciertas diferencias, DURO VENTURA<sup>266</sup> mantiene que la integridad de los derechos de los ciudadanos extranjeros será esencialmente el bien jurídico protegido, aunque también se encuentra presente el interés del Estado en regular los flujos migratorios<sup>267</sup>. En un sentido similar se pronunciaba<sup>268</sup> LAURENZO COPELLO al mantener el carácter pluriofensivo del delito, identificando la presencia en el tipo básico de un bien jurídico de naturaleza individual, como es la integridad moral de los

---

<sup>264</sup> Vid. TORRES FERNÁNDEZ, María Elena, “El Tráfico de personas con fines de inmigración ilegal del artículo 318 bis del Código penal”, *Diario La Ley*, Año XXVII, núm. 6491, 26 de mayo de 2006, pp. 5-6. En sentido similar, LÓPEZ CERVILLA, José M<sup>a</sup>, “El extranjero como víctima del delito. Análisis de los tipos penales (Artículos 318 bis, 313.1 y 312.2. 2º del Código Penal)”, *Estudios Jurídicos*, 2004, p. 2656. ([www.cej-mjusticia.es](http://www.cej-mjusticia.es)).

<sup>265</sup> Vid. PALOMO DEL ARCO, “Criminalidad organizada y la inmigración ilegal”, en op.cit., p.175. En el mismo sentido, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Protección y expulsión del extranjero en derecho penal*, op.cit., p. 205.

<sup>266</sup> Vid. DURO VENTURA, César, “Los extranjeros y el derecho penal”, en PALOMAR OLMEDA, Alberto (coord.), en *Tratado de Extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*”, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004, p. 501.

<sup>267</sup> En sentido similar, GRANADOS PÉREZ, Carlos, “Inmigración ilegal y derecho penal”. Publicaciones del Ministerio Fiscal, CEJ. Ministerio de Justicia, 2005, p. 404. Disponible en <http://cej.mjusticia.es> [Última consulta, 24 julio de 2013].

<sup>268</sup> La autora tras la reforma realizada por la LO 11/2003 parece abandonar esta interpretación del delito de tráfico ilegal de personas, al considerar que con la reforma operada, es imposible mantener la integridad moral como objeto de protección penal en el delito.

ciudadanos extranjeros, y uno complementario de carácter supraindividual que concreta en el interés del Estado en controlar los movimientos migratorios<sup>269</sup>. GARCÍA ESPAÑA y RODRÍGUEZ CANDELA mantienen que en el tipo básico del delito se pretende proteger de forma abstracta, además del control de fronteras, los derechos individuales de las personas que se ven afectadas por la conducta, configurándose los subtipos como agravaciones por la puesta en peligro concreta de esos derechos individuales<sup>270</sup>. Tutelando el control de los flujos migratorios se pretende evitar conflictos sociales, laborales y de orden público que podrían influir en la convivencia pacífica. Los derechos de los extranjeros tutelados en el precepto serían aquellos que durante la realización de la conducta se ponen en peligro y no aquellos hipotéticos derechos de los que se verían privados los extranjeros una vez en territorio español como consecuencia de su situación de irregularidad.

Una particular postura es la defendida por RODRÍGUEZ MONTAÑÉS<sup>271</sup>. A pesar de la rúbrica del Título XV bis, los derechos individuales de los ciudadanos extranjeros como colectivo se configuran como bienes intermedios con función representativa del bien jurídico supraindividual institucionalizado realmente protegido que identifica con el orden socioeconómico. En sentido amplio el orden socioeconómico es entendido por la autora como el conjunto de condiciones e instituciones básicas para el mantenimiento del vigente sistema económico y social, constituyéndose el fenómeno migratorio como un fenómeno socioeconómico y una cuestión de estado. Ante la imposibilidad de tutelar el orden socioeconómico de forma general, el Legislador opta por tutelar diferentes aspectos del mismo, en este caso el fenómeno migratorio. Para esta protección se acude a los delitos de peligro abstracto, por la imposibilidad de tipificar la lesión o puesta en peligro, recurriendo a los derechos individuales de los extranjeros como colectivo.

Una tesis, especialmente novedosa, es la mantenida por PÉREZ ALONSO<sup>272</sup>, que identifica dos clases de bienes jurídicos protegidos en el tipo básico. La peculiaridad se encuentra en el punto de partida de este autor, ya que distingue en el tipo básico dos conductas delictivas de distinta naturaleza, el “tráfico ilegal de personas” y la “inmigración clandestina”, a cada una de las cuales le correspondería la protección de un bien jurídico distinto. Mientras que en la modalidad delictiva del tráfico ilegal de personas, identifica el *status libertatis*<sup>273</sup> como el bien jurídico protegido. En la

---

<sup>269</sup> LAURENZO COPELLO, Patricia, “La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros”, *RDPC*, núm. 12, julio 2003, p.74.

<sup>270</sup> Vid. GARCÍA ESPAÑA y RODRÍGUEZ CANDELA, *Actualidad Penal*, núm. 29, 2002, pp. 732-734.

<sup>271</sup> En RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, “Ley de extranjería y derecho penal”, en *La ley: Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 5261, 2001, p. 1737-1738.

<sup>272</sup> Vid. PÉREZ ALONSO, *Tráfico de personas e inmigración clandestina (Un estudio sociológico, internacional y jurídico penal)*, op.cit., pp. 356, 357, 364, 375.

<sup>273</sup> Este *status libertatis*, al que se refiere el autor, estaría integrado por la integridad moral junto con la libertad y la seguridad de las personas traficadas. Se trata, por tanto, de un bien jurídico de carácter personal, similar a la postura mantenida por DE LEÓN VILLALBA.

inmigración clandestina el objeto de tutela penal se concreta en el interés estatal en controlar los flujos transfronterizos de personas, de acuerdo con la política migratoria fijada por el Estado, para preservar intereses propios, como la cohesión social o de tipo socioeconómico. Además de esta diferenciación de conductas el autor realiza otra serie de interpretaciones que difícilmente pueden asumirse desde el punto de vista de derecho positivo. Para este autor, la inmigración clandestina sancionada penalmente, en el art. 318.1 bis CP es aquella que se realiza con ánimo de lucro, siendo atípicas aquéllas en las que este elemento subjetivo no se encuentra presente<sup>274</sup>. Esta postura, implicaría el traslado de una circunstancia agravante como es el ánimo de lucro al tipo básico cuando estemos ante supuestos de inmigración clandestina. A su vez, tampoco tendría virtualidad práctica en el tráfico ilegal de personas, identificado como trata de seres humanos, ya que la finalidad de explotación presupone la presencia de un ánimo lucrativo y, por tanto, cuando estuviese presente esa finalidad explotadora tampoco podría aplicarse la agravación para evitar la vulneración del principio non bis in ídem<sup>275</sup>. Respecto a la conducta de tráfico ilegal, considera que la violencia, intimidación engaño o abuso de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima son elementos esenciales de la conducta y, por tanto, no podría apreciarse a través del tipo agravado del apartado tercero del precepto (actual apartado segundo).

Las dificultades para la determinación del bien jurídico penalmente protegido son obvias por lo que no es de extrañar que la Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España, identifique una pluralidad de bienes jurídicos, como son los derechos que el ciudadano podría llegar a disfrutar en caso de que su entrada o tránsito se hubiese realizado en condiciones de legalidad, los derechos que se ponen en peligro durante el traslado, así como el interés estatal en el control de los flujos migratorios. Siendo posible identificar un bien jurídico supraindividual identificable con el orden socioeconómico.

---

<sup>274</sup> No olvida el autor que el ánimo de lucro se configura como un elemento cuya concurrencia dará lugar a la aplicación del subtipo agravado previsto en el apartado tercero del precepto. Pero para evitar esta limitación considera que el ánimo de lucro debe considerarse consustancial e inherente a la inmigración clandestina formando parte integrante del tipo básico, proponiendo con ello que para evitar una vulneración del principio non bis in ídem, no se aplique la agravación prevista en el apartado tercero. La agravación por ánimo de lucro, sería de aplicación, según el autor, cuando nos encontrásemos ante una conducta de tráfico ilegal en la que se acredite este elemento subjetivo. PÉREZ ALONSO, *Tráfico de personas e inmigración clandestina (Un estudio sociológico, internacional y jurídico penal)*, op.cit., p. 317.

<sup>275</sup> Sirva como ejemplo, STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1080/2006, 2 noviembre, F.J. 3º, (Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca), [ROJ: STS 7451/2006] en la que se afirma que la existencia de ánimo de lucro es inherente a la finalidad de explotación sexual, de manera que quien explota o pretende explotar la prostitución de otros no lo hace de forma desvinculada de las ganancias económicas.

### **2.1.4. Toma de postura**

Una vez expuestas las diferentes posturas sobre el concreto bien jurídico protegido en el delito de tráfico ilegal de personas, deben hacerse una serie de consideraciones previas.

El tipo básico del art. 318 bis CP tal y como se encuentra redactado, sanciona penalmente al que directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la UE. El hecho de que en la redacción del tipo básico no se haga referencia a la afectación o puesta en peligro de los derechos de los extranjeros, unido a la existencia de un claro consenso en el ámbito internacional y comunitario sobre qué debe entenderse por tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina, me lleva a mantener que el objeto de tutela penal en el tipo básico no es otro que el interés del Estado en controlar los flujos migratorios.

La determinación del bien jurídico penalmente protegido en un tipo penal no puede realizarse prescindiendo del texto legal, pues ello podría suponer defender una posición contraria a lo descrito en la propia conducta o incluso vaciar de contenido el tipo penal<sup>276</sup>. El lenguaje tiene como características propias la ambigüedad y vaguedad, lo que supone que los términos son susceptibles de ser interpretados, de forma extensiva o restrictiva, incluso en el Derecho penal. Ello con el fin de incluir o excluir conductas en el alcance de la norma, siempre y cuando éstas se mantengan dentro del sentido literal posible, evitando así la analogía<sup>277</sup>.

En este caso, los defensores de la dignidad como bien jurídico penalmente protegido realizan una interpretación correctora del tipo, intentando restringir el alcance del término “tráfico ilegal”, para excluir de la conducta típica todas aquéllas que carezcan de la lesividad exigida para afectar o poner en peligro ese bien jurídico identificado con la dignidad de las personas objeto de tráfico ilegal. El problema es que dicha interpretación restrictiva choca directamente con la redacción del precepto que el Legislador ha realizado.

El término tráfico puede tener desde un punto de vista gramatical diferentes significados, según el diccionario de la Real Academia española (RAE), tráfico es definido, en su primera acepción, como la acción de traficar y, en la tercera, como movimiento o tránsito de personas o mercancías, entre otras, por cualquier medio de

---

<sup>276</sup> Vid. HORTAL IBARRA “A vueltas sobre el bien jurídico-penal protegido en los mal llamados “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros””, en op.cit., p. 475.

<sup>277</sup> La falta de acuerdo en la doctrina sobre la interpretación del término tráfico ha sido puesta de manifiesto, entre otros, por MAYORDOMO RODRIGO, Virginia *El delito de tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas*, Ed. Iustel, Madrid, 2008, pp. 112-ss.

transporte<sup>278</sup>. De acuerdo, con estos conceptos de tráfico, son dos las interpretaciones posibles de la conducta tráfico ilegal a la que se refiere el art. 318 bis CP. Por un lado, aquella que identifica esta conducta con el comercio o negocio con personas<sup>279</sup>, refiriéndose la ilegalidad del tráfico al carácter no lícito del negocio. No debe olvidarse que las personas son *res extra commercium*, por lo que cualquier negocio que recaiga sobre ellas alcanzará la consideración de ilícito, por afectar directamente a la dignidad de las personas<sup>280</sup>. Por otro lado, otra posible interpretación consiste en identificar el tráfico ilegal de personas con el movimiento o traslado de personas de manera ilegal, la ilegalidad en este caso se refiere a la entrada en el territorio contraviniendo la normativa de extranjería que regula el régimen de entrada y permanencia en el territorio de un Estado.

El hecho de que la conducta típica se describa como el tráfico ilegal de personas “*desde, en tránsito o con destino a España o con destino a otro país de la Unión Europea*” parece reforzar la segunda de las interpretaciones que lo relacionan con el traspaso ilegal de fronteras. Parece, por tanto, que el Legislador cuando introduce el término tráfico ilegal de personas lo hace pensando en aquellas conductas dirigidas a favorecer el traspaso de fronteras internacionales conculcando la correspondiente normativa administrativa<sup>281</sup>.

La introducción de la inmigración clandestina como conducta alternativa<sup>282</sup> al tráfico ilegal de personas parece reforzar la interpretación que en este trabajo se acoge de tráfico ilegal. Así, el término inmigración hace referencia al establecimiento de un extranjero en un territorio del que no es natural, mientras que el adjetivo “clandestina” que le acompaña le otorga el carácter de oculta. Se refiere, por tanto, el precepto a aquella inmigración que se realiza eludiendo la normativa administrativa existente en

---

<sup>278</sup> Diccionario de la Real Academia española (vigésima segunda edición) [www.rae.es](http://www.rae.es). No se menciona la segunda acepción por referirse a la circulación de vehículos por calles o caminos.

<sup>279</sup> La RAE define traficar como comerciar o negociar con el dinero y las mercancías así como hacer negocios no lícitos.

<sup>280</sup> Autores como CANCIO, MARAVER y HORTAL, han puesto de manifiesto que la ilegalidad a la que se refiere el precepto sería un simple pleonasma ya que toda comercialización de personas resulta ilegal. Vid. HORTAL IBARRA “A vueltas sobre el bien jurídico-penal protegido en los mal llamados “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros””, en *op.cit.*, p. 489; CANCIO MELIÁ y MARAVER GÓMEZ, “El derecho penal español ante la inmigración: Un estudio político-criminal”, en *op.cit.*, p. 353.

<sup>281</sup> Defensores de otras posturas sobre el bien jurídico protegido coinciden también con esta definición de tráfico ilegal como traspaso de fronteras. Así, PADILLA ALBA, “La inmigración clandestina”, en *op.cit.*, p. 229.

<sup>282</sup> La utilización de la conjunción “o” en el precepto para considerar conductas alternativas el tráfico ilegal de personas y la inmigración clandestina ha sido vista por algunos como una voluntad del Legislador de diferenciar entre ambas, aunque las equipare a efectos de imposición de penas. Así, si la ilegalidad comprendiese la clandestinidad y el tráfico equivaliese al traslado de personas, la introducción del término inmigración clandestina es superflua e innecesaria. En este sentido, vid. Voto particular del Magistrado D. José Martín Pallín realizado a la STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 994/2005, 30 de mayo (Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca), [ROJ: STS 3465/2005]; También en este sentido, PÉREZ ALONSO, *Tráfico de personas e inmigración clandestina (Un estudio sociológico, internacional y jurídico penal)*, *op.cit.*, pp. 356,357, 364, 375.

la materia. Pero, además, la clandestinidad de la inmigración, equivale en la práctica jurisprudencial a la ilegalidad de la misma. Los términos “inmigración clandestina” e “ilegal” han sido utilizados por la jurisprudencia como sinónimos, puesto que la ilegalidad en la intermediación del traslado se produce cuando éste se realiza evitando los puestos habilitados, es decir, ocultándose físicamente del control de las autoridades (inmigración clandestina en sentido estricto), así como cuando se realiza con apariencia de legalidad (cumpliendo con los requisitos legales de entrada pero con una finalidad distinta a la inicialmente declarada), tal y como ha recogido el TS en el Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de 13 de julio de 2005<sup>283</sup>.

La jurisprudencia mayoritaria también acude a esta equivalencia de los términos tráfico ilegal e inmigración clandestina cuando de forma expresa entiende que se produce la inmigración clandestina y el tráfico ilegal en los supuestos en los que el traslado de personas se produce de forma ilícita<sup>284</sup>.

De lo dicho hasta el momento debe concluirse que el art. 318 bis CP equipara el tráfico ilegal de personas con la inmigración clandestina, no siendo posible mantener que se produzca por la ilegalidad en el traspaso de fronteras una vulneración de la dignidad de las personas. **No hay relación de causalidad** entre la entrada ilegal en un territorio y la afectación a la dignidad de las personas, puesto que en este caso la persona no se convierte en objeto de negocio, sino que dicho objeto es la prestación de un servicio, eso sí, en este caso ilícito, como es el traslado a otro Estado contraviniendo la normativa<sup>285</sup>.

La delimitación conceptual realizada sobre los términos tráfico ilícito o inmigración irregular en el ámbito comunitario e internacional, refuerza esta opción interpretativa del término tráfico ilegal. La peculiaridad que se produce en el caso español, en cuanto a estos instrumentos internacionales<sup>286</sup>, ha favorecido la confusión de los términos en la doctrina. Así, el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes,

---

<sup>283</sup> La conducta de inmigración clandestina ya había sido analizada por la jurisprudencia, de acuerdo con el art. 313.1 CP, por lo que el concepto de la misma se encuentra delimitada en numerosas sentencias. Puede decirse que es posible identificarla con aquella que se lleva a cabo mediante una entrada cuya realidad física se oculta a las autoridades y también con aquella entrada realizada declarando falsamente una finalidad legítima para la entrada, es decir, con apariencia de legalidad. En este sentido, STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 994/2005, 30 de mayo, F.J. 2º, (Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar), [ROJ: STS 3465/2005]. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 994/2005, 30 de mayo (Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar), [ROJ: STS 3465/2005]; STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1045/2003, de 18 de julio, F.J. 2º, (Ponente: José Ramón Soriano Soriano), [ROJ: STS 5171/2003], SAP Almería (Sección 1ª) núm. 80/2005, de 5 de abril, F.J. 2º, (Ponente Benito Gálvez Costa), [ROJ: SAP AL 197/2005].

<sup>284</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 308/2010, de 18 de marzo, F.J. 11º, (Ponente: Carlos Granados Pérez), [ROJ: STS 1744/2010].

<sup>285</sup> Así se pone de manifiesto en DAUNIS RODRÍGUEZ, “Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas”, *Indret*, (1), 2010, [www.Indret.com], p. 13.

<sup>286</sup> En este sentido, PÉREZ ALONSO, *Tráfico de personas e inmigración clandestina (Un estudio sociológico, internacional y jurídico penal)*, op.cit., p. 153-154.



recibe una nomenclatura diferente en su versión inglesa al hacer referencia al “*smuggling of migrants*”, lo que en castellano debería haberse traducido por contrabando de migrantes y no como tráfico ilícito, mientras que el correspondiente Protocolo de lucha contra la trata de seres humanos se refiere al “*Trafficking in persons*”, cuya traducción debería haber sido tráfico de personas y no trata de personas. La versión española de estos Protocolos, no ha recogido de forma clara los términos utilizados por la versión original de los mismos. Conscientes de esta discrepancia, una correcta utilización de los términos nos obliga a tener presente que el tráfico ilegal de personas debe entenderse como equivalente al contrabando o a la inmigración irregular. Tras esta aclaración, parece factible que el Legislador introdujese en nuestro ordenamiento penal el tráfico ilegal de personas con la voluntad de tipificar el contrabando o inmigración irregular.

Los instrumentos comunitarios, que tratan de forma separada ambos fenómenos delictivos, diferencian entre trata de personas (definiéndola igual que lo hacía el Protocolo de la ONU de lucha contra la trata) e inmigración irregular (que es definida en términos similares al tráfico ilegal conceptualizado por la ONU). Así, los términos tráfico ilegal o ilícito, contrabando de inmigrantes e inmigración irregular o clandestina son términos equivalentes que se refieren a la entrada y permanencia en un territorio del que no se es nacional o residente permanente, contraviniendo la normativa de extranjería que lo regula; y todos ellos deben diferenciarse de la trata de seres humanos o personas que en cuanto se vincula con la esclavitud puede suponer una ataque a la dignidad de las mismas al convertirlas en un objeto de negocio susceptible de generar importantes beneficios a través de la explotación, negando mediante la concurrencia de ciertos medios comisivos, la libertad y autodeterminación de las personas.

Por tanto, las conclusiones alcanzadas nos llevan a mantener que en el tipo básico, el Legislador ha tipificado, sin exigir que concurra ningún otro elemento, la ayuda a la inmigración irregular, siendo el interés en el control de los flujos migratorios el bien jurídico penalmente protegido. Son susceptibles de subsumirse en el tipo todas aquellas conductas que supongan un favorecimiento o promoción de la inmigración ilegal de personas, cuando ellas hayan dado su consentimiento a dicho traslado. Si se trata de un traslado forzoso<sup>287</sup>, por no existir consentimiento, será porque la víctima es un menor de edad o incapaz o bien porque concurre alguna circunstancia que invalida el consentimiento, como pueden ser la violencia, intimidación, engaño, abuso de una situación de superioridad o de una situación de

---

<sup>287</sup> En este caso sí podría verse afectada la dignidad de la persona puesto que ésta implica que nadie sea obligado a desplazarse contra su voluntad, ni ser objeto de comercio cuando éstas no lo consientan o el consentimiento que presten este viciado. Vid. PÉREZ FERRER, Fátima, “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.), *Comentarios al Código Penal. Segunda Época*, t (X) vol. I, CESEJ Ediciones, Madrid, 2006, p. 475.

vulnerabilidad de la víctima, todas ellas previstas en el subtipo agravado del apartado tercero del precepto.

Lo dicho sobre el alcance de las conductas típicas se ve reforzado por otros argumentos complementarios, como es el *sedes materiae*. El art. 318 bis CP se ubica en el Código Penal entre los “Delitos contra los derechos de los trabajadores” y los “Delitos relativos a la ordenación del territorio, protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”, muy alejado de los delitos contra las personas, que es donde le correspondería situarse si fuese la dignidad o integridad moral el bien jurídico protegido.

No obstante, el hecho de identificar como objeto jurídico penalmente protegido de *facto*, en el delito de tráfico ilegal de personas, el interés estatal en controlar los flujos migratorios, no implica que no comparta las críticas que la doctrina mayoritaria ha vertido sobre esta postura. El Derecho penal tiene como finalidad procurar a los ciudadanos una existencia pacífica, libre y socialmente segura<sup>288</sup>, en cuanto realiza una función de protección de importantes intereses sociales, a través de la prevención de delitos<sup>289</sup>. Esta protección social, a través del Derecho penal, debe respetar una serie de límites y garantías que derivan de la configuración del Estado como un Estado social, democrático y de derecho<sup>290</sup>. El desarrollo de la teoría de los fines del Derecho penal, por parte de la dogmática-penal proporciona un instrumento fundamental para analizar la legitimidad o ilegitimidad del derecho positivo<sup>291</sup>, pues una cosa es lo que debería ser y otra aquello que realmente es.

Los defensores de las tesis que identifican el bien jurídico con los derechos de los extranjeros, parten de esta idea del “deber ser” del Derecho penal en la sociedad, obviando que no siempre el derecho positivo es respetuoso con los principios y garantías del ordenamiento penal. Algunos de estos autores han reconocido cierto cinismo en el argumento de que la introducción en el Código Penal del tráfico ilegal de personas tenga como finalidad la protección de los derechos de los extranjeros, viéndose obligados a realizar interpretaciones forzadas del precepto para intentar legitimar la actuación penal<sup>292</sup>. Comparto con CANCIO Y MARAVER la opinión de que en ocasiones es preferible criticar el precepto y poner de manifiesto su falta de

---

<sup>288</sup> Vid. ROXIN, Claus “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?”, en HEFENDHL, Rolan, *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, (Edición española a cargo de Rafael ALCÁCER, María MARTÍN e Iñigo ORTIZ DE URBINA), Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, p.446.

<sup>289</sup> Vid. MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, 6ª edición, Ed. Reppertor, 2002, p. 124.

<sup>290</sup> Vid. MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, op.cit., p. 99.

<sup>291</sup> Vid. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 2ª edición, op.cit., p. 315.

<sup>292</sup> PÉREZ CEPEDA, *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, op.cit., p.169.

legitimidad, en lugar de realizar interpretaciones ajenas al derecho positivo<sup>293</sup> que tienden a justificar la incorrecta actuación estatal<sup>294</sup>, llevando a cabo una interpretación más allá de lo que permite el precepto<sup>295</sup>.

El interés estatal en controlar los flujos migratorios es un interés legítimo del Estado, que puede considerarse como bien jurídico merecedor de protección por parte del derecho al ser un interés social relevante, cuya lesión puede generar dañosidad social. Por ese motivo, las conductas que atenten contra el mismo son susceptibles de ser tipificadas y sancionadas por el Derecho administrativo. Sin embargo, un bien jurídico para adquirir relevancia penal, y, por tanto, para que la intervención punitiva esté legitimada debe reunir otras características que lo hagan merecedor de la misma. Como bien explica SILVA SÁNCHEZ “... *lo que convierte en penal a una infracción no es su sanción con una pena, sino determinadas características materiales de la propia infracción*”<sup>296</sup>.

Por lo tanto, lo discutible es si la tipificación como hecho punible de la ayuda a la inmigración irregular, cumple los requisitos exigidos por el principio de exclusiva protección de bienes jurídico penales como límite al *ius puniendi* estatal<sup>297</sup>. Este principio obliga a que únicamente se protejan mediante la tipificación de delitos, aquellas conductas que sean lesivas para bienes jurídicos de una relevancia fundamental que expresen las condiciones de la vida social permitiendo el libre desarrollo del individuo a través de su participación en el sistema social, aquéllas que el ser humano necesita para su libre autorrealización en sociedad. Además, cuando el bien jurídico cumpla estas características, será necesario, para que la intervención penal se encuentre legitimada, que la pena sea necesaria y merecida.

La inmigración irregular es una preocupación para los Estados, principalmente por los supuestos inconvenientes que una entrada excesiva y desordenada podría generar en el sistema económico y social establecido, originando posibles problemas de convivencia ciudadana. Se relaciona así la gestión de la inmigración con el sistema socioeconómico establecido en nuestra sociedad cuya valoración como fundamental provendría del reconocimiento constitucional del Estado como Estado social o del

---

<sup>293</sup> En este sentido, “*poner de manifiesto el problema puede tener una mayor carga crítica que pretender minimizarlo con soluciones parciales derivadas de una determinada apriorística del bien jurídico protegido*” Vid. CANCIO MELIÁ y MARAVER GÓMEZ, “El derecho penal español ante la inmigración: Un estudio político-criminal”, en op.cit., p. 376.

<sup>294</sup> Con tipos penales como éste, en el que la construcción del delito se realiza con total abstracción respecto al necesitado de protección, a la doctrina le es difícil la tarea de determinar el bien jurídico, así como la naturaleza del delito. Vid. FERNÁNDEZ TERUELO, “El proceso social de la determinación de la normativa administrativa y penal en materia de inmigración”, en op.cit., p. 244.

<sup>295</sup> Vid. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La inmigración como delito. Un análisis político criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del artículo 318 bis CP*, op.cit., p.66.

<sup>296</sup> Vid. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 2ª edición, op.cit., p. 438.

<sup>297</sup> Vid. MIR PUIG, *EPC*, núm. XIV, 1991, pp. 205y ss.

Bienestar<sup>298</sup> y el reconocimiento de los derechos sociales, así como por su vinculación con el manido recurso a la seguridad pública. Estas valoraciones, inicialmente, permiten considerar este interés estatal como bien jurídico-penal, en cuanto es posible que su lesión afecte a las posibilidades de autorrealización y participación social del individuo.

Lo cierto es que aunque la conducta pudiese afectar hipotéticamente a estos bienes jurídicos es necesario que la intervención penal se produzca únicamente cuando exista merecimiento y necesidad de la pena. Sólo cuando exista un merecimiento de la pena, por la existencia de un bien jurídico-penal, y que ésta sea necesaria, por la falta de eficacia de otros medios menos lesivos que el Derecho penal, se respetará el principio de intervención mínima, así como el carácter subsidiario y *ultima ratio* del Derecho penal<sup>299</sup>.

Los mecanismos utilizados por los Estados para la lucha contra la inmigración irregular, están basados principalmente, en el establecimiento de ilícitos administrativos que parecen mostrarse ineficaces para frenar la inmigración irregular. Ante esa presunta falta de eficacia, la opción ha sido acudir al Derecho penal como refuerzo del derecho administrativo sancionador. No obstante, hay que tener presente que el principio de intervención mínima impone la necesidad de acudir a medios menos lesivos que el Derecho penal y que no necesariamente deben tener el carácter de sancionadores. En este caso una política migratoria adecuada, tendente a la entrada ordenada de extranjeros y dirigida a la integración de los mismos en el país de acogida, unida al desarrollo de las políticas de cooperación y desarrollo con los países de origen, seguramente mostrarían una eficacia considerablemente mayor a la de cualquier tipificación administrativa o penal. Pues, son principalmente causas socioeconómicas las que se encuentran en el origen y crecimiento constante de la inmigración.

Sin embargo, no son estas costosas políticas los únicos instrumentos de los que dispone el Estado para luchar contra este tipo de conductas. El derecho administrativo, en general y el sancionador en particular, posee importantes mecanismos que pueden resultar sumamente eficaces para controlar los flujos migratorios. La obligación de los transportistas de comprobar la validez y vigencia de los documentos de viaje, así como la posibilidad de imponer la sanción de expulsión a aquellos extranjeros que comentan delitos o atentan contra la seguridad ciudadana y otras medidas previstas para el control de la inmigración con apariencia de legalidad, como sistemas

---

<sup>298</sup> En este sentido, ARROYO ZAPATERO, “Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos”, en op.cit., p. 33. También, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La inmigración como delito. Un análisis político criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del artículo 318 bis CP*, op.cit., p. 92.

<sup>299</sup> Vid. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 2ª edición, op.cit., p.393; MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, op.cit., p. 123.

informáticos que permitan conocer cuantas personas con visado de turista o con otro tipo de autorización de entrada no han salido del territorio tras el transcurso del tiempo de permanencia legalmente de extranjería. Incluso la ayuda a la entrada y permanencia irregular en el Estado se encuentra tipificada y sancionada administrativamente, en el art. 54 LODYLE, cuestión diferente es la falta de operatividad de la misma como resultado de la concreta tipificación que se ha realizado, al exigir la concurrencia de más elementos que el propio tipo penal.

Supuestos como los mencionados son sólo un pequeño ejemplo de los instrumentos de los que dispone el Estado para luchar contra esta inmigración irregular en todas sus manifestaciones, así como otros que todavía están por desarrollar. Parece existir una falta de voluntad en el Legislador de adoptar medidas menos lesivas que el Derecho penal y que pueden ser mucho más eficaces, pero que también pueden exigir una fuerte inversión económica y cuyos resultados se exteriorizarían a largo plazo. Se consolida la tendencia actual de utilizar el Derecho penal como instrumento político, en parte, por la sensación de rapidez en la actuación que genera en la ciudadanía<sup>300</sup>, con los inconvenientes que ello supone. Como bien expresa TERRADILLOS BASOCO, “*el precepto simbólico convive con la inhibición en esta materia de los poderes públicos, ya que la tipificación inadecuada acompaña la ausencia de otras políticas sociales o de prevención más costosas*”<sup>301</sup>.

Además, el principio de fragmentariedad, obliga a que únicamente sean sancionados penalmente los ataques más graves contra los bienes jurídico-penales. En el mismo sentido, el principio de lesividad (*nullum crimen sine iniuria*) impide la incriminación de que aquellas conductas que no impliquen una lesión o puesta en peligro del bien jurídico penalmente protegido, por carecer la conducta de la antijuricidad material exigida para ser típica.

Es difícil concluir que en el actual tipo penal se prevean los ataques más graves al bien jurídico protegido cuando la propia infracción administrativa prevé una conducta de mayor desvalor jurídico, al exigir la concurrencia de ánimo de lucro. La redacción del ilícito administrativo, así como la prevalencia del orden penal sobre el administrativo y la identificación en ambos preceptos del mismo bien jurídico

---

<sup>300</sup> La proclamación de objetivos preventivos de los delitos contra derechos de los ciudadanos extranjeros brinda legitimación política al discurso oficial que se decanta por soluciones punitivas. “*Esa legitimación oculta la renuncia real a estrategias políticas de integración que pudieran avanzar en la efectiva protección de los derechos del inmigrante*”. Vid. TERRADILLOS BASOCO, Juan María, “Inmigración, mafias y sistema penal. La estructura y la patina”, en FARALDO CABANA, Patricia, PUENTE ALBA, Luz María y SOUTO GARCÍA, Eva María, *Derecho penal de excepción: Terrorismo e inmigración*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 285.

<sup>301</sup> Vid. TERRADILLOS BASOCO, Juan María, “Las políticas penales europeas de inmigración”, en PUENTE ALBA, Luz María, ZAPICO BARBEITO, Mónica y RODRÍGUEZ MORO, Luis (coord.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración: retos contemporáneos de la política criminal*, Ed. Comares, 2008, p.210.

protegido, lleva a la inaplicación de la infracción administrativa<sup>302</sup>, salvo a lo que a la ayuda a la permanencia en situación irregular se refiere. El tipo básico previsto en el art. 318.1 bis CP es más amplio, al no exigir la concurrencia del ánimo de lucro ni la participación de una organización criminal, elementos ambos que se configuran en el delito como elementos de los subtipos agravados. Debe decirse, que a efectos del principio fragmentariedad y de lesividad, la conducta descrita administrativamente supone un ataque mayor al bien jurídico al poseer en términos de lesividad una mayor antijuricidad material. El intento de diferenciación de bienes jurídicos protegidos, en el ilícito administrativo y en el penal, no soluciona los conflictos que existen entre ambos<sup>303</sup>.

Sin entrar en si el bien jurídico concretado en el control de los flujos migratorios debe ser o no un bien jurídico penalmente protegido, aunque de *facto* lo sea, debe decirse que la actual configuración que en el Código Penal se hace del delito de tráfico ilegal de personas en su tipo básico, no está legitimada pues infringe principios fundamentales del Derecho penal como son el de intervención mínima, tanto en su manifestación del Derecho penal como *ultima ratio*, como el de fragmentariedad y el de lesividad. Además, la pena parece no ser necesaria, ni la conducta merecedora de la misma, convirtiéndose el Derecho penal en un instrumento más de la política migratoria del Estado cuya legitimidad no está justificada, atendiendo a consideraciones sobre el bien jurídico.

Lo expuesto hasta este momento pone de manifiesto las deficiencias de la legislación penal en materia de tráfico ilegal e inmigración clandestina, y tras subrayar de nuevo la crítica que esta tipificación en los términos realizados merece, será necesario hacer algunas consideraciones. Si bien es cierto que de *lege ferenda*, sólo queda solicitar al Legislador una reforma del precepto que además vaya acompañada de una reducción de las penas a imponer por su comisión.

Nos encontramos con un bien jurídico supraindividual, que debe entenderse que sirve a los individuos para proteger la seguridad y confianza en el buen funcionamiento del sistema establecido, en cuanto una entrada excesiva y desordenada de inmigrantes de manera irregular puede afectar las bases del sistema económico y social establecido. Ahora bien, la protección de un bien jurídico supraindividual no

---

<sup>302</sup> Vid. CANCIO MELIÁ y MARAVER GÓMEZ, “El derecho penal español ante la inmigración: Un estudio político-criminal”, en op.cit., pp. 366, 367 y 372; HORTAL IBARRA “A vueltas sobre el bien jurídico-penal protegido en los mal llamados “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros””, en op.cit., p. 500; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La inmigración como delito. Un análisis político criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del artículo 318 bis CP*, op.cit., p.79; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Protección y expulsión del extranjero en derecho penal*, op.cit., p. 211.

<sup>303</sup> En este sentido, PADILLA ALBA, “La inmigración clandestina”, en op.cit., p. 232, manifiesta que sólo los supuestos en los que no sea posible apreciar la lesión de la dignidad de quienes son objeto de tráfico ilegal o inmigración clandestina dará lugar a la aplicación, si concurren los requisitos para ello, de la infracción administrativa. También, PÉREZ CEPEDA, *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, op.cit., p. 189.

nos puede llevar a renunciar a la exigencia de lesividad de la conducta, que exige la afectación del bien jurídico protegido<sup>304</sup>. Únicamente serán punibles aquellas conductas que *ex ante* y *ex post* sean susceptibles de afectar al bien jurídico. El mero incumplimiento de una norma administrativa no puede justificar un injusto penal, ni tan siquiera la realización típica que no suponga riesgo para el bien jurídico penal protegido en el caso concreto.

Debe llevarse a cabo una interpretación restrictiva del tipo siendo conscientes del bien jurídico que de *facto* se está protegiendo, y, por tanto, al margen de consideraciones sobre los derechos y la dignidad de los ciudadanos extranjeros. Una interpretación de este tipo permitirá excluir del tipo básico aquellas conductas que por su irrelevancia no sean susceptibles de lesionar o poner en peligro el bien jurídico. Se evitarían con ello, resoluciones judiciales ciertamente sorprendentes, que a pesar de alegar como bien jurídico protegido los derechos de los extranjeros llegan a una interpretación formal del precepto<sup>305</sup>. Conductas consistentes en casos de entrada ostensible y visible por los puestos fronterizos, así como la ayuda a la permanencia o alojamiento de inmigrantes en situación irregular deben ser consideradas, como atípicas por no afectar al bien jurídico penal. Respecto a las conductas de alojamiento es de especial interés en cuanto la conducta típica de tráfico ilegal o inmigración clandestina se realiza en tránsito por España, al exigir que dicha ayuda, alojamiento o incluso el traslado entre diversos puntos de la península esté directamente relacionado con el proceso migratorio iniciado. Si dicho alojamiento es independiente no puede considerarse como lesivo del bien jurídico, pues la entrada irregular ya se habría realizado y la nueva conducta carece de la lesividad necesaria para afectar al bien jurídico. Es posible excluir también la ayuda a la entrada con fines altruistas o de solidaridad de la tipicidad de la conducta básica, puesto que difícilmente estos comportamientos puedan comprometer la política migratoria del Estado, salvo que se realizasen de forma habitual o en el marco de organizaciones que pudieran provocar entradas masivas de migrantes<sup>306</sup>. En estos casos la conducta *ex ante* no posee la

---

<sup>304</sup> En este sentido, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 216 y ss.

<sup>305</sup> Un claro ejemplo, es la STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1146/2009, de 18 de noviembre (Ponente Miguel Colmenero de Luarda), [ROJ: STS 7955/2009], que confirma la condena de una ciudadana de guinea ecuatorial que introduce a una menor, familiar de su compañero, por vía aérea en territorio español utilizando el pasaporte de su propia hija. En la sentencia se afirma que la entrada ha sido irregular y la menor continúa en dicha situación, por lo que existe un peligro para la integridad de sus derechos por la dificultad de hacerlos valer en la misma forma que cualquier ciudadano, a causa del temor a las consecuencias inherentes a su situación de irregularidad. A pesar, de que la conducta se ha realizado sin ánimo de lucro y con total seguridad, siendo la menor acogida y tratada con respeto por sus familiares, se confirma la condena, basándose en un hipotético temor futuro a la dificultad de ejercitar sus derechos. Una correcta interpretación debería llevarnos a negar la lesividad de la conducta ya que por sus características resulta inocua no sólo para afectar al control de los flujos migratorios sino también a los derechos del extranjero.

<sup>306</sup> En este sentido la STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 479/2006, de 28 de abril de 2006 (Ponente: Diego Antonio Ramos Gancedo), [ROJ: STS 3123/2006] en la que se absuelve a una persona que favoreció la entrada irregular en territorio español de su propio hermano.

suficiente entidad como para afectar el bien jurídico<sup>307</sup>. Es necesario realizar una interpretación restrictiva ya que dichas conductas podrían ser subsumidas en el tipo básico y sancionadas de acuerdo con éste, aplicando, eso sí, el subtipo atenuado previsto en el apartado sexto del precepto, que muestra en estos supuestos su finalidad<sup>308</sup>.

## **2.2. Bien jurídico protegido en el delito de trata de personas (art. 177 bis CP)**

Una vez expuestas las diferentes posturas sobre el concreto bien jurídico protegido en el delito de tráfico ilegal de personas se comprueba que la postura doctrinal mayoritaria partía de la consideración del delito de tráfico ilegal como algo más que un mero delito en el que se sancionaba penalmente la promoción o favorecimiento de la inmigración irregular. Precisamente ese plus lo buscaban en una íntima vinculación con el delito de trata de seres humanos, llegando incluso a vincular la expresión “tráfico ilegal de personas” con la trata de seres humanos en lugar de con la expresión “inmigración clandestina” que aparece en el mismo tipo penal<sup>309</sup>. Por ello, a pesar de la postura mantenida en esta tesis que identifica el bien jurídico protegido del art. 318 bis CP con la política migratoria; nada impide que las posturas defendidas por la doctrina mayoritaria respecto a la protección de la dignidad o de la integridad moral puedan ser ahora analizadas en relación con lo dispuesto en el art. 177 bis del Código Penal.

Asimismo, todos aquellos autores que en referencia al bien jurídico protegido en el art. 318 bis postularon que éste se identificaba con la integridad moral o la dignidad mantuvieron que su introducción debería haberse producido en el Libro II,

---

<sup>307</sup>La STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 569/2006, de 19 de mayo (Ponente: D. Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar), [ROJ: STS 3139/2006] se refiere a la necesidad de que la conducta cree un peligro abstracto relevante y grave para los derechos de los ciudadanos extranjeros a causa de la acción o promoción del tráfico ilegal de la inmigración clandestina; Se acaba absolviendo por considerar que la conducta es inocua o ilusoria para poner en peligro los flujos migratorios al considerar que la conducta realizada no posee la suficiente entidad como para afectar a los flujos migratorios, al no hacer desaparecer las sospechas de los agentes sobre la irregularidad de la entrada. Así, *“aunque esta forma de actuar pueda interpretarse como la expresión de un deseo de ayudar a esa persona a traspasar el control policial, es ilusorio, al menos desde el punto de vista de un observador objetivo e imparcial, pretender que las sospechas de los agentes policiales respecto de la utilización indebida de una documentación oficial por un desconocido, que, además, pretende entrar en un País procedente de otro distinto, va a desaparecer de modo inmediato solo por la intervención de un tercero, que no alega ni acredita vinculación alguna con el sospechoso que porta el documento, y que tampoco es conocida por los propios agentes, de modo que pudiera emplear cualquiera de esas relaciones para convencer a aquellos de la legalidad de la documentación”*.

<sup>308</sup> Ejemplos de la tipicidad y punibilidad de estas conductas son la SAP Málaga, Melilla, (Sección 7ª) núm. 15/2004 de 30 de marzo, (Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Rafael Benítez Yébenes), [ROJ: SAP ML 70/2004], así como la SAP de Cádiz, Ceuta, (Sección 6ª) núm. 156/2003, de 9 de diciembre, (Ponente: Luis de Diego Alegre), [ROJ: SAP CE 181/2003].

<sup>309</sup> PÉREZ ALONSO, *Tráfico de personas e inmigración clandestina (Un estudio sociológico, internacional y jurídico penal)*, op.cit., p. 308 y ss.



Título VII CP, rubricado “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”<sup>310</sup> o en otro título cercano<sup>311</sup> como finalmente ha ocurrido.

La identificación del bien jurídico comienza por acudir al título en el que se integra el delito. No obstante, en este caso son nulas las conclusiones respecto al bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos que pueden extraerse de la rúbrica del nuevo Título VIII bis del Libro II CP, intitulado como “Del delito de trata de seres humanos”. El Legislador, en contra de lo que suele ser habitual, ha optado en este caso por no identificar el objeto de tutela penal a través del título en el que se introduce el tipo penal.

No obstante, desde una perspectiva sistemática es posible extraer algunas conclusiones previas. Este nuevo Título se introduce entre el Título VII “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral” y el Título VIII en el que se integran los “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”. Por un lado, desde un punto de vista sistemático se introduce el delito de trata entre los delitos contra las personas. Por otro, parece haberse querido diferenciar la trata de seres humanos de los ataques contra la integridad moral y la libertad al introducir el delito en un título autónomo. Esta ubicación sistemática puede llevar a dudar sobre la adecuación de que sea la integridad moral el interés jurídico-penal tutelado en el delito. Sin embargo esta primera conclusión no puede ser automática, pues exige llevar a cabo un análisis más detallado del precepto, más si como ya hemos tenido oportunidad de comprobar, con ocasión del art. 318 bis CP, el Legislador no siempre realiza una correcta identificación del bien jurídico penal tutelado.

Ahora bien, en el propio Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010 el Legislador ha puesto de manifiesto su finalidad al incriminar la conducta. En el Preámbulo se reproduce lo que tanto la Comunidad internacional como la Unión Europea han expuesto en los correspondientes instrumentos supranacionales que ya se han analizado. De forma expresa se mantiene que el art. 177 bis CP tipifica un delito en el que prevalece la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren. Cuando se habla de trata de seres humanos la referencia a la dignidad de la personas como objeto de protección es una constante. En este sentido, tanto la Decisión Marco 2002/629 como el Convenio de Varsovia identifican la trata como una violación de los derechos humanos y un atentado contra la dignidad y la integridad de las personas. De forma expresa la Decisión Marco considera que la trata de seres humanos constituye una grave violación de los derechos fundamentales de la

---

<sup>310</sup> En opinión de LEÓN VILLALBA el tráfico de personas, en el marco de la explotación, se constituye como un ejemplo paradigmático de un trato inhumano y degradante que afecta a la personalidad convirtiendo a la persona en un objeto más de comercio. Vid. DE LEÓN VILLALBA, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, op.cit., p. 251.

<sup>311</sup> De esta opinión, VILLACAMPA ESTIARTE, *RP*, núm. 14, 2004, p. 187.

persona y de 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. Mientras que el Protocolo de Palermo y la Directiva 2011 optan por prescindir de cualquier referencia a la dignidad y califican de manera genérica el delito de trata como una grave violación de los derechos humanos.

Partiendo de estos criterios, inicialmente son dos las opciones que pueden mantenerse. La identificación del bien jurídico protegido con la dignidad o bien con los derechos humanos, concretados estos últimos en la libertad e integridad moral, entre otros. Pero además si tenemos en cuenta la concreta regulación que el tipo penal realiza, al exigir la concurrencia de un elemento subjetivo, como es la finalidad de explotación, ya sea sexual o laboral, así como la extracción de órganos también son otros los bienes jurídicos, tales como la libertad sexual, los derechos laborales o la integridad física, que pueden entrar en juego.

Teniendo en cuenta los textos internacionales y al propio Legislador español pueden esquematizarse las posiciones respecto al bien jurídico protegido en diferentes corrientes doctrinales: a) aquella que mantiene la dignidad como bien jurídico, o bien b) aquella que por el contrario identifica otros bienes jurídicos protegidos en el delito trata, identificándolo con la integridad moral, con la libertad o con una pluralidad bienes jurídicos (libertad sexual, derechos laborales e integridad física).

### ***2.2.1. Bien jurídico protegido “dignidad”***

Un selecto grupo de juristas mantuvo que la dignidad era el bien jurídico protegido en el delito de tráfico ilegal de personas, partiendo de la identificación del tráfico ilegal de personas con la trata de seres humanos. Lógicamente, si mantuvieron dicho pronunciamiento incluso cuando la regulación concreta del precepto lo dificultaba con más motivo mantienen dicha identificación en el nuevo tipo penal.

Son muchas las cuestiones que deben clarificarse previamente para determinar si en el delito de trata el bien jurídico protegido es, o debe ser la dignidad de la personas. Esta identificación del bien jurídico penalmente protegido con la dignidad parte de una premisa no pacífica en la doctrina, el reconocimiento de que la dignidad posee las características necesarias para constituir *per se* un objeto de tutela penal.

Por tanto, previamente habría que dilucidar si realmente la dignidad humana puede configurarse por sí misma como objeto de protección penal, no sólo en el delito de trata de seres humanos sino de forma general. La intangibilidad del concepto, las dificultades para definir la dignidad desde una perspectiva positiva y su concepción cambiante e incluso con consecuencias antagónicas a lo largo de la historia, convierte ésta en una complicada tarea. No obstante, estas dificultades en la determinación y alcance de la dignidad humana no son suficientes para su automática exclusión del

catálogo de bienes jurídicos susceptibles de protección penal, puesto que el honor, la integridad moral o incluso la indemnidad sexual, entre otros, son bienes jurídico-penales cuyo alcance y delimitación tampoco ha sido una cuestión pacífica en la doctrina y han requerido su determinación a través de una importante tarea doctrinal y jurisprudencial.

### **A) La dignidad como bien jurídico penal**

La dificultad de definir el contenido de la dignidad de la persona ha sido destacada por todos los autores que desde una u otra perspectiva se han adentrado en la ardua tarea de conceptualizar jurídicamente la dignidad humana<sup>312</sup>. A pesar de caracterizarse por ser un concepto vago e impreciso que se predica de todo ser humano por el mero hecho de serlo, existen unas notas comunes que se repiten en todos aquellos que dogmáticamente han intentado dotarla de contenido.

A pesar de su imprecisión las referencias a la dignidad humana son constantes en las declaraciones, pactos y Tratados internacionales desde finales de la II Guerra Mundial e incluso en las propias constituciones nacionales. No se trata ni mucho menos de una noción moderna, ya que su formulación contemporánea proviene de la época de la Ilustración, principalmente de la obra de Kant, aunque es en la actualidad cuando se hace referencia con mayor frecuencia a la dignidad humana. Así, no ha sido hasta una época relativamente reciente, principalmente tras el fin de la II Guerra Mundial<sup>313</sup>, cuando los instrumentos internacionales y las constituciones nacionales han incluido la mención a la dignidad humana, generalizando su presencia en todos los ordenamientos jurídicos<sup>314</sup>.

La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) aprobada por Naciones Unidas supuso un hito fundamental para el reconocimiento universal y garantía de los derechos humanos. Con su aprobación el 10 de diciembre de 1948 la Comunidad internacional se comprometió a defender la dignidad y la justicia de todos los seres humanos. Por primera vez, se proclama de forma expresa en un texto jurídico

---

<sup>312</sup> En este sentido, GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio, *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, p. 33; DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes, “Persona, dignidad y derecho Penal” en ARROYO ZAPATERO, Luís, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (dir.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, Ed. Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, Ediciones Universidad, Cuenca, 2001, p.210.

<sup>313</sup> Previamente, Constituciones como la de Weimar de 1919, la de Portugal de 1933 o la irlandesa de 1937 citan la dignidad de la persona. Vid. MÜNCH, Ingo, “La dignidad del hombre en el derecho constitucional alemán” (traducción de Alberto Oehling de los Reyes, *Foro. Revista de ciencias jurídicas y sociales, Nueva época*, núm. 9, 2009, p. 108.[<http://revistas.ucm.es/index.php/FORO>].

<sup>314</sup> Autores como MÜNCH o HABERMAS intentan explicar el motivo por el cual la protección jurídico-constitucional de la dignidad humana no comienza hasta el fin de la II guerra Mundial. Vid. MÜNCH *Foro. Revista de ciencias jurídicas y sociales, Nueva época*, núm. 9, 2009, p. 108; HABERMAS, Jünger, “La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos” (Traducción de Juan Luis Fuentes Osorio), *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 44, 2010, p. 107. [Disponible <http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/index>].

internacional la dignidad y el valor de la persona y se reconoce en su art. 1 que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. A partir de la DUDH, las referencias a la dignidad humana se han multiplicado, en textos internacionales dirigidos al reconocimiento de derechos humanos<sup>315</sup>, a la regulación de cuestiones sobre biomedicina, biotecnología o bioética<sup>316</sup> o incluso en la incriminación de conductas delictivas como la trata de seres humanos, por ejemplo, así como en las constituciones nacionales aprobadas tras la II Guerra Mundial<sup>317</sup>.

A pesar de la utilización reiterada de la dignidad humana es una nota común la falta de concreción de su contenido en estos textos nacionales e internacionales, lo que ha llevado a que su utilidad sea cuestionada por autores de muy variadas especialidades, filósofos o juristas, llegando a calificar el concepto como inútil<sup>318</sup> debido a la utilización confusa y controvertida que se hace de la misma según la concepción filosófica y moral de la que la se parta<sup>319</sup>, con consecuencias claramente contradictorias. Precisamente el carácter multidisciplinar de la dignidad humana explica las dificultades para su concreción jurídica, puesto que en ella están presentes no sólo aspectos filosóficos y morales, sino también conocimientos de otras ciencias ajenas a la jurídica, como la investigación genética o la biología<sup>320</sup>.

A diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos penales, como el francés que dentro del Libro relativo a los delitos contra las personas engloba en su Capítulo

---

<sup>315</sup> Entre otros, hacen referencia expresa a la dignidad Tratados internacionales de carácter universal como: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 ; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de la Discriminación Racial, del 21 de diciembre de 1965; la Convención sobre Tortura del 27 de diciembre de 1985 o la Convención sobre los Derechos del Niño, del 6 de diciembre de 1989, entre otros. Como también en instrumentos internacionales de carácter regional como: la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul) de 27 de julio de 1981.

<sup>316</sup> Entre otras declaraciones de la UNESCO, la Declaración sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de 11 de noviembre de 1997, la Declaración internacional sobre datos genéticos humanos de 16 de octubre de 2003o la Declaración universal de la Diversidad cultural de 2 de noviembre de 2001. Así como Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los Derechos Humanos y a la Biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997.

<sup>317</sup> Entre otras, la Ley Fundamental alemana de 1949 (art. 1), pasando por las de Grecia (art. 2), Portugal (art. 1) y España (art. 10), para llegar Constituciones más recientes de Europa Central y oriental (Estonia, Hungría, Albania, Bulgaria, Letonia, Lituania, Polonia, Eslovaquia, República Checa, Eslovenia).

<sup>318</sup> Para una mayor profundización sobre las posturas escépticas ante el concepto de dignidad, Vid. GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, “La dignidad y sus menciones en la Declaración”, en CASADO, María (coord.), *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre bioética y derecho humanos de la Unesco*, Ed. Thomson Reuters, Pamplona, 2009, pp. 43-64.

<sup>319</sup> Vid. VALLS, Ramón, “La dignidad humana”, en CASADO, María (coord.), *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre bioética y derecho humanos de la Unesco*, Ed. Thomson Reuters, Pamplona, 2009, pp.65-72, pueden verse las dos concepciones predominantes de dignidad, la católica tradicional y la de fundamentación kantiana.

<sup>320</sup> Vid. MÜNCH, *Foro. Revista de ciencias jurídicas y sociales, Nueva época*, núm. 9, 2009, p. 109.

V los delitos contra la dignidad, en España, nuestro Código Penal no prevé un título específico en el que se encuentren tipificados los delitos contra dignidad. No obstante, esta ausencia legislativa no ha impedido que diferentes penalistas hayan identificado como bien jurídico protegido la dignidad de la personas en alguno de los delitos tipificados de manera dispersa en el texto penal. Así, se acudió a la dignidad de la persona en el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis CP), se mantiene en los delitos contra la integridad moral (arts. 173 a 177 CP), en los delitos relativos a la manipulación genética (arts. 159 a 162 CP)<sup>321</sup>, en el delito de injurias en el que se lesiona la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación, o en el actual delito de trata de seres humanos que aquí nos interesa. La incorporación de nuevos delitos en Código Penal o el mantenimiento de alguno de ellos, relacionados de forma directa o indirecta, coloca en primer plano a la dignidad de la persona como bien jurídico penal.

La dificultad de aprehender el contenido de la dignidad es el fundamento para que un importante sector de la doctrina penal mantenga que la dignidad no es susceptible de protección directa e inmediata. Al Derecho penal, según esta postura doctrinal, le correspondería la tutela de otros bienes jurídicos, como la vida, la integridad o la libertad, entre otros, como concreciones de la dignidad de la persona. En este sentido, GRACIA MARTÍN mantiene que “la dignidad no es un bien jurídico del que pueda deducirse el contenido de injusto específico de un comportamiento punible”. La dignidad es para este autor un concepto en el que se engloban todas las facetas físicas y espirituales de la persona. Por ese motivo, todo bien jurídico de carácter personalísimo, como la vida, la integridad física, salud personal, libertad, honor, entre otros, es reconducible a la dignidad de la persona<sup>322</sup>. No sería, por tanto, un concepto que cumpla las características necesarias para caracterizarse como bien jurídico penal susceptible de protección penal directa<sup>323</sup>. DE LA CUESTA AGUADO tras concretar la dignidad de la persona en el principio de igualdad de trato, otorga a éste la virtualidad práctica al obligar que a toda persona con independencia de sus circunstancias se le reconozca “el conjunto de derechos y deberes que el más completo e ideal estatuto reconocido por los organismos internacionales reconozca como propio de la persona”. Pero más allá de esta obligación comparte con GRACIA que la dignidad de la persona como principio no puede ser objeto de protección penal, siendo el objeto directo de protección los derechos y bienes que conforma ese estatuto reconocido a los iguales<sup>324</sup>. De forma poco clara, ROXIN mantiene que la lesión de la

---

<sup>321</sup> BOIX REIG, Javier, “Lección VI. Lesiones al feto. Manipulación genética”, en BOIX REIG, Javier (dir.), *Derecho penal. Parte especial. Volumen I. La protección penal de los intereses jurídicos personales (adaptado a las reformas de 2010 del Código penal)*, Ed. Iustel, Madrid, 2010, p. 186.

<sup>322</sup> Vid. GRACIA MARTÍN, Luis, “El delito y la falta de malos tratos en el Código Penal español de 1995”, *Actualidad penal*, núm. 33, 1996, pp. 581-582.

<sup>323</sup> Vid. Díez RIPOLLÉS, José Luis, “El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual”, en Díez RIPOLLÉS, José Luis (dir.), *Delitos contra la libertad sexual*, CGPJ, Colección Estudios de derecho judicial, núm. 21, 1999, p.242.

<sup>324</sup> Vid. DE LA CUESTA AGUADO, “Persona, dignidad y derecho Penal” en op.cit., pp.226- 227.

propia dignidad no supone la lesión de un bien jurídico<sup>325</sup>, pero sin pronunciarse expresamente sobre si la dignidad puede o no constituirse en bien jurídico penal, aunque sí ha hecho referencia a la dignidad protegida en el delito de torturas<sup>326</sup>.

El carácter impreciso y vago de la dignidad de la persona es el punto de partida de esta postura doctrinal, que acaba vinculándola con los derechos humanos constitucionalmente reconocidos que sí pueden ostentar la calificación de bienes jurídico-penales de carácter personal. Por tanto, todas aquellas conductas punibles cuyo bien jurídico protegido sea personalísimo tendrían como finalidad proteger de manera mediata la propia dignidad de la persona.

Por el contrario, un sector minoritario de la doctrina parte de la idea de que la dignidad no puede identificarse ni confundirse con los derechos en que se concreta, no es la suma de derechos que emanan de ella. Por ese motivo, mantienen la posibilidad de proteger de forma directa e inmediata la dignidad de la persona mediante el Derecho penal<sup>327</sup>. La protección penal de la dignidad no se agotaría en la protección de la vida, integridad física, integridad moral, libertad, honor, intimidad y otros derechos esenciales de la persona, pues siempre quedaría algo más, lo específicamente humano, susceptible de ser menoscabado con independencia de que se produzca un atentado a la vida u otros bienes de carácter personal. Una de las máximas representantes de este sector doctrinal es ALONSO ÁLAMO<sup>328</sup> que mantiene que con el reconocimiento de la dignidad como bien jurídico, únicamente se hace explícito lo que ya está regulado en el Código Penal de forma dispersa<sup>329</sup>. Parte la autora de la “no instrumentalización, cosificación, envilecimiento, degradación de otro” como concreción de la dignidad diferenciándolo de otros bienes jurídicos esenciales. Este sector doctrinal acepta la imprecisión y dificultad de concretar la dignidad humana, problema que se ve acrecentado en España por el reconocimiento constitucional que se hace de la misma, pero no eluden la difícil tarea de intentar dotarla de contenido.

Más allá del debate filosófico y moral sobre la conceptualización de la dignidad humana, cuyo análisis excede con creces el objeto de este trabajo, me centraré en la idea de dignidad como bien jurídico susceptible de ser protegido de

---

<sup>325</sup> Vid. ROXIN “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?”, en op.cit., p. 448.

<sup>326</sup> Vid. ROXIN, Claus, “¿Puede admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal en casos excepcionales?”, *CPC. Segunda Época*, núm. 83, junio 2004, pp. 26-28.

<sup>327</sup> En este sentido, ALONSO ÁLAMO, Mercedes, “¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual”, en *RP*, núm. 19, 2007, p. 5.

<sup>328</sup> De forma expresa y desarrollada plantea el debate existente y sostiene su postura favorable a la dignidad como bien jurídico-penal.; ALONSO ÁLAMO, Mercedes, “Derecho penal y dignidad humana. De la no intervención contraria a la dignidad a los delitos contra la dignidad”, *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 12, 2011, p.1-48. No obstante en un trabajo previo la autora pone de manifiesto que la integridad moral puede entenderse como “la última concreción” o positivización de la dignidad. Vid. ALONSO ÁLAMO, *RP*, 19, 2007, p.20.

<sup>329</sup> Vid. ALONSO ÁLAMO, *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 12, 2011, p. 47.

forma directa por el Derecho penal y para ello puede ser positivo acudir a la doctrina constitucional que ha intentado concretarla.

Determinar que se entiende jurídicamente por dignidad es una de las cuestiones previas que deben abordarse. Según HABERMAS cuando se aborda la conceptualización de la dignidad humana debe comenzarse por determinar si nos encontramos ante un concepto vacío que engloba un catálogo de derechos humanos individuales no relacionados entre sí o bien si nos encontramos ante un concepto normativo fundamental y sustantivo, a partir del cual pueden deducirse los derechos humanos basados en una posible vulneración de la misma<sup>330</sup>. Doctrinalmente, el debate constitucional se centra en determinar si la dignidad es un derecho o un principio que fundamenta y es origen de los derechos fundamentales, intentado concretar un contenido jurídico de la dignidad de la persona que le otorgue virtualidad práctica. La respuesta a algunos de estos interrogantes viene condicionada en buena medida por el derecho positivo, pues la dignidad humana no deja de ser un concepto jurídico aunque no pueda entenderse si se prescinde de sus raíces históricas<sup>331</sup>. Por tanto, el alcance y la posición jurídica variará de un Estado a otro pero esto no es impedimento para considerar la dignidad como interés legítimo susceptible de protección penal.

La relevancia del derecho positivo a la hora de concretar la dignidad se pone de manifiesto en el caso del ordenamiento español. Ni nuestra Constitución ni el Tribunal Constitucional español facilitan la concreción de la dignidad. Esta afirmación se fundamenta en que nuestro ordenamiento constitucional, a diferencia de lo que ocurre en el alemán, no reconoce la dignidad como derecho fundamental<sup>332</sup>. No sólo su propia ubicación en el texto constitucional lo demuestra, sino también su formulación genérica. El art. 10.1 de la Constitución española (CE), dentro del Título I (Derechos y deberes fundamentales), pero fuera de la Sección 1ª del Capítulo II que recoge los derechos fundamentales y libertades públicas en sentido estricto, reconoce la dignidad de la persona como fundamento del orden político y la paz social, junto con los *derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás*.

La proclamación de la dignidad como fundamento del orden político y la paz social, unido a la imposibilidad de acudir al amparo constitucional ante conductas contrarias a la dignidad humana, pues éste se limita a los derechos reconocidos en los arts. 14 a 29 de nuestra Constitución (art. 53.2 CE), ha llevado a nuestro Tribunal

---

<sup>330</sup>HABERMAS, Jünger, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 44, 2010, pp. 105-121.

<sup>331</sup> STARCK, Christian, “Garantía de la dignidad humana en la práctica de la biomedicina” *Revista catalana de Dret Públic*, núm. 36, 2008, p. 17.

<sup>332</sup> Vid. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, OP.CIT., p.91.

Constitucional, exceptuando alguna resolución anecdótica y ambigua<sup>333</sup> a negar que la dignidad tenga carácter de derecho fundamental en nuestro ordenamiento. Así, en el Auto 149/1999 el Alto Tribunal establece tajantemente que debe descartarse “la existencia de un pretendido derecho fundamental a la dignidad humana que opere de forma autónoma e independiente *ex art. 10 C.E*” y “que la dignidad de la persona no se reconoce en nuestra Constitución como un derecho fundamental sino como fundamento del orden político y la paz social”<sup>334</sup>.

El reconocimiento de la dignidad humana junto a los derechos inviolables que le son inherentes ha llevado a la doctrina y también al Tribunal Constitucional español a vincular de forma intrínseca ambos. Jurisprudencialmente se ha reconocido la dignidad como fundamento genérico de los derechos y como valor jurídico fundamental<sup>335</sup>. A juicio del TC, la dignidad y los derechos forman parte conjuntamente de un "sistema axiológico positivizado por la Constitución", y "constituyen los fundamentos materiales del ordenamiento jurídico"<sup>336</sup>. La estrecha conexión entre dignidad y derechos que le son inherentes ha llevado a la doctrina constitucional española a interpretar que son precisamente esos derechos en su conjunto los que expresan la dignidad humana, fundamentándose estos en la propia dignidad. Los diferentes derechos inherentes de las personas, que se identifican con los derechos fundamentales<sup>337</sup>, serían concretas manifestaciones de la dignidad personal, por lo que la tutela de cada uno de los derechos fundamentales garantiza la protección de la dignidad humana de cada individuo. Nuestro Tribunal Constitucional ha vinculado siempre la dignidad con derechos fundamentales concretos y nunca la ha

---

<sup>333</sup> Vid. ATC (Sección 4ª) 241/1985, de 17 de Abril de 1985, F.J. 1º en el que aclara que el principio de dignidad de la persona no puede ser objeto de amparo, pero no se pronuncia sobre el alcance de la dignidad como derecho, al manifestar: “no puede ser objeto de amparo el principio de dignidad de la persona a que se refiere el art. 10 de la Constitución, con independencia de que tal idea constituye además o no un derecho subjetivo”

<sup>334</sup> ATC (Sección 1ª) 149/1999, de 14 de Junio de 1999, F.J. 2º.

<sup>335</sup> Vid. STC (Pleno) 53/1985, de 11 de abril, F.J. 3º (Ponentes Gloria Begué Cantón y don Rafael Gómez-Ferrer Morant); En el mismo sentido, GARCÍA MANRIQUE, “La dignidad y sus menciones en la Declaración”, en *op.cit.*, p.51.

<sup>336</sup> Vid. SERNA BERMÚDEZ, Pedro, “Dignidad de la persona: Un estudio jurisprudencial”, *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos humanos*, núm. 41, Pamplona, Universidad de Navarra, Facultad de Derecho, 1999, p. 143; Vid, Voto particular a la STC (Pleno) 5/81, de 13 de febrero, (Ponente: Francisco Tomás y Valiente) formulado por el Magistrado Don Francisco Tomás y Valiente, al que se adhieren los Magistrados Don Ángel Latorre Segura, Don Manuel Díez de Velasco y don Plácido Fernández Viagas. A pesar de encontrarse en un voto particular como pone de manifiesto TOMÁS Y VALIENTE no hubo desacuerdo en este punto entre los miembros del Tribunal. Vid. TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, “Resistencia constitucional y valores”, *Doxa*, 15-16, 1994, p. 644, nota a pie 28.

<sup>337</sup> Vid. GARRIDO FALLA, Fernando, “Comentario al artículo 10”, en GARRIDO FALLA (DIR.), *COMENTARIOS A LA CONSTITUCIÓN*, 2ª ed. , Ed. Civitas, Madrid, 1985 p. 187, estos derechos constituyen el contenido de los capítulos que integran el Título I de la CE, es decir, derechos inviolables que le son inherentes a la persona comprendidos en los art. 15 a 29 en el 30 en lo relativo a la objeción de conciencia. También, en este sentido FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco “La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico”, *Derecho PUCP*, núm. 50, 1996, pp. 30-32 [<http://revistas.pucp.edu.pe>] [última consulta, 16 de abril 2014] y RUÍZ- GIMÉNEZ CORTÉS, Joaquín, “Artículo 10”, en ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, t. II, Ed. EDERSA, Madrid, 1997, Madrid, pp. 37 y ss.



utilizado como concepto independiente<sup>338</sup>. La vinculación de la dignidad de la persona se ha realizado especialmente en relación con el libre desarrollo de la personalidad y los derechos a la integridad física y moral (art. 15 CE), con la libertad de ideas y creencias (art. 16 CE), el derecho al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1 CE). De estos derechos deduce el Alto Tribunal que la “dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás”<sup>339</sup>. Dicha vinculación hace que los derechos humanos se configuren como manifestaciones concretas de la dignidad, pero sin otorgarle un contenido específico al término dignidad<sup>340</sup>. Cierta autonomía de la dignidad puede encontrarse en la STC 192/2003 en la que el Tribunal se refiere a la dignidad personal del trabajador, siendo extensible a toda persona, “como el derecho de todas las personas a un trato que no contradiga su condición de ser racional, igual y libre, capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno, esto es, la capacidad de autodeterminación consciente y responsable de la propia vida”<sup>341</sup> y haciendo uso de la fórmula de la no instrumentalización considera que la dignidad impide reducir a la persona (en este caso, al trabajador) a un mero factor de producción, negando con ello su libertad. En todo caso, el reconocimiento de la dignidad humana conlleva la obligación de respetar los derechos humanos que la manifiestan<sup>342</sup>. No obstante, el propio Tribunal Constitucional sugiere que “no todos los derechos fundamentales son condiciones imprescindibles para la incolumidad de la dignidad, por lo que no cualquier restricción a su ejercicio se convertirá en un estado de indignidad y, a su vez, no todo derecho es inherente a la persona y por ello inviolable”<sup>343</sup>.

La estrecha vinculación de algunos derechos con la dignidad puede intuirse en la conocida clasificación tripartita que el Tribunal Constitucional hace de los derechos de los extranjeros. A pesar de reconocer que todos los derechos fundamentales están vinculados a la dignidad humana, el Tribunal Constitucional, de forma errática y poco clara mantiene que hay una serie de derechos que no corresponden en ningún caso a los extranjeros (art. 23 CE, con la excepción del art. 13.2 CE), otros que corresponderán a los extranjeros según los dispongan los Tratados y las leyes, siendo admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio, y por último, una serie de derechos que por ser “inherentes a la dignidad de la persona” o

---

<sup>338</sup> Vid. SERNA BERMÚDEZ, *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos humanos*, núm. 41, 1999, p. 143.

<sup>339</sup> STC (Pleno) 53/1985, de 11 de abril, F.J. 8º (Ponentes Gloria Begué Cantón y don Rafael Gómez-Ferrer Morant).

<sup>340</sup> DE LA CUESTA AGUADO, “Persona, dignidad y derecho Penal” en op.cit., p. 214.

<sup>341</sup> STC 192/2003 (Sala 1ª), de 27 de octubre de 2003, F.J. 7º (Ponente: María Emilia Casas Baamonde).

<sup>342</sup> Vid. VILLEGAS FERNÁNDEZ, Jesús Manuel, “Teoría penal del acoso moral: “mobbing”, “bullying”, “blockbusting” (I)”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 1997, 2005, p.11.

<sup>343</sup> STC (Pleno) 120/1990 de 27 de junio de 1990, F.J. 4º (Ponente: Fernando García-Mon y González Regueral).

“imprescindibles para la garantía de la dignidad humana”<sup>344</sup> corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuyo ejercicio debe ser igual para ambos. Casuísticamente el Tribunal ha identificado este último grupo de derechos con el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica<sup>345</sup>, pero también el derecho a la tutela judicial efectiva<sup>346</sup> y el derecho instrumental a la asistencia jurídica gratuita<sup>347</sup>, el derecho a la libertad y a la seguridad<sup>348</sup>, así como el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Esta vinculación con la dignidad de algunos de los derechos es lo que justifica que el Tribunal reconozca su universalidad a todas las personas, con independencia de su nacionalidad y de su situación administrativa, no siendo posible a primera vista establecer diferencias de trato entre nacionales y extranjeros<sup>349</sup>. No obstante, a *sensu contrario* se estaría utilizando la dignidad de la persona como criterio para restringir y condicionar la titularidad o ejercicio de determinados derechos a un buen número de personas por razón de su nacionalidad o situación administrativa, cuando ésta se considera inherente a toda persona, sin realizar una argumentación consistente que permita establecer *a priori* cuál es la relación existente con la dignidad que lo justificaría.

En nuestro ordenamiento constitucional la dignidad tiene una clara función de legitimación del ordenamiento, en cuanto se convierte en un mínimo invulnerable que se impone a todos los poderes y que determinará la inconstitucionalidad de cualquier disposición que no la respete, así como de fuente de todos los derechos, pues la dignidad es entendida como “*prius* lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos”. No obstante, su virtualidad práctica se ha desplegado como límite de los derechos. Tal y como ha reconocido el Tribunal Constitucional ningún derecho es absoluto ni ilimitado<sup>350</sup>, salvo el derecho a ser sometido a tortura<sup>351</sup>. La dignidad es utilizada como límite al ejercicio de determinados derechos, así se entiende que ni la libertad de pensamiento ni el derecho de reunión y manifestación comprenden la posibilidad de ejercer sobre terceros una violencia moral de alcance intimidatorio por ser ello contrario a bienes constitucionalmente protegidos como la dignidad de la persona que han de ser

---

<sup>344</sup> Vid. <sup>344</sup> STC (Sala 2ª) 107/1984, 23 de Noviembre de 1984, F.J. 3º (Ponente: Magistrado don Francisco Rubio Llorente).

<sup>345</sup> STC (Sala 2ª) 107/1984, 23 de Noviembre de 1984, F.J. 3º (Ponente: Magistrado don Francisco Rubio Llorente)

<sup>346</sup> STC (Sala 2ª) 99/1985, de 30 de septiembre de 1985, F.J. 2º (Ponente: Magistrado Don Francisco Tomás y Valiente).

<sup>347</sup> STC (Pleno) 95/2003, de 22 de mayo, F.J: 4º, (Ponente: Magistrado don Guillermo Jiménez Sánchez).

<sup>348</sup> STC (Sala 1ª) 144/1990, de 26 de septiembre, F.J. 5º, (Ponente: Magistrado don Carlos de la Vega Benayas).

<sup>349</sup> STC (Pleno) 236/2007, de 7 de noviembre, F.J. 17º (Ponente: Magistrada doña María Emilia Casas Baamonde).

<sup>350</sup> STC (Sala 2ª) 2/1990, de 15 de enero, F.J. 8º (Ponente: Magistrado don Antonio Truyol Serra); STC (Sala 2ª) 231/1988, de 2 de diciembre, F.J. 8º (Ponente: Magistrado don Luis López Guerra).

<sup>351</sup> STC (Sala 2ª) 151/1997, de 29 de septiembre (Ponente: Magistrado don Carles Viver Pi-Sunyer).

respetados no sólo por los poderes públicos, sino también por los ciudadanos. A su vez, como límite de los límites ayuda a determinar todas aquellas restricciones inadmisibles en el ejercicio de otros derechos. Pero también la dignidad permite abordar nuevos retos, permitiendo nuevas interpretaciones de los derechos reconocidos, para abarcar conductas hasta el momento ajenas al ordenamiento constitucional, así como la construcción de nuevos derechos<sup>352</sup>.

Sin embargo, el no reconocimiento de la dignidad como derecho fundamental no es por sí mismo un argumento suficiente para negarle virtualidad como bien jurídico penal. El Derecho penal no tiene la misión de proteger derechos fundamentales sino bienes jurídicos. La vinculación entre el Derecho penal y la Constitución no puede despreciarse pues como mantiene la doctrina, los bienes jurídicos deben limitarse a aquellos que expresa o implícitamente están contenidos en la Constitución, a los derechos o valores de relevancia constitucional, no debiendo ser protegidos penalmente aquellos que no cumplan con esta exigencia<sup>353</sup>. Y en este sentido, incluso el Tribunal Constitucional ha calificado la dignidad como un bien constitucional protegido<sup>354</sup>. No obstante, no es imprescindible que un bien jurídico-penal sea reconocido como derecho fundamental, basta con su relevancia constitucional. Por ello, aunque en nuestra Constitución la dignidad humana no se encuentra reconocida como derecho subjetivo, sí ostenta relevancia constitucional como principio que fundamenta todo el sistema social y jurídico y con cierta utilidad práctica. Ahora bien, es cierto que tampoco es suficiente con que un bien ostente relevancia constitucional, mostrando su importancia social, para alcanzar la consideración de bien jurídico penal. Es necesario algo más, y es ahí donde habrá que centrarse ahora, que además sea merecedor y esté necesitado de pena<sup>355</sup>.

Ante esta falta de concreción de la dignidad en el ordenamiento jurídico español, se acude irremediabilmente al Derecho penal como alemán cuando se intenta dotar de contenido a la dignidad humana, debido a sus particularidades en la proclamación de la dignidad del hombre en la Ley fundamental. En Alemania el art. 1.1 de la *Grundgesetz* reconoce que “la dignidad del hombre es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo el poder público”, completando, en el apartado segundo del mismo precepto, que “El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo”. Dicho reconocimiento ha hecho que la doctrina

---

<sup>352</sup> Así el derecho a la protección de datos de carácter personal que el Tribunal Constitucional deriva del art. 18.4 CE. Vid. STC (Pleno) 292/2000, 30 de noviembre (Ponente: Magistrado don Julio Diego González Campos).

<sup>353</sup> Vid. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 2ª edición, op.cit., p. 274.

<sup>354</sup> En este sentido, STC (Sala 1ª) 2/1982, de 29 de enero, F.J. 5º (Ponente: don Rafael Gómez-Ferrer Morant), en la que se declara como “bienes constitucionalmente protegidos la dignidad de la persona y su derecho a la integridad moral (art. 10 y 15 CE)”.

<sup>355</sup> MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, op.cit., p. 210.

constitucional alemana mayoritaria<sup>356</sup> y el propio Tribunal Constitucional Federal hayan reconocido el carácter de derecho fundamental a la dignidad del hombre que puede ser invocado de manera autónoma ante el Tribunal Constitucional en los supuestos de vulneración.

Este reconocimiento de la dignidad como derecho fundamental, hace posible aproximarnos a un contenido jurídico de la dignidad, secularizado y sin connotaciones morales, al contenido esencial del derecho. El Tribunal Constitucional alemán, parte de la fórmula de no-instrumentalización de la persona configurada por DÜRIG, pero coincidente con el imperativo categórico de Kant. La fórmula propuesta por GÜNTHER DÜRIG prohíbe “degradar al hombre concreto a objeto, simple instrumento, entidad fungible”<sup>357</sup>. En definitiva, la dignidad humana no sería respetada cuando el ser humano es tratado como una cosa o un animal, como un simple objeto, con independencia de que se persiga con la acción un fin adicional, ya que la reducción de otra persona a objeto sería, por sí, atentatoria contra la dignidad<sup>358</sup>. Tratar a la persona como fin en sí misma supone que ésta no pueda ser cosificada, por lo que la protección de la dignidad requerirá la protección jurídica frente a cualquier proceso de cosificación o mercantilización de la persona. Un claro ejemplo de esta cosificación es el sometimiento a la esclavitud. Pero además se añade una variante a esta formulación, por lo que junto con la prohibición de que el hombre no sea reducido a un mero objeto de actuación del Estado, conforme al Tribunal, sólo existirá lesión de la dignidad del hombre cuando el trato en cuestión suponga un menosprecio, cuestionando su cualidad de sujeto<sup>359</sup>. No obstante, esta formulación no debería llevar consigo la exigencia de un ánimo específico de degradación de otro<sup>360</sup>, pues como ha manifestado GONZÁLEZ PÉREZ “no hace falta una intención de humillación o desprecio para que exista atentado a la dignidad de la persona”<sup>361</sup>.

La dignidad humana en el contexto constitucional tiene como elemento central el imperativo categórico kantiano que ha dado lugar a la fórmula de no instrumentalización, a través de la cual se manifiesta que la dignidad queda comprometida cuando el ser humano es convertido en un objeto o mercancía. Ésta es la vertiente negativa del concepto dignidad, que permite identificar ciertas conductas

---

<sup>356</sup> Un importante sector doctrinal niega el carácter de derecho fundamental de la dignidad de la persona. Sobre el debate vid. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, op.cit. OEHLING DE LOS REYES, Alberto, “El concepto constitucional de la dignidad de la persona: forma de comprensión y modelos predominantes de recepción en la Europa continental”, *Revista española de derecho constitucional*, núm. 91, enero-abril 2003, pp.145 y ss.

<sup>357</sup> Vid. LUTHER, Joing, “Razonabilidad y dignidad humana” (traducido del italiano por Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez), *Revista de derecho constitucional europeo*, núm. 7, enero-junio, 2007, p. 304.

<sup>358</sup> ALONSO ÁLAMO, *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 12, 2011, p. 10.

<sup>359</sup> ALONSO ÁLAMO, *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 12, 2011, p. 10.

<sup>360</sup> Dicha exigencia aparece MÜNCH, *Foro. Revista de ciencias jurídicas y sociales, Nueva época*, núm. 9, 2009, p.116.

<sup>361</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *La dignidad de la persona*, (2ª Edición), Ed. Civitas- Thomson Reuters, Navarra, 2011, p. 166.

como lesivas de la misma. Pero con ello no se acota positivamente el derecho a la dignidad, otorgándole un ámbito de protección específico<sup>362</sup>. Por ello, el Tribunal Constitucional alemán ha acabado haciendo referencia a ella con un conjunto de derechos como la integridad, física o moral, la libertad individual, la igualdad formal y la participación en la adopción de decisiones públicas e incluso al acceso a prestaciones sociales en el marco de un sistema económico justo. De esta forma la dignidad no puede ser únicamente vulnerada mediante la violación de derechos personales, como la vida o la integridad personal, sino también por actos u omisiones que impliquen una negación de las condiciones de vida material que pueden entenderse inherentes a la propia existencia del ser humano. Por tanto, puede atentarse contra la dignidad cuando se niegan prestaciones sociales asistenciales o incluso cuando se imponen determinadas condiciones laborales o se otorga al trabajador un trato inhumano.

La conceptualización negativa de la dignidad es una constante en la doctrina y la jurisprudencia pues permite intuitivamente identificar aquellas conductas que atentan contra ella, atacando las características esenciales de la persona como sujeto de derechos, libre y autónomo. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea tiene como particularidad un Título I rubricado de la “Dignidad”, en el que se incluye no sólo el derecho a la dignidad humana, en su art. 1, sino también el derecho a la vida, a la integridad de la persona, la prohibición de la tortura y de penas o tratos inhumanos o degradantes, así como la prohibición de esclavitud y de trabajo forzado. Se reconoce en ámbito de la Unión Europea un derecho autónomo de dignidad cuya virtualidad ya ha sido puesta de manifiesto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al pronunciarse sobre la dignidad, por ejemplo, en el *Caso Omega*<sup>363</sup>. El TJUE reconoce que con independencia de la posición que ocupe en el ordenamiento nacional, la dignidad debe ser respetada, siendo posible su alegación como excepción de orden público a efectos de la libre prestación de servicios.

Así, serán conductas que atenten contra la dignidad aquellas que impliquen la degradación, envilecimiento o el trato de la persona como una cosa o instrumento. Si mediante la protección de bienes jurídicos penales lo que se pretende es garantizar las condiciones de vida necesarias para la autodeterminación y participación de las personas en la sociedad, la relevancia de la dignidad es indiscutible haciéndose merecedora de protección penal. Cuando se atenta contra ella se elimina toda posibilidad de autodeterminación de la propia vida y de participación en la vida social.

El hecho de que todos los delitos contra las personas parecen remitirse en última instancia a la dignidad de la persona es una realidad. Como se ha puesto de

---

<sup>362</sup> GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, OP.CIT., p. 32.

<sup>363</sup> Vid. STJUE de 14 de octubre de 2004, asunto C-36/02, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH contra Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*.

manifiesto, la identificación de la dignidad como fundamento de los derechos fundamentales parece remitir a que cualquier conducta que atente contra alguno de los bienes jurídico personales es susceptible de lesionar de forma indirecta la dignidad. Desde esta perspectiva, parece discutible que la dignidad esté necesitada de pena, pues otros tipos penales ya la protegen de forma indirecta sancionando penalmente conductas que atentan contra bienes personales, como la vida, la salud o el honor, entre otros. No obstante, tal y como ha reconocido nuestro Tribunal Constitucional no todo atentado a estos bienes jurídicos personales implica necesariamente un atentado a la dignidad, ni la dignidad puede ser únicamente lesionada a través de un atentado a bienes jurídicos personales. Con ello, se pone de manifiesto que la dignidad es algo más que el conjunto de derechos o bienes de los que es fuente y en los que parece concretarse, es lo específicamente humano; la esencia misma de la persona que no necesariamente se verá atacada con conductas atentatorias contra esos bienes jurídico-penales de carácter personal. En cuanto es posible separar esa esencia de la persona del resto de derechos reconocidos constitucionalmente y no existiendo en el texto penal un tipo penal que abarque el desvalor de la conducta atentatoria de la dignidad al implicar en los supuestos más graves la propia negación o destrucción del individuo como persona, ésta es susceptible de ser protegida penalmente de forma directa.

Haciendo uso de la fórmula de la no instrumentalización es posible identificar aquellas conductas que constituyen un atentado a la dignidad con todas aquéllas que implican humillar, degradar y tratar a la persona como un instrumento o un objeto, como sólo un medio en lugar de un fin en sí mismo. De ello deriva que el reconocimiento de la dignidad implica un específico respeto y protección de la persona. Ahora bien, una cuestión distinta consistirá en determinar qué conductas contrarias a la dignidad deben tipificarse como delito, para evitar una extensión injustificada del Derecho penal. Si la dignidad de la persona se manifiesta, en palabras del propio TC español, en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida implicando el respeto por parte de los demás; este respeto por parte de los demás se configura como un elemento esencial. Así, penalmente podrán alcanzar relevancia aquellas conductas de terceros que impliquen un atentado a la dignidad de otro. En ningún caso, una conducta plenamente voluntaria del individuo que atente contra su propia dignidad debería alcanzar relevancia penal. Además, basándonos en el principio de fragmentariedad, únicamente deberían sancionarse penalmente aquellas conductas de terceros de carácter más grave que lesionen o pongan en peligro el bien jurídico dignidad; En los supuestos de delitos contra la dignidad con mayor intensidad, pues aquellas conductas que de forma indirecta o más superflua la lesionan ya se encontrarán tipificadas como delito en otros tipos penales.

## B) La dignidad como bien jurídico en el delito de trata de personas

Como ya se ha tenido ocasión de comprobar en el epígrafe anterior son numerosos los autores que al analizar el anterior delito de tráfico de personas (art. 318 bis) mantuvieron con convicción pero sin excesiva base legal que el bien jurídico protegido era la dignidad de las personas. No hay necesidad en este momento de reiterar lo ya explicado y analizado en ese momento por ser totalmente extrapolable al actual delito de trata de seres humanos.

Tras la reforma penal de 2010 son pocas las monografías existentes sobre este nuevo delito, pero sí es posible encontrar algunas manifestaciones sobre el bien jurídico. En este momento, se hará referencia a estos nuevos pronunciamientos que vienen a confirmar que el bien jurídico penalmente protegido es la dignidad de las personas. Debe adelantarse ahora que la posición doctrinal que mantiene la dignidad de la persona como objeto tutelado en el delito de trata de seres humanos no se distancia excesivamente de aquel sector doctrinal, que como se verá a continuación, identifica el bien jurídico con la integridad moral, al identificar ésta con el conjunto de atributos que corresponden a la esencia humana<sup>364</sup>.

Principalmente, la particularidad de los defensores de la dignidad humana como bien jurídico penal, radica en la consideración de la integridad moral como un bien jurídico penal excesivamente nacional y demasiado concreto para abarcar todo lo que recoge el delito<sup>365</sup>. Una de las máximas defensoras de la dignidad de la persona como bien jurídico penalmente protegido en el delito de trata de seres humanos es VILLACAMPA ESTIARTE, que reitera tras la reforma lo que ya había mantenido previamente a la misma. La particularidad de esta autora radica en considerar que el único bien jurídico protegido y lesionado en el delito es la dignidad de la persona, negando tajantemente que el delito proteja anticipadamente ninguno de los bienes jurídicos que pueden acabar siendo puestos en peligro concreto o lesionados en caso de verificarse la situación de explotación.

De la misma opinión parece ser ALONSO ÁLAMO al mantener que en el tipo penal es la dignidad el objeto inmediato de protección al centrarse la ley en la reducción a objeto de la persona, su aniquilación como tal, su tratamiento como si no tuviera dignidad<sup>366</sup>. Aunque la autora considera que también los delitos contra la libertad sexual, principalmente la prostitución coactiva o los delitos contra los

---

<sup>364</sup> En este sentido, VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el derecho internacional*”, op.cit., p. 396. La autora al identificar el bien jurídico con la dignidad no la dota de un contenido material sustancial que la diferencie de la integridad moral, reconociendo que pretende huir de un concepto excesivamente nacional, articulando el delito de trata de personas sobre la base de conceptos universalmente reconocidos, como la dignidad humana. p. 397.

<sup>365</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el derecho internacional*”, op.cit., p.407.

<sup>366</sup> ALONSO ÁLAMO, *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 12, 2011, p.42.

trabajadores<sup>367</sup> protegen la dignidad de la persona, por lo que no es de extrañar que identifique como único bien jurídico protegido en el delito, la dignidad. Claramente, para LLORIA GARCÍA se ubican en el precepto las conductas atentatorias contra la dignidad<sup>368</sup> y QUERALT JIMÉNEZ mantiene que las víctimas son cosificadas y deshumanizadas, siendo estas conductas contrarias a la dignidad humana<sup>369</sup>.

De forma generalizada se mantiene que en el Título VII bis del Código Penal prevalece la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos considerándose una acierto la ubicación del precepto, indicando con ello que el nuevo precepto protege bienes jurídicos personales, esencialmente la dignidad humana y, a su vez, un adelanto de las barreras de protección respecto a otros delitos (explotación sexual o laboral)<sup>370</sup>. Pues como se verá posteriormente, es mayoritario el número de autores que identifican la dignidad como bien jurídico protegido del delito de trata junto con otra serie de bienes jurídico penales que son puestos en peligro, por eso su análisis se remite a un epígrafe posterior.

### ***2.2.2. Bien jurídico-penal integridad moral***

El delito de trata de seres humanos se encuentra situado en un título independiente a aquél en el que se incluyen los delitos contra la integridad moral. Esta ubicación no ha sido óbice para que un amplio sector doctrinal mantenga que el bien jurídico penalmente protegido en el delito de trata de seres humanos es también la integridad moral, pues sistemáticamente se sitúa a continuación del Título VII dedicado a los delitos contra la integridad moral lo que muestra la cercanía con este bien jurídico-penal.

Entre las novedades que implicó la aprobación del Código Penal de 1995 se encuentra la incorporación de los delitos contra la integridad moral. El Título VII del Libro II del Código Penal incluye, por una parte, un tipo delictivo tradicionalmente presente en nuestro ordenamiento jurídico penal, como es el delito de tortura, y por

---

<sup>367</sup> La importancia de la dignidad como bien jurídico protegido en los delitos contra los derechos laborales es menor como consecuencia de la fuerte administrativización que caracteriza la regulación que nuestro Código penal realiza de estos delitos de imposición y mantenimiento de condiciones ilegales de trabajo o seguridad social (art. 311 CP) o el tráfico ilegal de mano de obra (art. 312 CP). Vid. ALONSO ÁLAMO, *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 12, 2011, p.44.

<sup>368</sup> LLORIA GARCÍA, Paz, “Lección XI. Trata de seres humanos, en BOIX REIG, Javier (dir.), *Derecho penal. Parte especial. Volumen I. La protección penal de los interés jurídico personales (adaptado a las reformas de 2010 del Código penal)*, Ed. Iustel, Madrid, 2010, p. 297.

<sup>369</sup> QUERALT JIMÉNEZ, Joan J, *Derecho penal español: Parte Especial*, 6ª Edición, Atelier, Barcelona, 2010, p.184.

<sup>370</sup> TERRADILLOS BASOCO, Juan María, PORTILLO CONTRERAS, Guillermo, POMARES CINTRAS, Esther y GUARDIOLA LAGO, María Jesús, “Trata de seres humanos: art. 177 bis CP”, en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (dirs.) y MANJÓN CABEZA OLMEDA, Araceli y VENTURA PÜSCHEL, Arturo (coords.), *Consideraciones a propósito de la Ley de 2009 de modificación del Código penal*”, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 196.



otra, unos tipos penales de nueva creación que de forma genérica son denominados en el propio título como “otros delitos contra la integridad moral”, me estoy refiriendo, principalmente, al delito de trato degradante (art. 173. 1 CP) que posteriormente se vio complementado con el delito de acoso laboral, acoso inmobiliario (art. 173.1 CP)<sup>371</sup> y maltrato doméstico habitual (art. 173.2)<sup>372</sup>.

Los autores que han analizado el nuevo delito de trata de seres humanos, tipificado en el art. 177 bis CP, se han limitado a identificar el bien jurídico que consideran protegido en el delito pero sin entrar a valorar otras alternativas y sin dotar de contenido concreto al bien jurídico dando por supuesto su comprensión y prescindiendo del debate originado por la incorporación de bienes jurídico-penales de difícil concreción como la dignidad o la integridad moral. Se hace imprescindible, por tanto, acudir a la doctrina que se ha ocupado de los delitos contra la integridad moral, analizando y determinando la integridad como bien jurídico penalmente protegido para identificar el bien jurídico protegido en el nuevo delito de trata de seres humanos, de acuerdo con este sector doctrinal.

Tras un debate fuertemente controvertido y no resuelto todavía en todos sus puntos, parece existir consenso en la doctrina a la hora de mantener que el bien jurídico-penal protegido en el Título VII es la integridad moral<sup>373</sup>. No obstante, el consenso doctrinal se desvanece a la hora de delimitar el contenido y alcance del mismo como bien jurídico-penal protegido. Al igual que ocurre cuando hablamos de dignidad, las dificultades para definir la integridad moral son manifiestas, pues se trata de un bien jurídico impreciso<sup>374</sup> llegando a ser calificado como concepto jurídico indeterminado por algún autor<sup>375</sup>. No obstante, los defensores de la integridad moral como bien jurídico penal en el delito de trata de personas acuden a él para intentar superar las dificultades de delimitación de la dignidad como bien jurídico penal, proyectándolo en un derecho fundamental.

La doctrina parte del art. 15 CE que reconoce junto al derecho a la vida, el derecho a la integridad física y moral, proscribiendo la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes. Si bien es cierto que el bien jurídico protegido en un tipo penal no necesariamente debe coincidir con el derecho fundamental constitucionalmente reconocido, lo cierto es que la Constitución se configura como el

---

<sup>371</sup> Introducido por la LO 5/2010.

<sup>372</sup> Introducido por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

<sup>373</sup> En este sentido, NÚÑEZ CASTAÑO, Nuria, “La violencia doméstica en la legislación española: especial referencia al delito de maltrato habitual (art. 173.2 del Código penal)”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, núm., 12, 2010, p. 16. [<http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RECEJ/issue/view/1411>].

<sup>374</sup> Vid. DÍAZ PITA, María del Mar, “El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral”, *EPC*, núm.20, 1997, p.94. [<http://hdl.handle.net/10247/4111>].

<sup>375</sup> Vid. LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, en RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (dir.), *Comentarios al Código penal*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 505.

referente para la concreción de aquellos bienes jurídicos a los que el Derecho penal puede otorgar especial protección por su relevancia constitucional. No obstante, no toda conducta que lesione un derecho fundamental debe ser sancionada penalmente, siendo necesario decidir si el interés adquiere la condición de bien jurídico-penal y qué conductas lesivas del mismo deben ser prohibidas penalmente<sup>376</sup>. Si bien el Derecho penal se configura como un ordenamiento autónomo, su vinculación con la Constitución es clara. Por este motivo, la relevancia del reconocimiento constitucional de la integridad moral como derecho fundamental y bien jurídico relevante, obliga a tener en cuenta la doctrina y jurisprudencia constitucional para la determinación de bien jurídico penalmente protegido.

Las primeras dificultades surgieron en el momento de delimitar el alcance de la integridad física y de la integridad moral. La CE a diferencia de lo que establecen otras constituciones nacionales<sup>377</sup> u otros pactos internacionales como el de San José<sup>378</sup>, únicamente se refiere a la integridad física y a la moral, omitiendo cualquier referencia a la integridad psíquica. Esta omisión, junto con otros textos del continente europeo<sup>379</sup>, en los que la referencia a la integridad moral brilla por su ausencia, dio lugar a que inicialmente la jurisprudencia y la doctrina identificasen la integridad moral con la integridad psíquica de la persona.

En la actualidad, salvo alguna excepción puntual<sup>380</sup>, la posición mayoritaria mantiene una clara distinción entre la integridad física y la integridad moral. De acuerdo con el Tribunal Constitucional la integridad física puede identificarse con el derecho a no sufrir lesión o menoscabo en el cuerpo o apariencia física sin el consentimiento de su titular, constituyéndose la lesión o puesta en peligro de la salud como un plus de afectación del derecho pero no como una *conditio sine qua non* (STC 201/1996, F.J. 2º). De acuerdo con esta sentencia puede verse que en el contenido del derecho a la integridad física se incluye no sólo el respeto a la integridad corporal sino

---

<sup>376</sup> MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, op.cit., p. 210.

<sup>377</sup> La Constitución Portuguesa de 25 de abril de 1976, en su art. 25 reconoce el derecho a la integridad personas, expresando que la integridad moral y física de las personas es inviolable, prohibiendo la tortura y los tratos o penas crueles, degradantes o inhumanas

<sup>378</sup> La Convención Americana sobre Derechos Humanos adoptada en 1969 en San José, reconoce expresamente en su art. 5 el derecho de toda persona a que se respete su integridad física, psíquica y moral. Reiterando la prohibición de ser sometido a torturas y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

<sup>379</sup> El CEDH adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950, no hace ninguna referencia expresa a la integridad física o moral, limitándose a recoger en su art. 4 y 5 la prohibición de ser sometido a tortura u otros tratos inhumanos y degradantes, así como la prohibición de someter a esclavitud o trabajos forzados. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOUE núm. 364, de 18 de diciembre de 2000) reconoce el derecho a la integridad física y psíquica, omitiendo cualquier mención a la integridad moral. A su vez prohíbe la tortura y la esclavitud, y, reconoce, en su art. 1 que la dignidad es inviolable debiendo ser respetado y protegida.

<sup>380</sup> TORRES DEL MORAL engloba dentro de la integridad psíquica un aspecto psíquico y otro anímico. Entiende este aspecto anímico con la integridad moral relacionándola con la ausencia de humillación y degradación. Vid. TORRES DEL MORAL, Antonio, *Principios de derecho constitucional español*, Servicio Publicaciones Facultad Derecho. Universidad Complutense, Madrid, 1998, p. 295.

también a la salud en general, conformada por la integridad corporal y la integridad psíquica, entendida esta última como salud psíquica o mental, garantizando la inviolabilidad de la misma frente a injerencias externas dirigidas a lesionar el cuerpo o aspecto externo y a provocar dolencias, enfermedades o deficiencias de carácter psíquico.

Desde una perspectiva penal, la integridad física es protegida de los ataques más graves susceptibles de lesionarla o ponerla en peligro mediante el delito de lesiones. Desde la Ley Orgánica 3/1989 el delito de lesiones en su tipo básico hace referencia expresa a la integridad corporal y a la salud física o mental. La doctrina dominante mantiene que el bien jurídico protegido en estos tipos penales es la salud personal entendida en sentido amplio, que comprende tanto el bienestar físico y mental de la persona como el sustrato corporal, así como las alteraciones de la configuración del cuerpo humano que supongan una merma funcional en su sentido más amplio, siendo atípicas aquellas alteraciones de la integridad corporal que no supongan una afectación de la salud<sup>381</sup>.

Por lo tanto, desde una perspectiva constitucional y penal, la identificación de la integridad moral como derecho a la integridad psíquica empieza a cuestionarse doctrinalmente en el momento en que se apuesta por un concepto amplio de salud en el que se incluye tanto la salud física o corporal como la salud psíquica o mental. Por tanto, si la integridad moral no puede identificarse con la psíquica que se encuentra incluida en la integridad física mediante una interpretación extensiva, debe determinarse ahora el contenido esencial del derecho a la integridad moral. Generalmente ésta se configura como algo distinto a la integridad psíquica y referente a la propia esencia de la persona.

Siguiendo la clasificación realizada por DÍAZ PITA<sup>382</sup> son tres las posturas doctrinales que intentan dotar de contenido mínimo al derecho fundamental de la integridad moral. No obstante, debe tenerse en cuenta que la conceptualización del bien jurídico integridad moral se realiza principalmente mediante el análisis del delito de trato degradante.

Un primer sector doctrinal acude a las notas de humillación y degradación que producen los comportamientos que tratan de evitarse. Un segundo grupo de autores vincula la integridad moral con la quiebra de la autonomía de la voluntad; y por último, un grupo relaciona la integridad moral con la idea de integridad personal.

---

<sup>381</sup> Vid. FELIP I SABORIT, David, “Tema 3. Las lesiones”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (dir.) y RAGUÉS I VALLÉS, Ramón (coord.), *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, 3ª edición, Ed. Atelier, Barcelona, 2011, p. 67-68.

<sup>382</sup> DÍAZ PITA, EPC, núm. 20, 1997, p. 57.

Para el primer grupo de autores, la integridad moral implica notas de humillación y degradación características de los comportamientos que se prohíben en el propio art. 15 de la Constitución. Se alude al derecho de la persona a no sufrir sensaciones de dolor o sufrimiento físico o psíquico, humillante, vejatorio o envilecedor que le hagan perder su consideración de persona<sup>383</sup>. El respeto de la integridad moral implica el derecho a no ser sometido a métodos o procedimientos que provoquen esas sensaciones. Se interpreta el bien jurídico integridad moral, como el derecho de la persona a no padecer sufrimientos físicos o psíquicos humillantes, vejatorios o envilecedores. En este sentido, DÍAZ PITA configura la integridad moral como el derecho a configurar de forma voluntaria pensamientos, ideas o sentimientos sin que nadie pueda alterar dicha configuración o procedimientos contrarios a esa voluntad<sup>384</sup>, para a continuación identificar este sentimiento de humillación o de vejación que determinadas conductas son susceptibles de producir en el sujeto pasivo como nota característica del bien jurídico penal integridad moral, ese sentimiento de humillación es el que permite diferenciar el bien jurídico integridad moral, de otros bienes jurídico-penales relacionados, como serían la libertad o el honor, justificando la tipificación autónoma<sup>385</sup>.

Si bien la integridad moral se vincula con la ausencia de sentimientos de humillación y degradación, con los que se niega la condición misma de persona, se matiza que esta afectación a la integridad moral no exige un resultado que lesione la salud psíquica<sup>386</sup> pues nos encontraríamos en este supuesto ante un delito de lesiones negando la protección penal de la integridad moral a aquellos que, por su resistencia psicológica o por tratarse de inimputables soportaran los tratos degradantes sin ver afectada su salud mental.

La jurisprudencia constitucional no es especialmente clara en lo referente a la integridad moral, lo cierto es que el Tribunal Constitucional no ha aclarado el contenido concreto del derecho fundamental. Principalmente, el TC ha tratado la integridad moral en estrecha relación con la dignidad de la persona y con la propia prohibición constitucional de tortura y tratos inhumanos y degradantes. Así, de forma negativa, ha ido determinando aquellas conductas que por sus características pueden suponer una vulneración del derecho fundamental a la integridad moral. Por este motivo es posible encontrar jurisprudencia de muy diversa índole. Así, la STC 137/1990, de 19 de julio (Ponente don Jesús Leguina Villa) se vincula directamente la integridad moral con la prohibición constitucional de someter a una persona a tratos inhumanos y degradantes. Para ello manifiesta el Tribunal que el derecho a la

---

<sup>383</sup>Vid. MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *Los delitos contra la integridad moral*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999 p. 24.

<sup>384</sup>DÍAZ PITA, EPC, núm. 20, 1997, p.84.

<sup>385</sup>DÍAZ PITA, EPC, núm. 20, 1997, p. 94.

<sup>386</sup>GARCÍA ARÁN, Mercedes, "La protección penal de la integridad moral", en Díez RIPOLLÉS, José Luis (coord.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, p.1245.

integridad física y moral no solo persigue proteger la inviolabilidad del cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular. Añadiéndose que son tratos inhumanos y degradantes susceptibles de vulnerar la integridad moral de otra persona aquellos que acarreen sufrimientos de una especial intensidad o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento a quien lo sufre. Pero también, es posible encontrar sentencias, como se verá a continuación, en las que la integridad moral se vincula directamente con la quiebra de la voluntad de la persona.

Para aquellos que vinculan la integridad moral con las conductas prohibidas en el propio art. 15, la integridad moral sería el derecho no a ser torturado, configurando el contenido esencial del derecho en sentido negativo a través de la prohibición contenida en el art. 15<sup>387</sup>.

El segundo posicionamiento doctrinal apunta a la combinación del atentado a la integridad moral con el de quiebra de la voluntad del sujeto pasivo. Los comportamientos contrarios a la integridad moral se dirigen, por un lado, a doblegar la voluntad del sujeto pasivo, causando, a su vez, humillación y envilecimiento. El bien jurídico se concibe como el derecho a configurar de forma voluntaria pensamientos, ideas o sentimientos sin que nadie pueda alterar dicha configuración, utilizando métodos o procedimientos contrarios a esa voluntad. La voluntad de la persona, para este sector doctrinal, se configura como el elemento clave de la integridad moral, que se caracterizará por el conjunto de valores de carácter espiritual que no deben ser alterados contra la voluntad de la persona.

En este sentido, la STC 120/1990<sup>388</sup> establece que el derecho a la integridad física y moral, protege la inviolabilidad de la persona no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular. Siguiendo esta sentencia DE LEÓN VILLALBA identifica la integridad moral con la inviolabilidad de la libertad, lo que demuestra la vinculación para estos autores entre integridad moral y libertad, subrayando que la integridad moral se verá afectada cuando se desarrollen conductas que siendo contrarias a la voluntad de la persona, sometan al sujeto que las padece a tratamientos susceptibles de anular, modificar o herir su voluntad, ideas, pensamientos o sentimientos. DE LA CUESTA ARZAMENDI asevera que sólo es posible asegurar el reconocimiento de la condición de ser humano y su libertad (autodeterminación personal y actuar conforme a lo decidido) si se le garantiza la inviolabilidad y su tratamiento como persona y no como cosa, como un fin en sí mismo, y

---

<sup>387</sup> PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel, “Concreción del concepto jurídico de “mobbing”, bien jurídico lesionado y su tutela penal”, *RECPC*, núm. 06, 2004, p. 33. [<http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-06.pdf>].

<sup>388</sup> Vid. STC (Pleno) 120/1990 de 27 de junio de 1990 (Ponente: Fernando García-Mon y González Regueral).

simultáneamente su protección frente a toda clase de ataques ofensivos, humillantes, degradantes o envilecedores<sup>389</sup>. Aquellos comportamientos que violentan ilegítimamente la libertad de voluntad del sujeto que atentan contra este bien jurídico consisten en violentar mediante actos que conlleven un tratamiento instrumental del mismo, atentarán contra la integridad moral.

Los inconvenientes de esta postura doctrinal derivan principalmente de la identificación de la integridad moral con la capacidad de obrar o la libertad de autodeterminación personal, es decir, con el bien jurídico libertad personal<sup>390</sup>. Debe recordarse que la libertad está garantizada expresamente y en sus diferentes manifestaciones en otros preceptos del texto constitucional, por lo que la reiteración en el art. 15 de la integridad moral sería innecesaria. Únicamente la exigencia de que los actos contrarios a la libertad sean susceptibles de humillar y degradar a la persona, permitirían la diferenciación entre los delitos contra la libertad y los delitos contra la integridad moral. Además, la protección de la libertad se realiza a través de los delitos contra la libertad, principalmente, mediante el delito de coacciones y amenazas, por lo que la configuración de unos delitos contra la integridad moral no tendría sentido porque en realidad se trataría de un bien jurídico-penal ya protegido en nuestro ordenamiento.

Por último, cierto sector doctrinal identifica la integridad moral con el derecho a ser tratado como persona y no como cosa, impidiendo que el individuo sea utilizado como un medio para la consecución de cualquier fin lícito o ilícito. Por tanto, la integridad moral implica que la persona en cuanto ser humano debe ser tratado como tal, proscribiendo la instrumentalización y cosificación del sujeto que sufre el sujeto al que no se le respeta este derecho<sup>391</sup>.

Para esta corriente doctrinal, la vinculación de la integridad moral con la dignidad de la persona es una realidad, hasta el punto que algunos penalistas siguiéndola, mantienen su equivalencia. En este sentido GRIMA LIZANDRA identifica la integridad moral con la dignidad humana, al considerar que es una manifestación de la dignidad personal de la que forma parte<sup>392</sup>. En este mismo sentido, MUÑOZ CONDE identifica la integridad moral con el derecho de la persona a ser tratada conforme a su

---

<sup>389</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “Torturas y otros atentados contra la integridad moral”, *EPC*, núm. 21, 1998, pp. 71 y 115. [Disponible en <http://hdl.handle.net/10347/4104>].

<sup>390</sup> Vid. PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel, *El delito contra la integridad moral del art. 173.1 del vigente código penal. Aproximación a los elementos que lo definen*, Universidad del País Vasco Servicio editorial, 2005, p. 159.

<sup>391</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, “Delitos de tortura y otros tratos degradantes (delitos contra la integridad moral)”, en VIVES ANTÓN, Tomás y MANZANARES SAMANIEGO, José Luis (dirs.), *Estudios sobre el Código penal de 1995 (Parte especial)*, CGPJ, Estudios de derecho judicial, núm. 2, Madrid, 1996, pp. 73 y ss.

<sup>392</sup> Vid. GRIMA LIZANDRA, Vicente, “Lección X. Delitos contra la integridad moral”, en BOIX REIG, Javier (dir.), *Derecho penal. Parte especial. Volumen I. La protección penal de los interés jurídico personales (adaptado a las reformas de 2010 del Código penal)*, Ed. Iustel, Madrid, 2010, p. 257.

dignidad, sin ser humillada o vejada, cualquiera que sean las circunstancias en las que se encuentra y la relación que tenga con otras personas<sup>393</sup>. CONDE PUMPIDO formula el derecho a la integridad moral como el derecho de toda persona a recibir un trato acorde con su condición de ser humano libre y digno, a ver respetadas su personalidad y voluntad, a no ser rebajado o degradado a una condición inferior a la de persona<sup>394</sup>.

Debe destacarse la posición de BARQUÍN SANZ que con anterioridad a la incorporación al Código Penal del Título sobre delitos contra la integridad moral había mantenido que el bien jurídico protegido en los delitos de tortura y tratos degradantes del derogado art.204 bis debía ser la dignidad de la persona<sup>395</sup>. Si bien desde la aprobación del nuevo Código Penal el autor mantiene la integridad moral como bien jurídico protegido en estos delitos<sup>396</sup>, identificándola como una nota inseparable del ser humano, que apunta a su voluntad y su conciencia, a su capacidad para decidir por sí solo sobre sí mismo y no ser tratado como una cosa. Al mismo tiempo caracteriza valores del individuo tales como la libertad y la integridad física y psíquica, así como el sustrato básico del conjunto de derechos libertades fundamentales. Por vía negativa, la integridad moral se ve afectada cuando la persona es objeto de humillación, de vejación, de envilecimiento, lo que puede suceder tanto con el atentado conjunto contra otros valores o de forma independiente<sup>397</sup>.

Por tanto, para este sector doctrinal aquellos delitos que atentan contra la integridad moral implican la realización de acciones en que la víctima es negada como persona, humillada, degradada, tratada como una cosa. Estamos en presencia de delitos contra el núcleo duro de la persona, de la dignidad en tanto lo específicamente humano.

Esta relación entre integridad moral se encuentra presente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Partiendo de la configuración de la integridad moral como una categoría conceptual propia y autónoma, como un valor de la vida humana e independiente del derecho a la vida, a la integridad física, al honor y a la libertad en sus diversas manifestaciones. Esta autonomía permite sancionar, de conformidad con la regla concursal prevista en el art. 177 CP, de forma separada las lesiones a estos bienes de los producidos a la integridad moral. Es posible un atentado a la integridad

---

<sup>393</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte Especial*, 18ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p.186.

<sup>394</sup> Vid. CONDE PUMPIDO FERREIRO, Cándido: “El derecho fundamental a la integridad moral reconocido en el art. 15 de la Constitución: su tutela penal”, *Diario La Ley*, núm. 4.1997, 1996, p. 1669.

<sup>395</sup> Vid. BARQUÍN SANZ, Jesús, *Los delitos de tortura y tratos inhumanos y degradantes*, EDERSA, Editoriales de Derecho Reunidas, 1992., p. 215 y ss.

<sup>396</sup> El propio autor reconoce que este cambio de postura referente al bien jurídico protegido no es sustancial, ya que el concepto de dignidad humana que se defendía estaba perfilado en términos sustancialmente coincidentes con los que se emplean para describir la integridad moral. Por tanto, el cambio de postura es consecuencia de una reforma en el derecho positivo que introduce por primera vez la integridad moral como bien jurídico y un intento por no añadir confusión al análisis de los tipos. Vid. BARQUÍN SANZ, Jesús, *Delitos contra la integridad moral*, Ed. Bosch, Barcelona, 2001, pp.51 y54.

<sup>397</sup> BARQUÍN SANZ, *Delitos contra la integridad moral*, op.cit., p. 58.

moral que no implique daño alguno a otros bienes personalísimos<sup>398</sup>. Se subraya jurisprudencialmente que el ámbito propio de la integridad moral se define desde la idea de la inviolabilidad de las personas, como el derecho a ser tratado como uno mismo, como ser humano libre y nunca como un simple objeto, manifestación directa de la dignidad humana<sup>399</sup>. La integridad moral comprende tanto facetas de la personalidad como las de identidad individual, el equilibrio psico-físico, la autoestima o el respeto ajeno que debe acompañar a todo ser humano. El TS afirma que la integridad moral es un atributo de la persona, como ente dotado de dignidad por el solo hecho de serlo; esto es, como fin en sí mismo, investido de la capacidad para decidir responsablemente sobre el propio comportamiento. La garantía constitucional de la dignidad, como valor de alta calidad indicada, implica la proscripción de cualquier uso instrumental de un sujeto y de la imposición al mismo de algún menoscabo que no responda a un fin constitucionalmente legítimo y legalmente previsto<sup>400401</sup>.

Si pasamos ahora a la integridad moral como bien jurídico fuera del ámbito de los delitos contra la integridad moral que conforman el Título VII CP, hace falta referirse a este bien jurídico en el delito concreto que nos ocupa. Respecto al delito de trata de seres humanos un limitado sector doctrinal partiendo de una idea genérica de dignidad como bien jurídico, la concreta en el derecho fundamental a la integridad moral.

Para este sector doctrinal la dignidad de la persona y la integridad moral están íntimamente relacionadas, siendo la integridad moral una forma de concretar la más genérica noción de dignidad personal. El delito de trata de personas se concibe como una modalidad de ataque contra la integridad moral en cuanto se instrumentaliza la persona para la consecución de determinados fines, anulándolo como persona y viéndose sometida la víctima contra su voluntad<sup>402</sup>. Así MUÑOZ CONDE mantiene que si bien las conductas tipificadas en el delito de trata de seres humanos inciden directamente en la libertad de la víctima, afectan también a su dignidad y con ello a su integridad moral la cual es lesionada a través de diversas formas de atentado a la libertad. El bien jurídico protegido es, por tanto, doble aunque la razón de su incriminación autónoma tiene más que ver con la dignidad y la integridad moral<sup>403</sup>. De

---

<sup>398</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1218/2004 de 2 de noviembre de 2004, F.J. 3º, (Ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre), [ROJ: STS 7040/2004].

<sup>399</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 588/2000, de 6 de abril de 2000, F.J. 2º, (Ponente: Roberto García-Calvo Montiel), [ROJ: STS 2849/2000].

<sup>400</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1735/2001, de 3 de octubre de 2001, F.J. 6º, (Ponente: Perfecto Agustín Andrés Ibáñez), [ROJ: STS 7490/2001].

<sup>401</sup> Vid. FELIP I SABORIT, David y RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, “Tema 5. Torturas y otros delitos contra la integridad moral”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (dir.) y RAGUÉS I VALLÈS, Ramón (coord.), *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, 3ª edición, Ed. Atelier, Barcelona, 2011,

<sup>402</sup> POMARES CINTAS, Esther, “El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral”, *RECPC*, núm. 13-15, 2011, p.6. [ <http://criminet.ugr.es/recpc/13/recpc13-15.pdf> ].  
MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, op.cit., p. 207.



la misma opinión MARTOS NÚÑEZ<sup>404</sup> que mantiene que las conductas típicas inciden directamente en la libertad de la víctima pero afectan también a su dignidad y con ello a su integridad. Es una constante que incluso los más acérrimos defensores de la dignidad personal como bien jurídico protegido en el delito de trata acepten la referencia a la integridad moral, conceptualizada en los mismos términos que la propia dignidad. En este sentido, ambos bienes jurídicos coincidirían en su esencia, optando algunos autores dar preferencia a la integridad moral sobre la dignidad principalmente por el reconocimiento constitucional que como derecho ésta posee.

### **2.2.3. Bien jurídico-penal libertad**

En contra de aquellos que postulan la dignidad o la integridad moral como bien jurídico protegido, otros mantienen que es la libertad el bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos. En la propia Exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2010 se menciona expresamente la libertad de los sujetos pasivos como objeto tutelado por el art. 177 bis, al establecer específicamente que el art. 177 bis tipifica un delito en el que prevalece la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren. Por tanto, junto con la dignidad el Legislador ha querido mencionar expresamente la libertad de las personas.

Además, a diferencia de la integridad moral la libertad está expresamente reconocida en todos los textos internacionales de reconocimiento de los derechos humanos y en algunos de los textos supranacionales sobre la trata de personas. Además, las diferentes facetas y manifestaciones de la libertad se encuentran reconocidas y garantizadas como derecho fundamental en todas las constituciones de nuestro entorno jurídico, al contrario de lo que ocurre con la dignidad.

La importancia de la libertad en el delito de trata de personas se pone de relieve ya en uno de sus elementos clave, los medios comisivos. Las conductas tipificadas en el mismo inciden directamente en la libertad de la víctima<sup>405</sup>.

Un reducidísimo sector doctrinal hace referencia al concepto de *status libertatis* para referirse al bien jurídico protegido en este delito. Esta referencia al bien jurídico libertad se fundamenta en la propia tipificación del delito. Poniendo en relación el presunto bien jurídico protegido con la capacidad objetiva de la conducta para crear el riesgo típicamente relevante para el bien jurídico protegido que el Legislador ha establecido, llegan a la conclusión que es difícil mantener que la

---

<sup>404</sup> MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio, “El delito de trata de seres humanos: análisis del art. 177 bis del Código Penal”, *EPC*, vol. XXXII, 2012, pp. 97-130. [<http://www.usc.es/revistas>].

<sup>405</sup> Mantiene el autor que el bien jurídico protegido es doble, aunque la razón de su incriminación autónoma tiene más que ver con la dignidad e integridad moral, a la que se lesiona a través de diversas formas de atentado a la libertad. Vid. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, op.cit., p 207.

dignidad y la integridad moral se vean afectadas con la realización de alguna de las conductas típicas previstas. La cosificación de la persona, su instrumentalización se produciría con la ulterior explotación cuya realización no es exigida por el tipo penal para la consumación del delito, pero no con la conducta. Las conductas alternativas tal y como se encuentran tipificadas únicamente atentaría contra la libertad del sujeto pasivo y serían susceptibles de poner el peligro el bien jurídico integridad moral o dignidad, así como otra serie de bienes jurídicos de carácter personalísimo (libertad sexual o integridad física, entre otros), debido a la exigencia de los elementos subjetivos adicionales exigidos por el tipo.

El *status libertatis* se entiende como libertad en sentido amplio, garantizando que la persona no sea privada de su propia autonomía y de su capacidad para tomar decisiones, puesto que la libertad es un factor inherente e inseparable de la personalidad humana y, perdiéndola, también se pierde la misma razón del ser humano<sup>406</sup>. Normalmente este *status libertatis* es utilizado por la doctrina italiana en relación con los delitos de sometimiento a esclavitud o a situaciones análogas a la misma<sup>407</sup>. PÉREZ ALONSO, se refiere a ese *status libertatis* como bien jurídico penal en la trata de seres humanos como expresión que incluye la integridad moral que concreta la dignidad de la persona<sup>408</sup> junto con la libertad y la seguridad de las personas tratadas<sup>409</sup>. La lesión de este *status libertatis* supone la privación de las capacidades relativas a la personalidad individual y la cosificación de *iure o de facto*, de la persona, negando su carácter esencial.

#### ***2.2.4. Pluralidad de bienes jurídico penal: El delito de trata de personas como delito pluriofensivo***

Al igual que ocurría respecto al art. 318 bis CP son muchos los autores que han optado por definir el delito de trata de seres humanos como un delito que lesiona o pone en peligro una multiplicidad de bienes jurídico-penales. De forma generalizada, estos autores identifican el bien jurídico protegido en el tipo penal con la dignidad o la integridad moral, para posteriormente matizar que existen otra serie de bienes

---

<sup>406</sup> BEDMAR CARRILLO, Eulogio, “El Bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos”, en *La Ley penal*, nº 94-95, sección legislación aplicada a la práctica, Junio-Julio, 2012, p. 14.

<sup>407</sup> GARCÍA ARÁN, “Introducción”, en op.cit., p. 6.

<sup>408</sup> El autor conceptualiza el bien jurídico integridad moral, como expresión de la dignidad de la personalidad humana, concretándose en la instrumentalización de la persona para divertimento de otros o para cualquier satisfacción ajena, mediante la reducción de la persona a la condición de mera cosa, provocando en ella un sentimiento de humillación o vejación e, incluso, un sufrimiento físico o psíquico, no reconducible a otros tipos penales. Vid. PÉREZ ALONSO, *Tráfico de personas e inmigración clandestina (Un estudio sociológico, internacional y jurídico penal)*, op.cit., p. 379 y PÉREZ ALONSO, Esteban Juan, “Los nuevos delitos contra la integridad moral en el Código penal de 1995”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*. 3ª época, núm.2, 1999, p.164.

<sup>409</sup> PÉREZ ALONSO, *Tráfico de personas e inmigración clandestina (Un estudio sociológico, internacional y jurídico penal)*, op.cit., p. 379.

jurídicos de carácter secundario que son puestos en peligro y que se relacionan directamente con las distintas finalidades que el tipo penal exige como elementos subjetivos.

En el ya derogado art. 188.2 CP, introducido por la Ley Orgánica 11/1999 que sancionaba al que, directa o indirectamente, favoreciese 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, la doctrina mantuvo mayoritariamente que el delito protegía anticipadamente la libertad sexual, tipificando actos preparatorios como un delito autónomo<sup>410</sup>. La derogación de este precepto y la inclusión de su conducta, en términos similares, en uno de los subtipos agravados del art. 318 bis, provocó que la doctrina nuevamente se volviese a pronunciar sobre el bien jurídico protegido. Un importante sector doctrinal mantuvo la pluriofensividad del delito, admitiendo que en parte se protegía anticipadamente la libertad sexual, dando origen a un delito de peligro<sup>411</sup> y ello a pesar de las fundamentadas críticas a esta regulación<sup>412</sup>.

Entre aquellos que identifican el delito de trata de seres humanos como un delito pluriofensivo se encuentra DAUNIS RODRÍGUEZ. Este autor considera que la conducta típica lesiona la dignidad<sup>413</sup> y la libertad del sujeto pasivo poniendo en peligro la libertad sexual, los derechos laborales y la integridad física, atendiendo a si la finalidad perseguida es la explotación sexual, laboral o la extracción de órganos respectivamente<sup>414</sup>.

---

<sup>410</sup> Entre otros, MAQUEDA ABREU, *Tráfico sexual de personas*, op.cit.,p.43; HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Luis, “El delito de tráfico de personas para su explotación sexual”, en LAURENZO COPELLO, Patricia (coord.), *Inmigración y derecho penal. Bases para un debate*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 242.

<sup>411</sup> Identifican respecto a la libertad sexual el delito de tráfico ilegal de personas con fines de explotación sexual como delito de peligro concreto, PÉREZ CEPEDA, *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, op.cit., p.179; como de peligro abstracto SÁNCHEZ GARCÍA PAZ, Isabel, “Protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros (con atención a las reformas introducidas por la LO 15/2003 y 11/2003)”, en CARBONELL MATEU, Juan Carlos, DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, MORILLAS CUEVA, Lorenzo, ORTS BERENGUER, Enrique y QUINTANAR DÍEZ, Manuel (coords.), en *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, p.829 o hipotético GUARDIOLA LAGO, *El tráfico de personas en el derecho penal español*, op.cit. , p. 780.

<sup>412</sup> Fuertemente crítica con esta reforma penal fue MAQUEDA ABREU, *Tráfico sexual de personas*, op.cit.

<sup>413</sup> La dignidad de la persona es lesionada por la realización de la conducta en contra de la voluntad del sujeto o con intención de explotarla, al ser cosificada la persona objeto y ser tratada como una mercancía de la que se quiere obtener un beneficio económico. Vid. DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto, “El tráfico y la trata de personas tras la reforma del Código penal”, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, GORJÓN BARRANCO M<sup>a</sup> Concepción y FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio (coords.), *La reforma penal de 2010*, Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2011, p. 130.

<sup>414</sup> DAUNIS RODRÍGUEZ, El tráfico y la trata de personas tras la reforma del Código penal”, en op.cit., p. 130.

Por tanto, estos bienes jurídicos adicionales que son puestos en peligro en la trata de personas se encuentran vinculados con los correspondientes bienes jurídicos penalmente protegidos en los subsiguientes delitos de explotación. En este sentido SANTANA VEGA identifica los bienes jurídicos que son puestos en peligro por la conducta de trata de seres humanos con la libertad e indemnidad sexual, cuando la finalidad sea la explotación sexual de adultos o menores; los derechos de los trabajadores y la libre competencia, en los supuestos de explotación laboral y, por último, la vida o la integridad física de las personas, en cuanto la finalidad sea la de extracción de órganos<sup>415</sup>. Para POMARES CINTAS<sup>416</sup> el delito de trata de seres humanos es una modalidad específica de ataque contra la integridad moral de las personas en la medida en que la instrumentalización del ser humano para la consecución de determinadas finalidades mercantilistas supone involucrarle en una situación que lo anula como persona. No obstante, la autora mantiene que el delito de trata también supone la puesta en peligro de aquellos otros bienes jurídicos protegidos por los delitos a través de los cuales se manifiesta el objetivo explotador: delitos contra los derechos de los trabajadores, libertad sexual, integridad o salud física.

Es también pluriofensivo para PÉREZ ALONSO<sup>417</sup> que cifra en la libertad, seguridad y dignidad personal, concretada esta última en la integridad moral de las víctimas. Asimismo para LEÓN VILLALBA<sup>418</sup> la libertad sexual, la integridad física, la libertad de ambulatoria se añaden a la dignidad o integridad moral como bienes jurídicos afectados, que son anticipadamente protegidos al poder ser lesionados si efectivamente se concreta la fase de explotación.

En contra del carácter pluriofensivo y de su carácter de delito de peligro en relación con los intereses que resultarían finalmente lesionados si la conducta de explotación finalmente se llevara a cabo, se manifiesta expresamente VILLACAMPA<sup>419</sup>, en un intento de reafirmar la autonomía de la trata de seres humanos respecto de los posteriores ilícitos que puedan cometerse mediante la efectiva explotación del tratado. Para ello considera que el contenido del injusto del delito resta importancia a la concreta finalidad de explotación bastando su mera presencia como elemento subjetivo, no siendo necesario que la misma se produzca. En caso de acontecer esta explotación, generalmente solo ganará la consideración de delito en el supuesto en que los medios empleados para realizar la trata se mantengan en el momento de producirse

---

<sup>415</sup> SANTANA VEGA, Dulce, “El nuevo delito de trata de seres humanos (LO 5/2010), *CPC, Número 104, II, Época II*, octubre, 2011, p.84.

<sup>416</sup> POMARES CINTAS, *RECPC*, núm. 13-15, 2011, p.6.

<sup>417</sup> Vid. PÉREZ ALONSO, Esteban Juan, “El delito de trata de seres humanos: regulación internacional, europea y española” en LARA AGUADO, Ángeles (dir.), LARA AGUADO, Ángeles, RUEDA VALDIVIA, Ricardo y RUÍZ SUTIL, Carmen (coords.), *Nuevos retos en la lucha contra la trata de personas con fines de explotación sexual. Un enfoque Interdisciplinar*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2012, p. 377.

<sup>418</sup> Vid. DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier, “Propuesta de reforma frente a la trata de seres humanos”, en AA.VV. *El anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008: algunos aspectos, Cuadernos penales José María Lidón*, núm. 6, 2009, Editor Universidad Deusto, p. 139.

<sup>419</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el derecho internacional*, op.cit., pp.408-409.

la explotación. Además, alega que en estos casos los objetos jurídicos de tutela, protegidos anticipadamente serían varios generando una gran indeterminación del objeto jurídico de protección en el delito. Además, debería hablarse tan sólo de peligro estadístico o abstracto, circunscrito al hecho de que el previo padecimiento de la trata facilita estadísticamente la producción de la explotación.

Si bien es cierto que el carácter pluriofensivo del delito le otorga una gran indeterminación, no es menos cierto que el elemento subjetivo exigido por el tipo no es un elemento menor, sino que es esencial para el delito de trata. Es necesario acreditar la existencia de esa finalidad subjetiva del autor para que la conducta sea típica. Si la conducta se realizase haciendo uso de los medios comisivos, ésta podría generar la concurrencia de alguno de los delitos contra la libertad, pero la conducta no sería constitutiva de delito si ésta no se realizase con la finalidad de explotación. Tanto es así que en la trata de menores se ha prescindido de los medios comisivos pero en ningún caso de la finalidad del autor, que parece ser lo que le otorga un especial desvalor a la acción. La finalidad de explotación no es un elemento superfluo sino consustancial al delito de trata de seres humanos, pues es su exigencia lo que permite intuir que la persona es concebida por el tratante como una mercancía susceptible de generar beneficios económicos o de otra naturaleza. La finalidad de explotación es esencial, de tal manera que sí no existiese un delito autónomo de trata de seres humanos, estas conductas podrían calificarse como actos preparatorios o supuestos de codeinuencia de los concretos delitos de explotación.

### ***2.2.5. Toma de postura***

La trata de seres humanos tiene una relevancia y trascendencia innegable en la sociedad actual. Debe exigirse al Estado que otorgue una respuesta adecuada al fenómeno y asista de forma efectiva a las víctimas de estas conductas. Ahora bien, deberá recurrirse al Derecho penal únicamente cuando sea necesario, dando cumplimiento a las exigencias derivadas del principio de legalidad e intervención mínima. Por ello, no sólo es necesario que se proteja un bien jurídico, sino que esta protección se limite a los ataques más graves. Debe el Legislador penal realizar una correcta valoración de los hechos y análisis de las conductas que se pretenden incriminar para garantizar la coherencia del texto penal en un intento de evitar superposiciones que no hacen más que dificultar el fin de protección perseguido.

La trata de personas es identificada por las instancias internacionales, gobiernos nacionales e incluso por la sociedad civil como una forma de esclavitud, la esclavitud del siglo XXI. La generalización de la trata de seres humanos como una nueva forma esclavitud y su identificación con la compraventa de personas puede introducir cierta confusión con situaciones clásicas de esclavitud. Existen desde hace

décadas importantes Tratados internacionales que conceptualizan y delimitan estas conductas esclavistas, así como otras graves formas de explotación. Tanto es así que algunas conductas que suelen ser identificadas por la doctrina como trata son en realidad y de acuerdo con estos instrumentos, prácticas análogas a la esclavitud. Así ocurre en los supuestos en los que los menores son entregados por sus tutores para su explotación. Incluso cuando de forma general se identifica con trata de personas, el compromiso del sujeto, mediando engaño, al pago de la deuda que parecería corresponderse con los gastos generados por su traslado a otro lugar y que con posterioridad se convierte en indeterminada, sometida a intereses abusivos e impagables, es una clásica situación de servidumbre por deudas. Por lo que en primer lugar deberían tenerse en cuenta estos tradicionales crímenes contra la dignidad y la libertad de las personas para comprobar si realmente existen lagunas de punibilidad que deban ser subsanadas mediante la tipificación de nuevas conductas en un intento de evitar solapamientos normativos.

Cuestión distinta es que la utilización y generalización del término trata de personas haya permitido situar en primer plano la necesidad de seguir luchando contra la esclavitud y prácticas similares a ella. En el mundo actual estas prácticas aberrantes continúan siendo una realidad y los Estados tienen la obligación de luchar contra ellas al implicar graves atentados contra la esencia misma del ser humano.

Peculiar es la situación de nuestro ordenamiento penal en el que no se tipifica expresamente como delito la reducción o mantenimiento de la esclavitud, ni otras prácticas análogas a la ella ni los trabajos forzados de forma expresa. En cuanto estas conductas se encuentran proscritas desde antiguo en un gran número de Tratados internacionales e instrumentos europeos parece que lo adecuado hubiese sido que el Legislador español procediese a tipificar adecuadamente estas conductas, pues no pueden equiparse a una mera explotación laboral contraria a los derechos de los trabajadores. No es adecuada la pena prevista para estos delitos en nuestro sistema penal al no incluir todo el desvalor de la conducta. Si esta regulación se realizase correctamente las conductas tipificadas como trata de personas pueden verse como formas de imperfecta realización o supuestos de codelincuencia del respectivo delito que recibirían una adecuada sanción penal. No obstante, la paradigmática situación de nuestro ordenamiento penal en el que los delitos contra los trabajadores permiten subsumir conductas de muy diversa naturaleza y entidad, desde condiciones laborales de semiesclavitud a una explotación laboral que implica el no reconocimiento de alguno de los derechos reconocidos legalmente, dificulta un tratamiento penal adecuado a estas aberrantes prácticas. Además, la pena prevista para estas conductas delictivas es inferior a la prevista para la trata de personas, al igual que ocurre en el delito de determinación coactiva a la prostitución, lo que parece mostrar cierta incoherencia penológica si se considera que la trata de personas implica un adelantamiento de las barreras de protección en relación con estos delitos.

Una mayor pena del delito de trata de personas implicaría un mayor desvalor de la conducta y del resultado que el previsto en los delitos de explotación, cuestión ésta difícil de mantener. A mi juicio, con la incriminación de la trata de seres humanos se pretende proteger la dignidad de la persona. La referencia a la imposición de la esclavitud, trabajos forzosos, extracción de órganos y la explotación sexual de la víctima, en definitiva la transformación de una persona en un mero medio para obtener beneficios, manifiesta esta preocupación por la dignidad humana. Todas estas conductas que en el delito de trata se vinculan con la finalidad perseguida por el autor, de llegar a materializarse implicarían un grave atentado y una flagrante vulneración de la dignidad humana.

De acuerdo con los textos internacionales y europeos lo que se pretende con la incriminación del delito de trata de personas es evitar que se comercie con ellas, impidiendo un tratamiento no acorde con el respeto que toda persona merece, mediante el sometimiento a un proceso de cosificación o mercantilización. No obstante, se produce la particularidad de que el Legislador español no ha incriminado directamente la comercialización de la persona, sino tan sólo alguna de las fases en las que ésta puede consistir, al no incluir expresamente como conducta típica la cesión o transmisión del control de una persona en el tipo penal y, secundariamente el pago u obtención de otros beneficios como medio comisivo, el comercio de personas en sentido estricto. La jurisprudencia española muestra que este traspaso de control de la víctima a cambio de un precio u otros beneficios es una práctica criminal habitual, llegándose a hablar de “venta de personas”, que implica sin duda la conversión de la víctima en objeto de transacción económica (compraventa) o de otra naturaleza (permuta). Sin utilizar eufemismos éste sería un claro caso de comercio y compraventa de personas, si bien no desde un punto de vista jurídico, pues las personas son *res extra commercium* por lo que cualquier negocio de esta naturaleza será ilícito y nulo, sí desde un punto de vista fáctico.

El sujeto, en contra de su voluntad, es valorado económicamente por los tratantes que reciben una cantidad de dinero u otros beneficios, por otros tratantes o por el ulterior explotador para someterá la víctima posteriormente a servidumbre por deudas para “recuperar” la cantidad de dinero pagada en concepto de traslado. Aunque también podría la víctima, con posterioridad, ser sometida a otras conductas forzadas o abusivas, como trabajos forzados, esclavitud sexual, esclavitud doméstica, mendicidad o realización de actividades delictivas. Esta conducta objetivamente sería susceptible de lesionar la dignidad de la persona identificándose fácilmente como un grave ataque contra ella, al reducirla a una auténtica mercancía, convirtiéndola en un mero instrumento para obtener de ella un rendimiento económico. Se produciría ya en esta fase inicial un proceso de cosificación y mercantilización de la persona equiparable a una práctica análoga a la esclavitud, equivalente al comercio de personas, que justifica su previsión como delito autónomo. No obstante, esta conducta

puede subsumirse en el tipo de trata tan sólo de forma indirecta y limitada<sup>420</sup>, por lo que su tipificación parece no haber sido la prioridad del Legislador. Es precisamente el intercambio o transferencia del control sobre la víctima, unido a la entrega o recepción de pagos una conducta con suficiente entidad como para afectar a la dignidad humana, de tal manera que la relación con la finalidad de explotación subsiguiente pasaría a un segundo plano en relación con la lesión al bien jurídico.

Sin embargo, el Legislador penal describe una serie de conductas escalonadas, con la intención de abarcar todas las fases del proceso de trata, desde etapas iniciales (captación) hasta momentos más cercanos a la conducta de explotación perseguida y a la lesión del bien jurídico (alojamiento). Así, ni la captación, ni el transporte de personas ni tampoco su alojamiento son por sí mismas conductas que merezcan una intervención del Derecho penal. Si estas conductas se realizasen haciendo uso de ciertos medios comisivos, como los previstos en el tipo penal, podrían ser relevantes penalmente en algunos casos, produciéndose una lesión del bien jurídico libertad, excepto en los casos de menores que no requieren esos medios comisivos. De forma que si se realiza el transporte o el alojamiento de una persona con violencia o intimidación, podríamos hablar de detención ilegal, de amenazas o coacciones; el abuso de una situación de superioridad, es una agravante genérica de acuerdo con el art. 22.2 CP, en la que pueden incluirse las situaciones de vulnerabilidad<sup>421</sup>. Si el transporte tiene carácter transnacional y se trata de extranjeros no comunitarios nos encontraríamos ante un delito de inmigración clandestina en su subtipo agravado (art. 318 bis. 2 CP). Por todo ello, parece ser la finalidad subjetiva con la que el autor lleva a cabo estas conductas lo que le otorga un plus de desvalor a la acción y parece justificar su configuración como delito autónomo y diferenciado de otras conductas objetivamente idénticas cuya subsunción es posible en otros tipos penales. Finalidad subjetiva que debe ser probada pues sólo su presencia permite restringir el tipo objetivo, no siendo suficiente una mera presunción. Las dificultades probatorias cuando el correspondiente delito de explotación no se ha consumado son una realidad, convirtiendo en anecdótica la condena únicamente por el delito de trata cuando la explotación no se ha iniciado.

La técnica legislativa empleada supone una extensión de la intervención penal en relación con el núcleo duro del Derecho penal. Esta extensión no se debe tanto a las peculiaridades del bien jurídico objeto de tutela sino por la forma en que se ha articulado la protección del mismo. El hecho de que el intercambio o cesión del

---

<sup>420</sup> La transmisión del control de la víctima implica su previa captación por el transmitente (delito consumado de trata) así como la correspondiente recepción, transporte o alojamiento por el adquirente (delito consumado de trata).

<sup>421</sup> El debido respeto del principio *non bis in idem* impide apreciar la concurrencia de la agravante genérica de abuso de una situación de superioridad cuando existe un tipo penal agravado fundamentado en el abuso de una situación de vulnerabilidad. Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª), núm. 947/2009, de 2 de octubre de 2009, F.J. 3º, (Ponente: Joaquín Giménez García), [ROJ: STS 6342/2009].



control no se haya previsto como conducta típica en el concreto delito de trata de seres humanos introducido en el Código Penal hace que las conducta de captación, traslado y alojamiento se relacionen especialmente con la finalidad de explotación y, por tanto, con los correspondientes delitos de explotación. A su vez, el traslado se convierte en la conducta típica sobre la que giran los restantes comportamientos previstos en el tipo penal, mientras que debería ser el intercambio o cesión de control de la víctima, el comportamiento que se configurase como conducta típica clave, pues implica el total sometimiento de la víctima al control de otra persona generando una afectación al bien jurídico penal. Ante la ausencia de esta conducta como típica, la concreta tipificación realizada parece anticipar la intervención penal a momentos anteriores al de la efectiva lesión, sancionando penalmente como hechos típicos consumados actos de muy diverso desvalor. El desvalor de la captación o del alojamiento de una persona con finalidad posterior no es equivalente a aquél propio del intercambio o cesión del control de la víctima ni tampoco al propio del delito de explotación. Se produce, por tanto, una equiparación en el tipo penal de conductas que de acuerdo con la Parte General del Derecho Penal pueden ser calificadas como propias de participación y no de autoría. A ello se une el hecho de que la afectación a la dignidad de la persona se puede producir no sólo por la existencia de una finalidad de explotación posterior, sino por la voluntad de obtener beneficios económicos de ellas. Así la transmisión de la víctima, de un tratante a otro no tiene que tener necesariamente como finalidad para el transmitente una explotación ulterior sino un simple ánimo de lucro, con independencia de la finalidad que persiga el receptor de la víctima.

A su vez, estas conductas de no existir el tipo penal de trata de personas podrían considerarse como formas de imperfecta ejecución<sup>422</sup> o supuestos de codelincuencia del concreto delito de explotación. Pueden verse como actos de favorecimiento de los concretos delitos de explotación, actos preparatorios del concreto delito que se elevan a la categoría de delito autónomo. Con ello la lesión del bien jurídico o su efectiva puesta en peligro deja de tener peso en la configuración del injusto al castigarse a los autores del delito de trata con penas superiores a las previstas para aquéllos que realmente materializan la explotación, situación que puede verse agravada por la especial regla concursal prevista en el apartado 9 del precepto<sup>423</sup>.

La configuración del delito tiene en cuenta que la conducta/s se realiza en contra de la voluntad del sujeto o sin un consentimiento válidamente emitido,

---

<sup>422</sup> En este sentido, la captación de menores o incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos fue considerada, con anterioridad a la reforma operada por la LO 5/2010 como tentativa del delito de utilización de menores con esos fines (art. 189.1 CP). Vid. SAP Granada (Sección 1ª), núm. 283/2009, de 25 de mayo de 2009, F.J.1º (Ponente: Pedro Ramos Almenara), [ROJ: SAP GR 1482/2009].

<sup>423</sup> El precepto dispone que “en todo caso, las penas previstas en este artículo 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”.

impidiendo que la persona decida libremente su proyecto de vida. Se produce una lesión del bien jurídico libertad, en alguna de sus facetas. La concurrencia de estos medios comisivos crea una situación de vulnerabilidad de la víctima o de control por parte de los tratantes, que favorecerá la ulterior explotación de la persona. Normalmente, la víctima será alejada de su entorno familiar o social mediante engaño o con violencia o intimidación o de forma abusiva. Se produce cierto aislamiento de la víctima que correlativamente aumentará su vulnerabilidad y facilitará su control para posteriormente someterla a explotación y obtener importantes beneficios con ellas, haciendo que la persona pueda ser vista como un objeto de comercio, como una mercancía. Esta situación de desigualdad o control es precisamente la que aprovecharán los tratantes o bien para transmitir el control de la víctima o bien para someter a la persona a explotación. Es precisamente esta situación lo que se pretende evitar con la tipificación de la conducta para proteger en último término la dignidad de las personas que se ve puesta en peligro. La captación de una persona y su efectiva utilización o sometimiento a esclavitud o prostitución forzada, entre otras, son conductas de distinta gravedad en relación al bien jurídico. La persona es concebida internamente por el tratante como una mercancía u objeto con el que comerciar para obtener beneficios de muy diversa naturaleza. Dicha concepción se exterioriza mediante actos instrumentales dirigidos a la realización de una conducta posterior.

Por consiguiente, parece que el bien jurídico dignidad posee la suficiente relevancia como para justificar la inclusión en el ordenamiento penal de un delito autónomo dirigido a protegerlo. No obstante, su incorporación en el texto penal sin un previo análisis y reforma de los delitos íntimamente relacionados y que concurrirán normalmente con ella, como la prostitución forzada o los delitos contra los derechos de los trabajadores, puede generar problemas de difícil solución. Es la técnica legislativa utilizada y no el bien jurídico protegido el que puede originar a los operadores jurídicos dificultades interpretativas, al tipificar como delito autónomo conductas de muy distinto desvalor que confunden la autoría con la participación.

### **3. Análisis del tipo básico del artículo 177 bis CP: La trata de seres humanos**

#### **3.1. Introducción**

Entre las finalidades de este trabajo de investigación se encuentra examinar y valorar jurídicamente el precepto destinado a incriminar la trata de seres humanos en el Código Penal español.

Una lectura de este extenso precepto nos muestra su gran similitud con los instrumentos internacionales y europeos. El Legislador, siguiendo con una indeseable práctica que ya se ha convertido en habitual, ha realizado una transposición literal, sin realizar un previo análisis de las disposiciones internacionales y realizar una adecuación ordenada y coherente con nuestro ordenamiento penal. Se introducen en el ordenamiento nacional tipos penales imprecisos, amplios y reiterativos que si bien pueden ser adecuados en el ámbito internacional en aras de lograr el consenso necesario e intentar orientar la actividad legislativa de un gran número de Estados con ordenamientos jurídicos muy dispares, merecen la crítica en el contexto nacional concreto<sup>424</sup>.

## 3.2. Tipicidad

Centrándonos en este momento inicial en el tipo básico del delito de trata de seres humanos, previsto en el apartado 1 del art. 177 bis CP, puede decirse que de conformidad con los instrumentos supranacionales la conducta típica se articula alrededor de los tres elementos que caracterizan la trata de personas. Estos tres elementos como ya se ha puesto de manifiesto son la acción, los medios comisivos y la finalidad de explotación que deben concurrir cumulativamente para poder hablar de trata de personas. Por tanto, se sanciona penalmente como reo de trata de seres humanos al que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, *captare, transportare, trasladare, acogiere, recibiere o alojare* a la víctima nacional o extranjera *con fines de explotación y sin su consentimiento*.

De estos tres elementos que caracterizan la trata son tres las consecuencias que se derivan de forma inmediata. La primera, resultante de la exigencia de que concurren una serie de medios comisivos en la trata de personas es que no hay consentimiento de la víctima o sujeto pasivo del delito o bien éste se encuentra viciado. La segunda, que el propósito de explotación ulterior es un requisito esencial del tipo penal, que se configura como un elemento subjetivo del tipo. Y por último, que la transnacionalidad o exigencia de un cruce de fronteras es algo accesorio en la trata de personas<sup>425</sup>.

### 3.2.1. Conducta

---

<sup>424</sup> En este sentido, LLORIA GARCÍA, “Lección XI. Trata de seres humanos, en op.cit., p.299.

<sup>425</sup> Vid. VALLDECABRES ORTIZ, Isabel, “El inmigrante como víctima: crimen organizado, tráfico de personas, delitos contra los derechos de los trabajadores”, en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (dir.), *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 542.

La acción, como el primero de los elementos, se encuentra descrita con los verbos típicos: **captar, transportar, trasladar, acoger, recibir y alojar**. Estos verbos típicos muestran formas concretas de tratar con seres humanos.

El Legislador ha optado por no establecer expresamente una vinculación entre el verbo tratar y los verbos típicos que expresarían formas de tratar con las personas. Esta vinculación se encontraba presente en el Anteproyecto de reforma de 2009 que siguiendo las recomendaciones del CGPJ modificaba la conducta típica inicialmente prevista por el anteproyecto de 2008. El CGPJ recomendaba el refuerzo de la vinculación dolosa de todas las conductas con el tráfico de personas, de forma que el peso central de la conducta típica no recayese en las acciones de captar, alojar, recibir, o acoger, sino, precisamente en la de traficar con personas. Dicha referencia al verbo traficar utilizada por el CGPJ en su informe debería haberse sustituido por una referencia al verbo “tratar” con personas o seres humanos, siguiendo la terminología utilizada en las convenciones internacionales y evitando con ello posibles confusiones con el tráfico ilegal de personas previsto en el art. 318 bis CP. No obstante, en el texto definitivamente aprobado se optó por la eliminación de cualquier referencia al verbo tratar o traficar<sup>426</sup> lo que puede originar que las conductas específicamente introducidas pierdan su dirección en relación la auténtica conducta que debería perseguirse en la trata de personas que sería el comercio con personas.

Con esta amplitud de los verbos típicos lo que el Legislador pretende es punir todas y cada una de las fases en las que se produce la trata de personas (captación, transporte y recepción), pues la trata de personas se caracteriza por ser un proceso. Nos encontramos ante un delito mixto alternativo, en el que la realización de una de las distintas conductas descritas es suficiente para la consumación del delito<sup>427</sup>, no exigiéndose la realización de todas ellas. Las conductas tipificadas se configuran como alternativas e independientes. Se intenta con ello evitar cualquier laguna de punibilidad, al incluir desde la captación en el lugar de origen hasta el alojamiento en el lugar de destino pasando por el transporte y traslado, por zonas de tránsito. Tanto es así que el tipo penal abarca aquellos casos en los que tras la captación es la propia víctima la que realiza por sí misma todas las conductas intermedias de traslado y alojamiento, hasta la posible explotación posterior. Sin embargo, en cuanto un mismo sujeto puede realizar todas y cada una de las conductas típicas puede calificarse el delito como permanente al mantenerse la situación antijurídica durante todo el proceso de trata.

---

<sup>426</sup> Vid. TERRADILLOS BASOCO, Juan María, “Capítulo 24. Trata de seres humanos” en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (dir.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p.209.

<sup>427</sup>Vid. MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, op.cit., p. 34.

De esta multiplicidad de verbos típicos pueden derivarse ciertos problemas interpretativos como consecuencia de la reiteración innecesaria que se hace de los términos, así como problemas concursales con otros tipos penales.

Si se parte de una interpretación gramatical de cada una de estos verbos típicos, acorde con la definición que de ellos realiza la RAE puede comprobarse que algunos de los verbos que integran la conducta típica son en realidad equivalentes. Y ello a pesar de intentar realizar interpretaciones correctoras mediante el argumento psicológico (finalidad del Legislador) y teleológico (finalidad de la norma) acudiendo a los instrumentos internacionales de referencia, que son el origen del precepto penal y determinan su finalidad.

Para comenzar, el primero de los verbos típicos es **captar** que consiste en atraer a alguien, ganar su voluntad o afecto. Por tanto, puede entenderse incluida en la captación cualquier conducta realizada con la finalidad de ganar la voluntad de la víctima hacia las finalidades típicas de la trata. La captación implica algún tipo de acción o conducta realizada por el captador tendente precisamente a ganar la voluntad de la potencial víctima, orientada a someterla a su control, a alejarla de su entorno para ser desplazada o movilizada con la finalidad de explotarla y mediando alguno de los medios comisivos previstos en el tipo.

Las conductas de captación pueden ser de muy diversa naturaleza, desde el secuestro a promesas engañosas de un empleo y de una vida mejor, el establecimiento de una previa relación personal y afectiva, falsas promesas de matrimonio, la existencia de una deuda derivada de los gastos de traslado y de tramitación de documentación o alojamiento que debe ser pagados por la víctima llegando la cifra a ser exorbitante e impagable y utilizada para coaccionar e intimidar a la persona, pasando por flagrantes casos de “compraventa” de personas. A diferencia de lo que opinan algunos autores que han analizado el tipo penal como LLORIA PAZ<sup>428</sup> considero posible incluir en la captación cualquier conducta tendente a ganar la voluntad, a hacerse con la voluntad de la víctima, aunque dicha conducta se manifieste a través del ejercicio de violencia o intimidación, pues lo determinante es que la víctima se ve involucrada en el proceso de trata de seres humanos en contra de su voluntad. Esta opinión puede verse confirmada por la reciente SAP de Madrid de 8 de marzo de 2013<sup>429</sup> en cuyos hechos probados se pone de manifiesto que la captación se produjo precisamente haciendo uso de violencia, al ser la víctima golpeada e introducida contra su voluntad en un vehículo.

---

<sup>428</sup> LLORIA GARCÍA, “Lección XI. Trata de seres humanos, en op.cit., p.300.

<sup>429</sup> Vid. SAP Madrid (Sección 6ª) núm.10161/2013, de 8 de marzo (Ponente: María Luz Almeida Castro), [ROJ: SAP M 10161/2013].

En segundo lugar, el transporte y traslado integran la acción típica. Ambos términos comparten un mismo significado ya que implican llevar a alguien de un lugar a otro, no siendo posible utilizar ninguna de las acepciones previstas en el diccionario de la RAE para diferenciar ambos términos en el delito de trata. Por tanto, realizará esta conducta toda persona que lleve a la víctima de un lugar a otro. No obstante, no todo traslado implicará por sí mismo su punibilidad, puesto que en cualquier caso éste debe realizarse concurriendo alguno de los medios comisivos, a excepción de los menores, con finalidad de explotación. Por lo que la persona que traslade a los sujetos previamente captados debe hacer uso de alguno de los medios comisivos tendentes a doblegar la voluntad, así como conocer la finalidad de explotación.

La diferenciación que debe realizarse entre trata de seres humanos y tráfico ilícito de personas obliga a matizar que el transporte o traslado no exige necesariamente un cruce de fronteras, irregular o no, sino que puede producirse en el interior de las fronteras de un único Estado. Mientras que la transnacionalidad es una exigencia del delito de tráfico ilícito de personas o inmigración clandestina de personas, ya que el delito protege la política migratoria e implica la ayuda a la entrada en el territorio del Estado vulnerando la correspondiente legislación de extranjería, en el delito de trata ésta es totalmente secundaria. El delito de trata de seres humanos incrimina tanto la trata interna como la internacional, por lo que el cruce de fronteras no implicará para este delito ningún tipo de plus de antijuricidad.

Si se parte de una interpretación gramatical de los verbos **transportar** y **trasladar**, estos deben considerarse sinónimos. Al contrario de lo que opina cierto sector doctrinal<sup>430</sup> e incluso la propia Fiscalía General del Estado<sup>431</sup>, difícilmente puede realizarse una interpretación del verbo trasladar que lo diferencie del transporte sin incurrir en una interpretación analógica contra reo, proscrita en el ámbito del Derecho penal. No existen elementos en el tipo penal que permitan interpretar el traslado como equivalente al **traspaso de control** sobre una persona. Dicha interpretación, excesivamente forzada y extensiva, implicaría entender que al tipificar el traslado de las víctimas se ha querido introducir una de las acciones que se encuentran presentes en el ámbito internacional, mediante una interpretación extensiva.

La Directiva 2011/36 introduce entre las conductas típicas del delito de trata el **intercambio o transferencia** del control sobre las personas, incorporándose como medio comisivo más adecuado para la realización de esta conducta la recepción o entrega de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una persona que posea

---

<sup>430</sup> En contra, VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el derecho internacional*, op.cit., p. 416.

<sup>431</sup> FGE, Circular 5/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio fiscal en materia de extranjería e inmigración.

el control sobre otra persona. En el nuevo delito de trata de seres humanos recientemente incorporado a nuestro Código Penal no encontramos ninguna referencia ni a la conducta ni al medio comisivo descrito en la Directiva. Si bien la Directiva tiene fecha de 2011, habiéndose producido la reforma del Código Penal español en 2010, ésta no puede ser la justificación de semejante omisión del Legislador español, más cuando el CGPJ en su informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de 2008 llamó la atención sobre la no inclusión en el tipo penal de este concreto medio comisivo. Además, el Convenio de Varsovia ya se refería expresamente a **la transferencia** como conducta típica e incluía entre los medios comisivos el ofrecimiento o aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra. E incluso, si nos remontamos al Protocolo de Palermo éste al igual que hace el Legislador español se refiere al traslado de las personas como conducta típica, pero incluyendo entre los medios comisivos la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra.

Una interpretación de la conducta típica “trasladar” como equivalente a la cesión o transferencia de la víctima podría ser más fácilmente aceptada si se hubiese incluido el medio comisivo correspondiente a la oferta o recepción de pagos, pues las conductas típicas están necesariamente interconectadas con los medios comisivos previstos. Como bien reconoce la Fiscalía General del Estado entre cada uno de los verbos nucleares de la conducta y los medios comisivos existe una conexión, por lo que el significado jurídico de ellos dependerá en buena medida del medio comisivo empleado<sup>432</sup>. Sin embargo parece obviarse esta interconexión en el momento de interpretar el traslado y la recepción como equivalentes a la transferencia de la víctima para subsumir en la conducta los supuestos de pagos entre tratantes por el control de la víctima o captaciones indirectas mediante el pago de una cantidad a quien ejerza un control sobre la misma. Conductas de esta naturaleza, tal y como se encuentra redactado, son de difícil encaje en el tipo penal al haberse obviado como medio comisivo el ofrecimiento o aceptación de pagos, aunque no imposible.

Esta ausencia del Legislador español, no es una cuestión baladí, pues está omitiendo entre las conductas típicas una clara manifestación de la trata de seres humanos y, asimismo, una de las más graves. Son precisamente estas conductas las que se pueden identificar con los casos de “compraventa” de personas, aquellos supuestos en los que las víctimas son introducidas en el proceso de trata mediante el pago de una cantidad dineraria o beneficio económico, normalmente a padres, cónyuges u otros familiares de la víctima o bien la “venta” de personas previamente captadas que se produce entre tratantes o entre tratantes y explotador. Estas personas ejercen un claro control sobre la víctima como consecuencia de su estrecha relación

---

<sup>432</sup> Circular 5/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio fiscal en materia de extranjería e inmigración, p.17.

familiar o por la previa captación realizada de la misma y aprovechándose de ella transmiten ese control a terceros que pagan una cantidad de dinero por ello.

La falta de inclusión del verbo típico transmitir o equivalente, así como de forma secundaria, el correspondiente medio comisivo, dificulta la subsunción de estas graves conductas de forma directa en el delito de trata de personas. Sin embargo la amplitud de las conductas penadas permite su inclusión en el tipo penal de forma parcial y limitada.

En este sentido, cuando la persona que “traspasa” el control ha realizado una previa captación, es suficiente ésta para considerarlo autor del delito de trata. Mientras que la persona que recibe el control normalmente la trasladará o alojará mediante alguno de los medios comisivos previstos, por lo que en este caso también podrá ser considerado autor del delito de trata en virtud de las conductas subsiguientes que realice, incluso se puede entender que se hace cargo de la misma y, por tanto, la recibe. En estos supuestos ambos sujetos podrán ser considerados como autores de un delito de trata, en cuanto la trata como proceso implica normalmente la realización por parte del autor de más de una de las acciones previstas.

El problema se plantearía en aquellas situaciones en las que sin existir una captación previa, un sujeto posee por su vinculación con la víctima un claro control sobre ella por lo que no será necesario que despliegue ningún tipo de conducta tendente a captarla. Pensemos, por ejemplo, en los padres de un menor o joven que en situación de pobreza reciben una cantidad de dinero a cambio de permitir el traslado del menor a otro lugar para que sea explotado sexual o laboralmente. Pueden ser conocedores de la finalidad de explotación e incluso recibir una cantidad de dinero por ello, no haciendo nada para impedir la comisión del delito. Podría incluso producirse por su parte un ofrecimiento de la víctima al tratante y no sólo una aceptación de dinero.

En estos supuestos, el tratante que ha pagado a los padres podrá ser sancionado por un delito de trata de seres humanos pues podría entenderse que capta a la víctima menor a través de sus progenitores u otros familiares e incluso puede con posterioridad realizar cualquiera de las demás conductas típicas previstas, utilizando la cantidad de dinero pagada como forma de someter la voluntad de la víctima colocándola en una situación de inferioridad, así como cualquier otro medio comisivo. La conducta realizada no deja de ser una forma de captación de la víctima, acción que podría ser abarcada por la conducta de recibir, haciéndose cargo de la víctima. Esta conclusión se ve reforzada en los supuestos de víctimas menores de edad, al no ser necesaria la concurrencia de ningún medio comisivo. La obtención del control de la víctima mediante el pago de una cantidad de dinero es una conducta adecuada para realizar la captación de la víctima, no siendo necesario interpretar el traslado como



equivalente a la transmisión o intercambio de control para solventar la posible laguna de punibilidad.

Mayores serían los problemas si nos encontramos ante un mayor de edad, joven vulnerable o incapaz. En estos casos el delito exige en todo caso la concurrencia de los medios comisivos, tanto para el que transmite el control como para el que lo recibe. No obstante, la amplitud de los medios comisivos previstos permitiría en este caso que la conducta del que recibe el control sea subsumible en el delito de trata al existir una situación de vulnerabilidad en los supuestos de incapaces o abuso de superioridad derivada de la previa venta a la que ha sido sometida la víctima por parte de su familiar, conocido o tratante previo, por lo que el traslado y el posterior alojamiento podrían constituir delito de trata de seres humanos.

La cuestión controvertida radica, por tanto, en determinar cuál sería la responsabilidad penal de aquellos, padres, familiares o conocidos, que a cambio de una contraprestación económica permiten que el tratante capte y traslade a la víctima con finalidad de explotación. En sentido estricto, no puede mantenerse que exista captación, sino que haciendo uso de la vinculación y situación de superioridad respecto a la víctima favorece que el delito sea cometido por un tercero. Si el traslado no se identifica con la transmisión del control que posee sobre la potencial víctima no puede mantenerse que estos sujetos realicen el delito de trata de seres humanos como autores, aunque sin duda favorecen con su conducta la realización del mismo por lo que pueden ser considerados partícipes del delito. Si la finalidad no es de explotación sino de otra naturaleza, como el establecimiento de una relación de filiación ficticia, el delito a aplicar sería el del art. 221 CP.

Estos problemas no estarían presentes si se hubiese previsto el intercambio o cesión del control de la víctima como conducta típica y el ofrecimiento o recepción de pagos para la obtención de ese control, pues se consideraría que el padre ha realizado activamente la conducta reprobada penalmente. La inclusión de la transmisión del control de la víctima en los instrumentos internacionales tiene como finalidad precisamente punir estas conductas que de otra forma quedarían fuera del tipo penal. No obstante, no es posible para cubrir una laguna de punibilidad realizar una interpretación de tal envergadura que no cumpla con las exigencias del principio de legalidad. Debe hacerse uso de otras instituciones de la teoría del delito que permitirán evitar la impunidad en estos casos, como la participación delictiva.

Por un lado, **transferir, traspasar e incluso transmitir** son verbos en los que podrían incluirse todas aquellas conductas que implicasen ceder a otra persona el derecho, dominio o atribución que se tiene sobre algo. En este caso sobre la víctima, que es vista por los tratantes como una mercancía u objeto. No obstante, el Legislador en lugar de hacer uso de alguno de estos términos, ha optado por tipificar el traslado

que posee una clara connotación de movimiento de la víctima de un lugar a otro. Además, tanto la Directiva 2011/36 como la anterior Decisión Marco, tras hacer referencia en términos similares al Legislador español al transporte o traslado de la víctima como conductas típicas, incluyen de forma expresa el intercambio o traspaso del control como un supuesto distinto del traslado o transporte<sup>433</sup>.

Por otro lado, si a esta utilización del lenguaje le unimos la omisión del medio comisivo consistente en la oferta o recepción de pagos, que puede relacionarse claramente con el ejercicio de algún tipo de poder de dominio sobre una persona e incluso con la venta o cesión de la misma a otra persona a cambio de pagos o de otra serie de beneficios, no cabe más que admitir que el Legislador ha omitido entre las conductas típicas una clara manifestación de trata de seres humanos, y, asimismo, una de las más graves, ya que fácilmente puede identificarse con la “compraventa” de personas, que atenta sin duda contra la dignidad de la persona pues implica negar su propia esencia, convertirla en objeto, en mercancía susceptible de negocio.

Dicha omisión pretende ser corregida por el Legislador. El anteproyecto de reforma del Código Penal de 2013<sup>434</sup> prevé la realización de algunas modificaciones en la regulación del reciente delito de trata de personas. Entre estas modificaciones se incluye la introducción de la entrega o recepción pagos para obtener el consentimiento de la persona que controla a la víctima como una de las formas de comisión del delito, así como la incorporación entre las conductas típicas el intercambio o transferencia de control sobre esas personas. Se pondría fin con esta reforma a posibles lagunas como consecuencia de la omisión previa de esta conducta típica y medio comisivo.

Asimismo, el verbo **alojar**<sup>435</sup> se refiere a la conducta de hospedar a una persona. En este mismo sentido puede entenderse el verbo **acoger** como admitir a una persona en su casa o darle refugio o albergue, pero también como proteger o amparar. Difícilmente estas acciones de protección o amparo pueden incluirse en el verbo típico “acoger” relacionado con la trata de seres humanos. Con ello, realizará la acción típica toda persona que dé albergue o refugio a la víctima de trata, sin olvidar que siempre

---

<sup>433</sup> SANTANA VEGA, Dulce M<sup>a</sup>, “La directiva 2011/36/UE, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas: análisis y crítica”, *NOVA et Vétéra*, Vol. 20, n<sup>o</sup> 64, 2011, p. 214.

<sup>434</sup> También en el Anteproyecto aprobado por el Consejo de Ministros el 17 de octubre de 2012. Así como el anteproyecto de 2013, enviado al Consejo de Estado el 5 de abril de 2013.

<sup>435</sup> El Anteproyecto de reforma del Código penal de 2012 y el de 2013, prevén la supresión del alojamiento como conducta típica. De acuerdo con este anteproyecto de reforma la conducta típica quedaría redactada de la siguiente manera: 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, 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, acogiére o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con cualquiera de las finalidades siguientes.*

deben concurrir los medios comisivos con la finalidad de explotarla sexual o laboralmente.

Por último, **recibir** consiste en tomar o hacerse cargo de lo que le dan o envían, por lo que puede entenderse que el sujeto activo se hace cargo de la víctima, entendiéndose como una acción equivalente a las anteriores<sup>436</sup>. En este sentido, en un intento de diferenciar este término de los anteriores, algunos autores, acuden a otra de las acepciones del diccionario de la RAE, interpretando que recibir implica salir al encuentro de una persona, matizando que dicha conducta quedará absorbida por el acogimiento o alojamiento cuando éste se produzca o bien por el transporte o traslado si este recibimiento es previo<sup>437</sup>. Ciertamente, ésta se trata de una interpretación que permite diferenciarla tanto del alojamiento como del acogimiento, cubriendo las situaciones de aquellos intermediarios que acuden a algún lugar, como por ejemplo, a un aeropuerto a recibir a las víctimas de trata. Si bien es cierto, que una vez recibida la víctima siendo ésta trasladada al lugar donde va a permanecer o bien siendo alojada por la misma persona, la conducta queda absorbida o cubierta por las conductas típicas posteriores. La virtualidad práctica de la conducta de recibir, en este sentido, se limitaría a aquellos supuestos en los que la persona que recibe a la víctima únicamente ha realizado esa acción típica, por tanto, no ha captado a la víctima ni tampoco la ha trasladado ni acogido, por motivos que pueden ser muy diversos, entre ellos el descubrimiento del delito por parte de las autoridades nacionales.

Otra de las interpretaciones realizadas que permiten diferenciar el verbo nuclear “recibir” de los verbos alojar y acoger, se corresponde con la efectuada por aquel sector doctrinal que mantiene que el traslado se identifica con la transferencia de la víctima, pues la recepción de la víctima es la conducta realizada por quien la toma o se hace cargo de ella<sup>438</sup>.

### **3.2.2. Medios comisivos**

El segundo de los elementos que caracterizan el delito de trata de personas son precisamente los medios comisivos que deben concurrir, salvo que nos encontremos ante víctimas menores de edad. La trata de personas, tal y como está tipificada en el ámbito internacional y también en el nacional, se caracteriza por ser un delito de medios determinados en el que el Legislador delimita los modos de cometer el delito.

---

<sup>436</sup> Indica que el verbo recibir implica una mayor voluntad de permanencia, QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español: Parte Especial*, op.cit., p. 184.

<sup>437</sup> SANTANA VEGA, *NOVA et Vétera*, Vol. 20, nº 64, 2011, p. 214.

<sup>438</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el derecho internacional*, op.cit., p. 421.

En este caso, no se ha realizado una transposición literal de las disposiciones europeas, sino que se ha hecho uso de conceptos equivalentes propios de nuestra tradición jurídica. En este sentido, por ejemplo, se hace uso de los términos violencia e intimidación, en lugar de acudir a manifestaciones concretas de las mismas como las amenazas, uso de la fuerza, coacciones o incluso rapto que son utilizadas en los Tratados internacionales. Por tanto, no aparecen expresamente mencionados ciertos medios comisivos, como el secuestro o el fraude, al ser manifestaciones concretas del empleo de la violencia o el engaño, respectivamente por lo que no existe ninguna incompatibilidad u omisión que genere lagunas de punibilidad.

En cualquier caso, es esencial recordar que las acciones que conforman la realización de los verbos nucleares a los que hemos intentado dotar de contenido en el apartado precedente deben ser realizadas, para que la conducta pueda ser considerada típica, en todos los casos, a través de estos medios predeterminados por el Legislador.

De acuerdo, con la descripción del tipo penal los medios comisivos previstos por el Legislador español son el empleo de *violencia, intimidación o engaño, abusando de una situación de superioridad, de necesidad o de vulnerabilidad* de la víctima. Se intenta poner de manifiesto con la exigencia de la concurrencia de estos medios comisivos que la trata de seres humanos se realiza sin la voluntad o consentimiento de la víctima. Estos medios comisivos suponen un atentado directo a la voluntad del sujeto pasivo como consecuencia del uso de diversas formas de fuerza o por la introducción de vicios especialmente relevantes en la formación de la voluntad o en la prestación del consentimiento.

La violencia o intimidación son medios claros para doblegar y anular la voluntad de la víctima, mientras que el engaño y el abuso de una situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad implican una disminución de dicha voluntad, pero no su anulación total, son medios dirigidos a provocar un vicio del consentimiento. La diversa incidencia que estos medios tienen sobre la libertad decisoria de la personas ha implicado la crítica por parte de la doctrina al equipararse sus efectos punitivos. Las diferencias existentes entre la violencia y la intimidación, de una parte, y el abuso de superioridad o el engaño, de otra, se ponderan en otros delitos, mientras que en este delito no han sido objeto de ninguna matización, siendo criticada esta equiparación legal entre conductas con desvalores distintos<sup>439</sup>.

Estos medios comisivos han sido ampliamente estudiados por la doctrina y delimitados por la jurisprudencia con ocasión del análisis y aplicación de otros tipos penales, pudiendo ser trasladadas parte de las consideraciones efectuadas al ámbito del art. 177 bis CP. En ese sentido, serán de especial importancia las referencias realizadas en relación con el delito de determinación coactiva a la prostitución

---

<sup>439</sup> MAQUEDA ABREU, *Tráfico sexual de personas*, op.cit., p.57.

tipificado en el art. 188.1 CP, así como las que con anterioridad se habían realizado en relación con el art. 188.2 CP que tipificaba el delito de tráfico ilegal con fines de explotación sexual y que recogía estos mismos medios comisivos. Especial relevancia puede tener la aplicación jurisprudencial del subtipo agravado previsto en el art. 318 bis, actualmente apartado 2º tras la reenumeración del precepto realizada por la Ley Orgánica 5/2010.

Los medios comisivos se expresan hacia los verbos típicos, es decir, deben ir destinados a conseguir la captación, traslado o recepción de la víctima y no a la explotación posterior, que puede darse o no pero que en ningún caso es una exigencia para la consumación del delito.

### **A) Empleo de violencia e intimidación.**

El primero de los medios comisivos previstos es la violencia. Si bien es cierto, que el concepto de violencia ha sufrido lo que se ha denominado como proceso de “espiritualización” en el ámbito del delito de coacciones, dicha espiritualización no puede extrapolarse al delito de trata de personas. Esta espiritualización del concepto de violencia conlleva su sucesiva ampliación, integrándose en el mismo un variopinto cúmulo de conductas. De esta forma, se incluiría en el concepto de violencia, no sólo la violencia directa *vis in corpore*, entendida como agresión o acometimiento físico que se realiza sobre el sujeto pasivo, sino también los denominados casos de violencia impropia derivada de la utilización de narcóticos u otras sustancias, así como el constreñimiento de la voluntad de la persona a través de la violencia indirecta ejercida sobre otras personas o fuerza sobre las cosas.

En el delito de trata de personas, la violencia debe identificarse exclusivamente con el ejercicio de *vis phisica*, es decir, “la fuerza física directamente ejercida sobre la víctima”<sup>440</sup>, para evitar vaciar de contenido la referencia a la intimidación. La violencia implicará, como medio comisivo en el delito de trata, el empleo de cualquier medio físico destinado a doblegar la voluntad de la víctima<sup>441</sup>. En cualquier caso, la violencia debe tener la suficiente entidad como para anular o limitar seriamente la libertad de acción y decisión de la persona, no siendo exigible para colmar los requisitos de la conducta típica que se trate de violencia irresistible o absoluta. Por este motivo, no se exige que la violencia se traduzca en lesiones que atenten contra la

---

<sup>440</sup> STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1425/2005, de 5 diciembre, F.J. 4º, (Ponente: Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre), [ROJ: STS 7485/2005]; STS (Sala de lo Penal... Sección 1ª) núm. 1367/2004 de 29 noviembre, F.J. 12º, (Ponente: Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre), [ROJ: STS 7739/2004].

<sup>441</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 409/200, 13 de marzo, F.J. 2º (Ponente: Carlos Granados Pérez), [ROJ: STS 2002/2000]; STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1145/1998, 7 de octubre (Ponente: José Augusto de Vega Ruiz), [ROJ: STS 5710/1998].

integridad física de la personas<sup>442</sup> ni en una conducta atentatoria de la libertad ambulatoria que pueda calificarse de detención ilegal, situaciones éstas que si llegasen a producirse darían lugar a un concurso de delitos entre el delito de trata de seres humanos y el correspondiente delito de lesiones o detenciones ilegales.

De acuerdo con la conceptualización jurisprudencial que se hace de la violencia, ésta debe entenderse como el acometimiento, coacción o imposición material que implica una agresión real más o menos violenta con fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad contraria de la víctima<sup>443</sup>. El ejercicio de la violencia determina la falta de autonomía de la voluntad del sujeto para decidir libremente, no siendo necesario que la violencia se ejerza durante todo el proceso ejecutivo.

La intimidación o *vis compulsiva*, se trata de una violencia psicológica y es entendida por la jurisprudencia como “el constreñimiento psicológico, amenaza de palabra u obra de causar un daño injusto que infunda miedo en el sujeto pasivo<sup>444</sup>”. No se trata de una amenaza en sentido estricto, sino de un concepto más amplio, no siendo necesario que el mal con el que se amenaza sea constitutivo de delito<sup>445</sup>. Además, se incluirá en la intimidación la violencia o amenazas con causar un mal a persona distinta de la víctima que tenga con ella una relación de afectividad<sup>446</sup>. No obstante, la intimidación puede causarse tanto por amenazas verbales como por un comportamiento violento suficientemente expresivo de la agresividad del sujeto y capaz de infundir temor en la víctima a una agresión mayor<sup>447</sup>. Se incluye en la intimidación exigida en el delito de trata de seres humanos todos aquellos casos en los que la violencia es ejercida sobre una tercera persona o en las cosas. A diferencia de lo que ocurría con la violencia que puede generar un concurso con el delito de lesiones o detenciones ilegales, las amenazas y coacciones quedarán absorbidas por el delito de trata de personas en virtud del principio de absorción<sup>448</sup>.

---

<sup>442</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm.192/2011, de 18 de marzo de 2012, F.J. 5º, (Ponente: Luciano Varela Castro), [ROJ: STS 1982/2011].

<sup>443</sup> Entre otras, STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 33/2010, de 3 de febrero, F.J. 1º (Ponente: Luciano Varela Castro), [ROJ: STS 335/2010]; STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 477/2009, de 10 de noviembre, F.J. 5º (Ponente: Julián Arsenio Sánchez Melgar), [ROJ: STS 6885/2009]; STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm.1583/2002, de 3 de octubre, (Ponente: José Aparicio Calvo-Rubio), [ROJ: STS 6427/2002].

<sup>444</sup> Vid. PÉREZ CEPEDA, *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, op.cit., p. 266.

<sup>445</sup> DAUNIS RODRÍGUEZ, *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*, op.cit., p. 172.

<sup>446</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 605/2007, 26 de junio, F.J. 3º, (Ponente: Francisco Monderde Ferrer), [ROJ: STS 5061/2007].

<sup>447</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 112/1999, de 30 de enero, F.J. 4º (Ponente: Adolfo Prego de Oliver Tolivar), [ROJ: STS 505/1999] y STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1605/2000, 20 de octubre, F.J. 1º (Ponente: Julián Artemio Sánchez Melgar), [ROJ: STS 7557/2000].

<sup>448</sup> GUARDIOLA LAGO, *El tráfico de personas en el derecho penal español*, op.cit., p. 355; CEPEDA, op.cit. p. 267.

En cualquier caso la intimidación debe poseer una entidad suficiente para doblegar la voluntad de la víctima, debiendo ser idónea para generar temor, angustia o coacción, aunque deberá atenderse a las circunstancias particulares de la persona a la que se intimida,<sup>449</sup> sin necesidad de que sea irresistible<sup>450</sup>.

## B) Engaño

El engaño es sinónimo de fraude o maquinación fraudulenta<sup>451</sup>. La jurisprudencia se refiere al engaño como toda maquinación, falacia, mendacidad, argucia, treta, anzuelo, cimbel o reclamo de los que se vale el infractor para, induciendo a error, viciar la voluntad o consentimiento de la víctima. El engaño debe ser suficiente y bastante para conseguir el consentimiento de la víctima que de otra forma no se hubiese obtenido. El engaño deberá ser idóneo, en términos de imputación objetiva, para determinar la captación o desplazamiento<sup>452</sup>, para inducir a la víctima a error, lo que originará el surgimiento de un consentimiento que nacerá viciado como consecuencia de dicha maquinación fraudulenta. La práctica delictiva muestra la gran variedad de mecanismos utilizados para inducir a error al sujeto pasivo, desde la proposición ficticia de trabajo, condiciones laborales falsas, falsas propuestas de matrimonio, relaciones sentimentales o técnicas como el vudú<sup>453</sup>. El engaño debe tener relación con la motivación de la víctima a la hora de otorgar su consentimiento<sup>454</sup>, creándose así las condiciones adecuadas para su sometimiento a las situaciones a las que se orienta el delito. El engaño puede recaer o bien sobre el *objeto de la prestación* o bien sobre *sus condiciones*. En aquellos supuestos en los que el engaño recae sobre las condiciones laborales, la doctrina considera que el engaño

---

<sup>449</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 409/200, 13 de marzo (Ponente: Carlos Granados Pérez), [ROJ: STS 2002/2000]; STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1714/2001, de 2 de octubre, (Ponente: Enrique Bacigalupo Zapater), [ROJ: STS 7439/2001]; STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1796/2002, de 25 de octubre, (Ponente: Carlos Granados Pérez), [ROJ: STS 7044/2002].

<sup>450</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1689/2003, 18 de diciembre, (Ponente: Juan Saavedra Ruíz), [ROJ: STS 8257/2003]; STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1588/2001, de 17 de septiembre, (Ponente: Juan Artemio Sánchez Melgar), [ROJ: STS 6859/2001], STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 349/2005, 17 de marzo, (Ponente: Andrés Martínez Arrieta), [ROJ: STS 1701/2005], STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 951/2009, 9 de octubre, (Ponente: José Antonio Martín Pallín), [ROJ: STS 6442/2009]. Vid. DAUNIS RODRÍGUEZ, *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*, op.cit., p. 173.

<sup>451</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1238/2009, 11 de diciembre, F.J. 11º y ss. (Ponente: Juan Ramón Verdugo Gómez de la Torre), [ROJ: STS 7788/2009].

<sup>452</sup> RODRÍGUEZ MESA, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, op.cit., p. 103.

<sup>453</sup> Tal y como manifiesta DOLS GARCÍA, Ana, “El Vudú como elemento de coacción en el delito de trata”, en *Revista General de Derecho penal*, nº 18, 2012, p. 22, en un momento inicial los juramentos rituales vinculados al vudú despliegan sus efectos como medios engañosos o fraudulentos, puesto que la víctima no es consciente del compromiso que adquiere. Por el contrario, en momentos posteriores más relacionados con el mantenimiento coactivo en el ejercicio de la prostitución, se constituye como un elemento idóneo de intimidación pues se amenaza con el uso de su utilización generando temor en las víctimas.

<sup>454</sup> GUARDIOLA LAGO, *El tráfico de personas en el derecho penal español*, op.cit., p. 358.

cumple con los requisitos exigidos por el tipo penal<sup>455</sup>, pues el consentimiento se relacionaría con la situación de explotación y no con el ejercicio de la prostitución<sup>456</sup>. Por tanto, en aquellos casos en los que la mujer acepta el ejercicio de la prostitución, su consentimiento no necesariamente debe ser válido, pues una cosa es aceptar el ejercicio de una actividad sexual y otra acceder a ser explotada.

El engaño ha sido ampliamente estudiado con ocasión del delito de estafa en el que se ha consolidado un criterio objetivo-subjetivo para determinar la idoneidad del engaño. Desde un punto de vista objetivo, la maquinación debe poseer apariencia de seriedad y realidad. Por tanto, debe resultar creíble para la media de las personas, excluyendo del engaño típicamente relevante las maquinaciones inverosímiles, fantásticas o burdas y las que, no sean creíbles para determinar la decisión de una persona de inteligencia media o normal. Pero desde un punto de vista subjetivo, es necesario tener en cuenta las condiciones personales del engañado. Por tanto, el engaño aun siendo creíble para la generalidad de las personas para que sea penalmente relevante debe tener en cuenta las particularidades del sujeto pasivo, debiéndose tener en cuenta si se trata de profesionales o expertos en la materia a la que el engaño se refiere. De la misma forma, no pueden ser desprotegidas penalmente las personas con una aptitud de diligencia inferior al término medio. De esta forma no puede entenderse que todo engaño que produzca efecto sobre la víctima sea idóneo sino se quiere acabar reconociendo que cualquier engaño *ex post* resultaría bastante.

### **C) Abuso de la situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad**

Tanto la trata de personas forzosa como fraudulenta no generan excesivos problemas interpretativos pues son conductas ampliamente explicadas, aplicadas e interpretadas en nuestro ordenamiento penal. Más problemas interpretativos generan los demás medios comisivos que caracterizan a la trata abusiva. Las diferentes modalidades de abuso, que muestran una relación específica de prevalimiento del sujeto activo con la víctima que se puede generar como consecuencia de diversas situaciones, difíciles de delimitar.

En este supuesto será de utilidad la jurisprudencia y doctrina que se han pronunciado sobre la agravante genérica de abuso de situación de superioridad del art.22.2 CP y de otros delitos en los que esta modalidad de abuso está presente, como en el delito de prostitución coactiva y el delito de tráfico ilegal.

---

<sup>455</sup> De esta opinión, DAUNIS RODRÍGUEZ, El tráfico y la trata de personas tras la reforma del Código penal”, en op.cit., p.131.

<sup>456</sup> En contra de esta consideración de engaño Vid. SAP Cuenca (Sección 1ª) núm. 177/2013 (sección 1ª), de 2 de abril de 2013, (Ponente: José Ramón Solís García), [ROJ: SAP CU 177/2013].



En primer lugar debe determinarse cuándo nos encontramos ante una **situación de superioridad**. Esta situación de superioridad surge cuando, con independencia de las causas que la generan, es posible constatar la existencia de un desequilibrio entre el sujeto activo y el pasivo; una desigualdad en la que el sujeto activo se encuentra en una situación de poder o control, con la correspondiente situación de dependencia de la víctima. El desequilibrio puede tener su origen en diversas causas, entre ellas, la existencia de una relación parental, familiar, de amistad o laboral, o por una dependencia económica, entre otras<sup>457</sup>.

Sin embargo, además de la existencia de dicha situación de superioridad es un requisito indispensable, que el sujeto activo abuse de esa situación, es decir, el sujeto debe ser conocedor de esta situación de superioridad y debe aprovecharse de la misma<sup>458</sup> para cometer el delito. Lo esencial es que el sujeto pasivo se prevalga de dicha situación o abuse de la misma.

La utilización de este medio comisivo implica que la víctima no es totalmente libre a la hora de otorgar su consentimiento, sino que se encuentra condicionada o influenciada por la intervención del sujeto que abusa de la situación de superioridad o poder que ejerce sobre ella, afectando a su libertad decisoria.

El abuso de la **situación de vulnerabilidad** de la víctima es otro de los medios comisivos previstos por el Legislador. Este mecanismo de comisión se encuentra fuertemente relacionado con el abuso de la situación de superioridad pues implica también un claro desequilibrio entre los sujetos. En este caso la existencia de un especial debilitamiento de la víctima procedente de circunstancias o hechos ajenos a la voluntad del agresor<sup>459</sup>, poniéndose el acento en las circunstancias especiales y personales de la víctima.

Este medio comisivo se encuentra definido en la Directiva 2011 como toda aquella situación en la que una persona no tenga alternativa real y aceptable excepto someterse al abuso<sup>460</sup>. Pueden considerarse indicadores de esta situación de vulnerabilidad *la edad, el género, la pobreza, la exclusión social y cultural, la*

---

<sup>457</sup> MAQUEDA ABREU, *Tráfico sexual de personas*, op.cit., p. 54.

<sup>458</sup> Sobre la doctrina general de abuso de superioridad ver, entre otras, STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 2134/2002, de 19 de diciembre (Ponente: José Ramón Soriano Soriano), [ROJ: STS 8604/2002] y la STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 973/2007, de 19 de noviembre, (Ponente: Julián Artemio Sánchez Melgar), [ROJ: STS 7814/2007]. En el mismo sentido DAUNIS RODRÍGUEZ, *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*, op.cit., p. 176; PÉREZ CEPEDA, *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, op.cit., p. 268.

<sup>459</sup> RODRÍGUEZ MESA, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, op.cit., p. 269.

<sup>460</sup> En los Travaux préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención sobre delincuencia organizada y sus Protocolos, ya se entendía que el abuso de una situación de vulnerabilidad debe entenderse como referida a toda situación en que la persona interesada no tiene más opción verdadera ni aceptable que someterse al abuso de que se trata. En los mismos términos aparece definida en el anteproyecto de reforma del Código Penal (octubre de 2012).

*educación limitada, la inestabilidad política, la guerra y los conflictos, los marcos sociales, culturales y jurídicos y el desplazamiento impuesto por coacción*<sup>461</sup>. Por tanto, la vulnerabilidad puede ser de cualquier tipo: física, psicológica, emocional o familiar, social o económica, incluyéndose la inseguridad o la irregularidad de la situación administrativa de la víctima o un estado de salud frágil<sup>462</sup>. Se ejemplifican como situación de vulnerabilidad las derivadas de circunstancias personales tales como la minoría de edad, discapacidad, circunstancias económicas, laborales o familiares, dependencia de las drogas o el avanzado estado de gestación.

En cualquier caso, en el delito de trata de seres humanos la minoría de edad no será una de las circunstancias a tener en cuenta en la situación de vulnerabilidad, dada las particularidades previstas en el tipo en los supuestos en los que la víctima es menor de edad. En estos casos, los medios comisivos no son exigibles cuando se trate de sujetos pasivos menores de edad, aunque sí desplegará sus efectos en los supuestos de incapacidad.

Jurisprudencialmente en España la situación de vulnerabilidad se vincula especialmente a la corta edad de la víctima, a la existencia de una enfermedad, discapacidad u otra condición similar<sup>463</sup>, constituyéndose las características particulares de la víctima en el origen de esta situación de vulnerabilidad. Al igual que ocurre con el abuso de situación de superioridad, no es suficiente con constatar la existencia de la situación de vulnerabilidad de la víctima sino que se exige que el sujeto sea conocedor de la misma y abuse de ella.

Respecto al **abuso situación de necesidad**, debe decirse que se trata de una innovación del Legislador español pues en ningún instrumento internacional se hace referencia a ella. Al introducir junto con la vulnerabilidad la situación de necesidad el Legislador ha recuperado una modalidad comisiva que se encontraba presente en la redacción inicial del apartado tercero del art. 318 bis CP, así como en el art. 188.2 CP introducido por la Ley Orgánica 11/1999. Su delimitación con la situación de vulnerabilidad es prácticamente imposible debido a la amplitud con la que se entiende la situación de vulnerabilidad. Ahora bien, la limitación que de la situación de vulnerabilidad se ha realizado en sede judicial permite identificar esta situación de necesidad con ciertas carencias o penurias económicas del sujeto pasivo. Así, la pertenencia a una clase social baja acompañada de carencias económicas que les priva

---

<sup>461</sup> Vid. UNODC, “An Introduction to Human Trafficking: vulnerability, Impact and Action?”, Naciones Unidas, Nueva York, 2008, pp.68 y ss. Disponible [www.undoc.org](http://www.undoc.org) [última visita, 12 de abril 2014].

<sup>462</sup> COUNCIL OF EUROPE, *Explanatory Report*, parr.83

<sup>463</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección1ª) núm. 1425/2005, de 5 diciembre, F.J. 4º, (Ponente: Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre), [ROJ: STS 7485/2005]

de lo más preciso para el desarrollo de su vida cotidiana o incluso la drogodependencia, serían ejemplos de la existencia de una situación de necesidad<sup>464</sup>.

#### **D) Ofrecimiento o aceptación de pagos**

En el momento de dotar de contenido a los verbos típicos se hizo referencia a uno de los medios comisivos que reiteradamente se repiten en los textos internacionales, como es “*el ofrecimiento o aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra*”. No obstante, el Legislador español ha optado por prescindir del mismo como medio comisivo. Si se pretende incluir entre las conductas típicas el intercambio y/o traspaso del control de la víctima, cuando se hace referencia al traslado y a la recepción de la víctima, lo adecuado hubiese sido incluir este medio específico de comisión que parece el más adecuado.

El Anteproyecto de Ley Orgánica de 2013 prevé la modificación del precepto al eliminar de los verbos típicos el alojamiento e incluir de forma expresa la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima como medio comisivo.

#### **3.2.3. Finalidad de Explotación**

Por último, el tercero de los elementos que caracterizan a la trata de seres humanos es precisamente la finalidad de explotación, entendida en sentido amplio.

Mientras que la acción y los medios comisivos, responden a criterios objetivos, la finalidad de explotación es de carácter subjetivo. Es determinante su concurrencia para calificar la conducta como típica por lo que a pesar de ser un elemento que debe integrarse en el parte subjetiva del tipo, restringe el tipo objetivo. Asimismo, a la hora de valorar el tipo subjetivo no sólo deberá acreditarse la concurrencia del dolo, pues la trata de personas es un delito doloso de imposible comisión imprudente, sino también la concurrencia como elemento subjetivo adicional de cualquiera de las siguientes finalidades que se especifican en el tipo penal. Nos encontramos ante un delito mutilado en dos actos donde el tipo penal exige que la acción se realice con la finalidad concreta de llevar a cabo una segunda conducta cuya ejecución daría lugar a otro delito, siendo suficiente la comisión de la primera acción con intención para que el delito se consuma.

---

<sup>464</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 761/2008, de 13 de noviembre (Ponente: Joaquín Delgado García), [ROJ: STS 6752/2008].

Dichas finalidades son una lista *numerus clausus* de finalidades, no siendo posible incluir otras diferentes a las expresamente previstas<sup>465</sup>. Específicamente el tipo penal exige que el autor del delito realice la conducta con cualquiera de las siguientes finalidades: a) imposición de trabajo o servicios forzados, esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o la servidumbre o a la mendicidad; b) la explotación sexual, incluida la pornografía; c) la extracción de órganos corporales.

A través de estas finalidades se da cabida en nuestro ordenamiento no sólo a la trata de personas con finalidad de explotación sexual, que desde 1999 se ha encontrado tipificada como delito en un u otro precepto de nuestro Código Penal, sino también a otras modalidades de trata de personas que se han mantenido hasta ahora en un segundo plano, como son la trata con fines de explotación laboral y la trata con fines de extracción de órganos. Ahora bien, el Legislador ha optado por no incluir otras finalidades que en el ámbito internacional se encuentran claramente relacionadas con la trata de personas, como la explotación para realizar actividades delictivas a las que se refiere la Directiva de 2011.

#### **A) Imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre o a la mendicidad**

De forma genérica se denomina como trata con fines de explotación laboral aquella cuya finalidad es la imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o la servidumbre o a la mendicidad. Esta finalidad implica el sometimiento a condiciones laborales degradantes que supongan una vulneración no sólo de los derechos laborales, sino sobre todo de los derechos individuales fundamentales de la persona, pues la cosificación de la persona es lo esencial en estas conductas.

Paradójicamente el ordenamiento penal español no tipifica penalmente de forma expresa la esclavitud o prácticas similares, así como la imposición de servicios forzados. Se produce una imprecisión que puede generar inseguridad jurídica. Motivo por el cual para intentar dotar de contenido a estos términos deberá acudir al derecho internacional, donde se precisa el alcance y se delimitan las conductas consistentes en someter a esclavitud a una personas o la imposición de trabajos forzados<sup>466</sup>.

---

<sup>465</sup> TERRADILLOS BASOCO, Juan María “Reflexiones y propuestas sobre inmigración. En torno al Proyecto de reforma del Código penal de 2009”, *Indret. Revista para el análisis del derecho*, núm. 1, 2010, p. 18. [www.Indret.com].

<sup>466</sup> En cuanto al trabajo forzoso son de especial relevancia el Convenio de la OIT núm. 29 relativo al trabajo forzoso u obligatorio, de 28 de junio de 1930, el Convenio de la OIT núm. 105 sobre la abolición del trabajo forzoso, de 25 de junio de 1957 y el Convenio núm. 182 sobre las peores formas de trabajo infantil, de 17 de junio de 1999. Respecto a la esclavitud y prácticas análogas a la esclavitud debe tenerse en cuenta la Convención sobre la esclavitud, de 25 de septiembre de 1926 y su Protocolo

Nuestro Código Penal tipifica en su art. 311 CP, tras la última reforma operada mediante la Ley Orgánica 7/2012, la explotación laboral con penas de prisión de seis meses a seis años y multa cuando mediante engaño o abuso de situación de necesidad, se impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual. Además, se añade como conducta típica la de ocupar simultáneamente a una pluralidad de trabajadores sin comunicar su alta en el régimen de la Seguridad Social que corresponda o sin haber obtenido la correspondiente autorización de trabajo, siempre que el número de trabajadores afectados sea el previsto en el tipo penal. Dicho delito se completa con el delito de explotación laboral de extranjeros previsto en el art. 312.2 *in fine*, sancionando con una pena de dos a cinco años y multa para aquel que emplee súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual. No obstante, no todas las situaciones que pueden incluirse en estos delitos contra los derechos de los trabajadores son de una entidad equiparable a la esclavitud o trabajos forzados por lo que la finalidad de explotación prevista en el art. 177 bis 1.a) CP no se corresponde con la tipificada en nuestro ordenamiento. La finalidad exigida por el tipo penal no se identifica con la genérica voluntad de explotar el trabajo o servicios de la víctima<sup>467</sup>, sino con las modalidades de explotación laboral más graves, como son la imposición de trabajos o servicios forzados, la esclavitud, las prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre, así como la mendicidad.

Pero ésta no es la única incoherencia del texto penal. A pesar de que el delito de esclavitud o trabajos forzados no se encuentra expresamente tipificado en nuestro texto penal ello no implica que estas conductas no puedan ser sancionadas penalmente. Es posible su subsunción en alguno de los delitos mencionados con anterioridad que abarcan también los comportamientos de explotación laboral más graves. Si formalmente esto es posible, el tratamiento penológico será insatisfactorio ya que se sancionaría penalmente con una pena superior el reclutamiento o desplazamiento de personas con la finalidad de esclavitud o trabajos forzados que la propia realización de la explotación. Es necesaria una respuesta penal específica para

---

de modificación, en los que se define la esclavitud y la trata de esclavos. La Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, de 7 de septiembre de 1956.

<sup>467</sup> El inicial anteproyecto de 2008 sí incluía la explotación laboral como finalidad de la trata de personas, al referirse expresamente a la finalidad de “*explotar su trabajo o sus servicios, incluidos el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre*”, en términos similares a lo dispuesto en la Decisión Marco del Consejo, 2002/629/JAI, de 19 de julio de 2002. Sin embargo, el Proyecto de reforma penal de 27 de noviembre de 2009 optó por interpretación más restrictiva al referirse a la *imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre*, de conformidad con los mínimos previstos en el Protocolo de Palermo. Vid. POMARES CINTAS, *El derecho penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, op.cit., p.125.

estas intolerables modalidades de explotación laboral de las que pueden ser objeto las víctimas de trata.

En primer lugar, ante la ausencia de tipificación penal expresa de estas formas especialmente graves de explotación laboral, mencionadas en el art. 177 bis.1 a) CP, para garantizar la seguridad jurídica y el principio de legalidad penal es necesario delimitar el concepto y alcance de estas conductas de imposición de trabajos forzados. El art. 177 bis. 1 a) bis.1 a) CP se ha limitado a trasladar conceptos procedentes de disposiciones supranacionales, sin ofrecer una definición de los mismos que facilite la aplicación del precepto. No sólo alude a la *imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o la servidumbre*, también incorpora fórmulas como *prácticas similares a la esclavitud o la mendicidad* que contradicen el mandato de taxatividad. Al tratarse de conceptos cuyo origen se encuentran en el ámbito internacional será necesario acudir a la normativa internacional para dotarlos de contenido.

Desde hace más de un siglo las organizaciones internacionales han desplegado ciertas acciones y han adoptado numerosos instrumentos internacionales tendentes a erradicar la **esclavitud**, los trabajos forzados y la explotación laboral, así como la explotación sexual de mujeres y niños. Suele repetirse que la trata de personas no es un fenómeno nuevo en la historia pero sí se presenta en la actualidad con nuevas características. La esclavitud y los servicios forzados son prácticas aberrantes que se encuentran prohibidas en multitud de Tratados internacionales en los que se reitera la abolición de la esclavitud, la servidumbre y la trata de esclavos, al constituirse claramente como una vulneración flagrante de los derechos humanos. En este sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>468</sup> en su art.8 realiza una prohibición expresa de la esclavitud y la servidumbre, la trata de esclavos y el trabajo forzoso, similar a la contenida en la Declaración Universal de Derechos Humanos. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>469</sup> reconoce otra serie de derechos que inciden de forma indirecta en la materia que tratamos<sup>470</sup>. El CEDH<sup>471</sup> prohíbe en su art.4 la esclavitud y el trabajo forzado en los siguientes términos: *nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre ni constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio*. Estableciendo a continuación determinados supuestos que no tendrán la consideración de trabajo forzoso a efectos del Convenio. El Estatuto del Tribunal Penal Internacional<sup>472</sup> define en su art.7.2 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 el tráfico de personas, en particular mujeres y niños*.

---

<sup>468</sup> Adoptado en Nueva York el 19 de diciembre de 1966.

<sup>469</sup> Publicado en el BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977.

<sup>470</sup> Así, el art. 6 del PIDESC reconoce el derecho a realizar un trabajo libremente escogido o aceptado y el art. 7 se refiere a unas condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias.

<sup>471</sup> Adoptado en el seno del consejo de Europa y firmado en Roma el día 4 noviembre de 1950

<sup>472</sup> Publicado en el BOE núm. 126, de 25 de mayo de

A pesar de no existir en nuestro Código Penal un delito de esclavitud en sentido estricto, sí es posible localizar el término en su articulado. Por tanto, ésta no es totalmente ajena para nuestro ordenamiento penal. Entre los delitos de lesa humanidad incluidos en el Capítulo II bis CP, introducido por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica el Código Penal, se encuentra tipificado el delito de esclavitud (art. 607 bis apartado 10º) cuando éste se realiza como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o una parte de ellas. Por tanto, este delito no puede ser aplicado cuando se produce el sometimiento o mantenimiento de una persona a esclavitud de forma aislada. Ahora bien, la importancia del precepto radica en la definición que otorga de esclavitud al identificarla con aquella 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.

La definición prevista por el Legislador español de esclavitud se corresponde con la clásica definición que propone el art. 1.1 de la Convención de Ginebra sobre la Esclavitud de 25 de septiembre de 1926<sup>473</sup>, modificada por el Protocolo firmado el 7 de diciembre de 1953<sup>474</sup>, siendo el primer Tratado internacional en el que aparece la definición de esclavitud y trata de esclavos. Mediante esta Convención los Estados se obligaban a procurar la supresión de la esclavitud en todas sus formas. De acuerdo con esta definición internacional, la esclavitud debe ser entendida como el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos<sup>475</sup>.

Por tanto, la esclavitud se caracteriza por el ejercicio sobre la persona de los atributos propios del derecho de propiedad, o de alguno de ellos, como si ésta fuese un bien más del patrimonio. Esto supone privarle de la dignidad propia de toda persona, convirtiéndola en un objeto más del comercio y negándole cualquier tipo de libertad. Si la propiedad es el derecho que otorga a su titular el goce y disposición de la cosa, consecuentemente, la esclavitud supone gozar y disponer de las personas como si éstas fuesen cosas. Esto implica la posibilidad de utilizarla, controlarla, disfrutar de los rendimientos que pueda generar como propios, así como cederla o venderla, entre otras. Estos atributos suponen una aniquilación total de la libertad de las personas y un control absoluto sobre las mismas, por lo que serán ambas características las que nos permita determinar, en la actualidad, cuando nos encontramos ante una situación de esclavitud.

---

<sup>473</sup> Firmada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926. Fue firmada el 10 de noviembre de 1976 pero no fue ratificada.

<sup>474</sup> Firmado por España el 10 de noviembre de 1976; Instrumento de ratificación publicado en el BOE núm. 3, de 4 de enero de 1977.

<sup>475</sup> Asimismo se define como trata de esclavos todo *acto de captura, adquisición o cesión de un individuo para venderle o cambiarle; todo acto de cesión por venta o cambio de un esclavo, adquirido para venderle o cambiarle, y en general todo acto de comercio o de transporte de esclavos.*

El requisito de la propiedad como elemento de la esclavitud es esencial, así lo puso de manifiesto el TEDH<sup>476</sup> que reafirmó la idea de “propiedad” como consustancial a la esclavitud. El Tribunal de Estrasburgo declaró unánimemente que la violencia e incluso la falta de libertad son insuficientes para constituir esclavitud. La propiedad desde un punto de vista jurídico es necesaria para configurar la situación fáctica como esclavitud, si esto no sucede es posible que nos encontremos ante una situación de servidumbre pero no de esclavitud. El dueño del esclavo posee un control completo sobre todos los aspectos de la vida del esclavo, no sólo sobre su actividad laboral, sino también sobre su vivienda, religión u otros aspectos de su vida personal. Tradicionalmente, el dueño podía vender, permutar o prestar esclavos adultos o menores de edad a cualquiera con total impunidad. La noción de propiedad es absoluta. Así, la esclavitud implica mucho más que un simple control sobre otra persona. Por desgracia a pesar de la prohibición generalizada de la esclavitud, la práctica demuestra su existencia en diversos países y en distintas manifestaciones.

Con una definición tan estricta de esclavitud como la mantenida en la Convención de Ginebra de 1926 se hizo necesario la adopción de una nueva Convención dirigida a superar las limitaciones derivadas de esa definición restrictiva e introducir prácticas análogas a la esclavitud que eran excluidas de la Convención inicial. Se aprueba para ello la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y las prácticas análogas a la esclavitud en las que la libertad se configura como un atributo y derecho innato de todo ser humano, reafirmando la dignidad y el valor de la persona.

En esta Convención suplementaria se detallan una serie de instituciones y prácticas que deben ser asimiladas a la esclavitud al caracterizarse por el ejercicio de dominio de una persona sobre otras. Estas prácticas no dejan de ser manifestaciones o formas concretas de esclavitud. Entre las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud vamos a encontrar algunas que fácilmente se identifican con la práctica criminal relacionada con la trata de seres humanos. Una interpretación de la misma junto con los nuevos instrumentos internacionales adoptados para la lucha contra la trata de seres humanos ha llevado al TEDH a calificar la trata de seres humanos como una forma contemporánea de esclavitud incluida en el ámbito de aplicación del art.4 del CEDH, aunque no se encuentre expresamente mencionada en él. De acuerdo con el Tribunal de Estrasburgo, la naturaleza de la trata de personas permite su equiparación con la esclavitud<sup>477</sup>.

---

<sup>476</sup> Vid. STEDH (Sección 2ª) de 26 de julio de 2005, *Caso Siliadin c. France*, párr.122.

<sup>477</sup> STEDH (Sección 3ª) de 7 de enero de 2010, *Caso Rantsev contra Chipre y Rusia*, párr. 281 y 282.



La Convención suplementaria se refiere en primer lugar a la **servidumbre**. Es posible identificar, por un lado, la servidumbre de la gleba, que implica que una persona está obligada, por ley, por costumbre o por un acuerdo, a vivir y a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona y a prestarle, mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios, sin libertad para cambiar su condición. Y, por otro lado, la servidumbre por deudas, entendida como 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, siempre que los servicios prestados, equitativamente valorados, no se apliquen al pago de la deuda, o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios;

La práctica criminal y la jurisprudencia nos demuestran que en la trata de personas la servidumbre por deudas está habitualmente presente. Los que tratan con personas lo hacen con la finalidad de obtener beneficios económicos, siendo una práctica habitual la creación de una deuda, que en la mayor parte de ocasiones se refiere al valor de los billetes y gastos de traslado que la víctima deberá pagar con su trabajo. Lo determinante para hablar de servidumbre es que la cuantía de esta deuda inicial se ve artificialmente aumentada al aplicarle tipos de interés abusivos, multas por mal comportamiento (salidas no autorizadas, no prestación de un servicio,...), gastos de alojamiento y manutención, que convierten la deuda en indeterminada. Los servicios prestados por el trabajador no se corresponden con los inicialmente pactados, no se encuentran definidos ni en su forma, modo ni duración; tampoco el salario se corresponde con el valor de mercado, viéndose obligado a trabajar jornadas laborales interminables, sin recibir el pago por horas extras, no deduciendo su valor del monto total de la deuda. En lugar de saldar la deuda, ésta crece constantemente convirtiéndose en impagable.

Por el contrario, si la persona paga con su trabajo una deuda determinada, que no se ve incrementada de forma unilateral por el empleador y las condiciones son pactadas, aunque puedan ser una práctica ilegal al verse obligada la persona a prestar sus servicios a un concreto empleador o bien en condiciones contrarias a los derechos de los trabajadores, no podrá calificarse como servidumbre.

La segunda de estas prácticas análogas a la esclavitud afecta principalmente a las mujeres, en cuanto implica que la mujer sea prometida o **dada en matrimonio** a cambio de una contraprestación en dinero o en especie que reciben sus padres, su tutor, su familia o a cualquier otra persona o grupo de personas, sin posibilidad de oponerse. O bien cuando el marido, la familia o el clan del marido tienen el derecho de cederla a un tercero a título oneroso o de otra manera, llegando al extremo de que la mujer, a la muerte del marido, puede ser transmitida por herencia a otra persona.

Por último, hay una referencia expresa a los menores al incluir entre las prácticas similares a la esclavitud aquellas por las cuales un **menor de edad 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<sup>478</sup>.

Pero el delito de trata de seres humanos no se refiere sólo a la esclavitud y las prácticas análogas a la esclavitud, sino también a los **servicios y trabajos forzados**. Estos trabajos forzados pueden convertirse en algo similar a la esclavitud, tal y como reconoce la propia Convención sobre Esclavitud cuando manifiesta que el trabajo forzoso puede producirse “condiciones similares a la esclavitud”.

Para dotar de contenido a estas expresiones debe acudir a la definición que de ellas establece el Convenio núm. 29 sobre el trabajo forzoso u obligatorio de la OIT<sup>479</sup> de 1930, en el que los trabajos forzados u obligatorios se caracterizan por ser un trabajo o servicio exigido a un individuo bajo amenaza de una pena cualquiera y para el cual no se ofrece voluntariamente<sup>480</sup>. Son dos los elementos básicos que caracterizan a los trabajos forzados: por un lado, se exige que el trabajo o servicio se realice bajo la amenaza de una pena. Esta pena no tiene que identificarse con una sanción penal, sino que puede consistir en amenazas de violencia física o psicológica sobre la personas o familiares, e incluso amenazas de denuncia a la policía cuando se encuentra en una situación administrativa irregular en el territorio o bien una negación de derechos y privilegios<sup>481</sup>. Por otro lado, la ausencia de consentimiento para la realización del trabajo es otro de los elementos esenciales. El trabajo forzoso se caracteriza por la ausencia total de consentimiento, por ser irrelevante el

---

<sup>478</sup> BONET PÉREZ, Jordi, “Explotación laboral infantil”, en ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco y FORNER I DELAYGUA, Joaquim (dirs.) *La protección de los niños en el derecho internacional y en las relaciones internacionales: Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del niño*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 220.

<sup>479</sup> Convenio número 29 de la OIT sobre el trabajo forzoso u obligatorio de 1930 fue el primer intento de prohibir determinadas formas de trabajo forzoso u obligatorio, aunque sus efectos fueron limitados. El propio Convenio no establecía una prohibición absoluta previendo un marco temporal transitorio en el que podrá hacerse uso de este trabajo forzoso para fines públicos y a título excepcional. Estas deficiencias obligaron a la OIT a adoptar un nuevo Convenio, el Convenio número 105 de la OIT sobre la abolición del trabajo forzoso de 1957 que complementa al Convenio número 29, estableciendo una prohibición absoluta de estos trabajos o servicios forzados.

<sup>480</sup> En cualquier caso, no puede ser calificado de trabajo forzoso: a) cualquier trabajo o servicio que se exija en virtud de las leyes sobre el servicio militar obligatorio y que tenga un carácter puramente militar;

b) cualquier trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales de los ciudadanos de un país que se gobierne plenamente por sí mismo; c) cualquier trabajo o servicio que se exija a un individuo en virtud de una condena pronunciada por sentencia judicial, a condición de que este trabajo o servicio se realice bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas y que dicho individuo no sea cedido o puesto a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado;

d) cualquier trabajo o servicio que se exija en casos de fuerza mayor, e) los pequeños trabajos comunales, siempre la población o sus representantes directos tengan derecho a pronunciarse sobre la necesidad de esos trabajos.

<sup>481</sup> OIT (2005), *Una alianza global contra el trabajo forzoso*, Informe del Director General, Sesión núm.. 93, Informe (B) p. 6. <http://www.ilo.org>

consentimiento inicialmente prestado o bien porque con posterioridad es imposible su revocación, obligándoles a seguir realizando el trabajo.

Los trabajos forzados deben diferenciarse tanto de la esclavitud como de la explotación laboral, ya que no son exactamente lo mismo. En los trabajos forzados, el empleador obliga al trabajador a que se mantenga contra su voluntad en el trabajo e impide que lo abandone, no implica el ejercicio de atributos de dominio sobre el trabajador. Pero además, no todas las personas que trabajan en condiciones laborales precarias o a cambio de un salario bajo están siendo sometidas a servicios o trabajos forzados. Cuando el trabajador tiene la alternativa real de abandonar el puesto de trabajo, aunque no lo haga por necesidad económica o falta de alternativas de empleo mejores, no se encuentra sometido a trabajos forzados, pues no está siendo sometido a una amenaza de pena (violencia o intimidación) para que se mantenga en el mismo ni está viendo limitada su libertad personal.

Para calificar una situación como sometimiento a trabajo forzoso la legalidad o ilegalidad de la actividad económica a la que se somete a la víctima es indiferente. Por ese motivo la OIT no duda en incluir como formas modernas de trabajo forzoso aquellos supuestos en los que la actividad que se obliga a realizar es en realidad una actividad delictiva, como por ejemplo el tráfico de drogas<sup>482</sup> o la trata de niños con fines de mendicidad forzosa<sup>483</sup>.

La finalidad de trabajos forzados está también muy presente en el delito de trata de personas y en el ámbito de la explotación sexual<sup>484</sup>, cuando una persona engaña a otra ofreciéndole un trabajo con una serie de condiciones, siendo luego obligada a trabajar bajo condiciones totalmente distintas, por un salario irrisorio o incluso por ninguno. Es sometida a violencia física y psicológica y su libertad de movimiento es limitada para mantenerse en el trabajo.

Por último, el art. 177 bis CP incluye entre estas finalidades de esclavitud y servicios forzados, la finalidad de **mendicidad**. Teniendo en cuenta la grave incidencia que sobre los derechos fundamentales de las personas implica la esclavitud, las prácticas análogas a la misma y los trabajos forzados, no puede equiparse la mera finalidad de mendicidad o el aprovechamiento de esa mendicidad con ellas. La mendicidad en este contexto tiene que ser equiparable en su gravedad a las conductas

---

<sup>482</sup> OIT (2005), *Una alianza global contra el trabajo forzoso*, Informe del Director General, Sesión Nro. 93, Informe (B), p. 10.

<sup>483</sup> Vid. POMARES CINTAS, *El derecho penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, op.cit., p.134.

<sup>484</sup> El hecho de que en el delito de trata de seres humanos la explotación sexual se encuentre separada de otras finalidades, no implica que la explotación sexual coercitiva no constituya una forma de trabajo forzoso. De hecho, los órganos de control de la OIT han abordado con frecuencia la prostitución forzosa y la explotación sexual desde la perspectiva del Convenio sobre el trabajo forzoso, núm. 29 (1930).

anteriormente descritas. Lo que implicará que se pretenda imponer la mendicidad a la víctima como mínimo en condiciones de trabajo forzoso, es decir, contra la voluntad de la víctima y bajo amenaza de una pena. Implica que el tratante tiene como finalidad o conocimiento que la persona va a ser obligada a mendigar o pedir limosna, en condiciones de control por parte del explotador y sustrayendo los rendimientos obtenidos de dicho acto. Por ese motivo, su inclusión expresa en el precepto es reiterativa pues ésta puede entenderse incluida en los servicios forzados o prácticas análogas a la esclavitud<sup>485</sup>.

Por tanto, cuando la trata se realice con la finalidad de que el niño o el adulto se dediquen a la mendicidad al menos bajo coacción se tratará de un trabajo forzoso. En este sentido, el Código Penal español tipifica como delito la explotación de la mendicidad ajena privando a la víctima de los posibles o parte de los ingresos obtenidos únicamente cuando el sujeto pasivo sea menor de edad o incapaz de acuerdo con el art.232 CP. El apartado 1 del art.232 CP sanciona con pena de prisión de seis meses a un año a los que utilicen o presten a menores de edad o incapaces para la práctica de la mendicidad. En el 2º apartado del precepto se sanciona con prisión de uno a cuatro años a los que con ese fin trafiquen con menores de edad o incapaces, tipificándose como delito a continuación el empleo sobre ellos de violencia o intimidación o el suministro de sustancias perjudiciales para su salud con la finalidad de someterlos a mendicidad. La primera de las conductas, que hace referencia al tráfico de menores puede generar graves problemas concursales con el delito de trata, no sólo porque hay una clara coincidencia de las conductas típicas sino porque el marco penal previsto en el delito de tráfico de menores para explotación de la mendicidad es muy inferior al previsto en el tipo básico del delito de trata. No es en este momento el lugar adecuado para entrar a profundizar sobre los problemas concursales existentes entre ambas conductas y las posibles soluciones que de acuerdo con las reglas de la Parte General del Derecho penal pueden darse a los mismos, pues será en otra sede donde se realice el análisis correspondiente no sólo con este supuesto sino con otros delitos

Antes de finalizar merece una mención especial la **servidumbre**. El Legislador español tras referirse a la imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud hace referencia expresa a la servidumbre como finalidad alternativa a las anteriores al hacer uso de la conjunción disyuntiva “o”. Entre las prácticas análogas a la esclavitud se incluye la servidumbre por gleba o por deudas, por lo que en este momento debe determinarse si con servidumbre está haciéndose referencia a otras prácticas o instituciones equiparables con la esclavitud pero distinta a estas modalidades de servidumbre expresamente previstas. A pesar de

---

<sup>485</sup> En este sentido, VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de trata de seres humanos*, op.cit., p. 438; POMARES CINTAS, *RECPC*, núm. 13-15, 2011, p. 22.

los esfuerzos de algunos autores<sup>486</sup> de intentar dotar de contenido propio a esta servidumbre, considerando que no se encuentra definida en ningún instrumento internacional, no puede conceptualizarse como algo distinto a la servidumbre prevista en la Convención suplementaria. Así, se acude en ocasiones para conceptualizar la servidumbre a la definición que de ella se realiza en el Informe explicativo del Convenio de Varsovia, en la que se identifica la servidumbre con la situación de vivir y trabajar en la propiedad de otra persona, realizando determinadas actividades para esta misma, remuneradas o no, junto al hecho de no tener capacidad de alterar las condiciones dadas<sup>487</sup>. En definitiva este concepto de servidumbre puede identificarse claramente con la servidumbre de la gleba, por lo que debe negarse su carácter autónomo y considerarlo una reiteración innecesaria.

Si estas son las conductas descritas por el Legislador, ahora hace falta mencionar aquellas que han sido omitidas por el mismo, para ver si de acuerdo con la interpretación y la normativa internacional sobre el tema pueden entenderse incluidas o no. Durante las negociaciones que dieron lugar al Protocolo de Palermo, al Convenio de Varsovia y a la Directiva 2011 se discutió la inclusión de otras conductas dentro de las finalidades, especialmente, de carácter laboral. Así, estos textos internacionales optaron por establecer una lista abierta de carácter ejemplificativo de las finalidades, permitiendo con ello que fuesen los Estados miembros los que decidiesen la inclusión o no en la tipificación penal de otro tipo de conductas de explotación. Algunas de estas conductas fueron la adopción ilegal, los matrimonios forzosos como conductas que pueden propiciar la explotación de una persona. Incluso incluyendo la Directiva la finalidad de realización de actividades delictivas que no fue recogida por nuestro Legislador en el nuevo delito de trata de personas.

Al dotar de contenido los trabajos y servicios forzosos ya se ha podido comprobar que la explotación de actividades delictivas y la mendicidad, pueden incluirse sin problemas en su núcleo esencial. Lo mismo cabe decir respecto a los matrimonios forzosos como una forma análoga a la esclavitud de acuerdo con la propia Convención suplementaria. Asimismo, este mismo texto internacional<sup>488</sup> permite incluir la adopción ilegal cuando equivalga a una práctica análoga a la esclavitud<sup>489</sup>, pues a ella de forma indirecta también se refiere la Convención

---

<sup>486</sup> Entre otros, PÉREZ ALONSO, *Tráfico de personas e inmigración clandestina (Un estudio sociológico, internacional y jurídico penal)*, op.cit., p. 184; VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el derecho internacional*”, op.cit., p. 438.

<sup>487</sup> Explanatory Report, párr. 95. (Disponible en [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/Docs/Convntn/CETS197\\_en.asp#TopOfPage](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/Docs/Convntn/CETS197_en.asp#TopOfPage))

<sup>488</sup> Tal como se enuncia en el párr. d) del art. 1 de la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud.

<sup>489</sup> Nuestro Código Penal tipifica como delito, en su art. 221. 1, la entrega a otra persona, mediando compensación económica, de un hijo o menor con la finalidad de establecer una relación análoga a la filiación. Sancionando también con las mismas penas a la persona que lo reciba y al intermediario.

suplementaria sobre prácticas análogas a la esclavitud<sup>490</sup>, aunque su inclusión en las concretas finalidades previstas por el Legislador español es difícil y podría implicar la vulneración del principio de taxatividad penal y una interpretación analógica, más si tenemos en cuenta que el legislador ha previsto expresamente como delito, el tráfico de menores con la finalidad de adopción ilegal en el art. 221 CP.

## **B) Finalidad de explotación sexual, incluida la pornografía**

La explotación sexual puede ser considerada como una modalidad más de trabajo forzado, explicándose su individualización por la relevancia que tiene en los países occidentales<sup>491</sup>. Debido a su relación con la esclavitud y otras formas análogas a la esclavitud, lo cierto es que la explotación sexual a la que se refiere el tipo penal debe implicar algo más que la mera obtención de un beneficio resultante de la actividad sexual de una persona, debe conllevar sometimiento y control, que la actividad sexual sea forzada<sup>492</sup>.

La finalidad de explotación sexual, incluida la pornografía, tal y como se encuentra en el precepto penal se caracteriza por su amplitud. No sólo se incluirían en esta finalidad la explotación de la prostitución ajena forzada o la pornografía, sino que ésta incluiría cualquier actividad de contenido sexual que de llegar a producirse efectivamente ganase relevancia penal como delito contra la libertad sexual<sup>493</sup>. La trata de seres humanos implica la captación, transporte y/o alojamiento de la víctima, concurriendo alguno de los medios comisivos, con la voluntad de someterla a cualquier práctica sexual en contra de su voluntad, ya sean agresiones sexuales, abusos sexuales, prostitución o pornografía.

En cuanto la libertad sexual es claramente un bien jurídico individual disponible por su titular, debe mantenerse que dicha explotación sexual debe en todo caso ser forzada y en ningún caso consentida por el titular. Tanto la esclavitud como las prácticas análogas a las que debe asimilarse la explotación sexual son por definición crímenes que no se realizan con consentimiento. Por ese motivo, cuando nos encontramos ante un matrimonio forzado, que con anterioridad hemos incluido entre una de las formas análogas a la esclavitud, cuya finalidad principal sea sexual podría también incluirse entre estas conductas de explotación sexual. Así ocurre en

---

<sup>490</sup> Cfr. Notas interpretativas para los documentos oficiales (Travaux préparatoires) de la negociación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos, A 55/383/Add.1), en las que se reconoce que la adopción ilegal en estos términos se incluye en el ámbito de aplicación del Protocolo.

<sup>491</sup> En este sentido, QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español: Parte Especial*, op.cit., p. 185.

<sup>492</sup> En este sentido, IGLESIA SKULI, *Trata de mujeres con fines de explotación sexual. Análisis político-criminal del Código penal*, op.cit., p. 257 y ss.

<sup>493</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el derecho internacional*, op.cit., p. 442.

ciertos países en las que los progenitores de las menores reciben una cantidad de dinero para permitir el matrimonio de su hijo durante determinado período de tiempo, normalmente una niña de corta edad, lo que permite eludir la legislación que prohíbe el abuso sexual de menores, convirtiéndose durante ese período de tiempo en esclavas sexuales para posteriormente ser retornadas a su entorno familiar.

No obstante, en estos casos el problema radica no en la posibilidad de incluir estas aberrantes prácticas en el término explotación sexual o esclavitud, servidumbre o trabajos forzosos, sino en la concreta tipificación que se realiza del delito en nuestro ordenamiento, en cuanto esa cesión del control o el pago no están previstos como conductas típicas y medio comisivo.

### **C) Extracción de órganos corporales**

Como última de las finalidades de la trata el tipo penal se refiere a la extracción de órganos corporales de la persona tratada. Esta modalidad de trata de seres humanos implica que la persona es captada y trasladada para extraer sus órganos<sup>494</sup>. Es una de las finalidades más novedosas de la trata de seres humanos que tradicionalmente se vinculó con la explotación sexual y, posteriormente, con la laboral. Al igual que con las finalidades anteriores lo que se pretende es prevenir la cosificación de una persona y su trato como una mercancía mediante la cual obtener beneficios económicos con la extracción de sus órganos que podrán ser vendidos en el mercado negro con distintas finalidades.

Es variada la normativa internacional y europea referida a la extracción de órganos, tejidos humanos, sangre y derivados. Un ejemplo es la Directiva 2010/45/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre normas de calidad y seguridad de los órganos humanos destinados al trasplante define como órgano “una parte diferenciada y virtual del cuerpo humano, formada por diferentes tejidos, que mantiene su estructura, vascularización y capacidad para desarrollar funciones fisiológicas con un nivel de autonomía importante”.

El art. 156 bis CP incrimina entre los delitos de lesiones el tráfico de órganos sancionando penalmente la promoción, favorecimiento, facilitación o publicitación de la obtención o el tráfico ilegal de órganos humanos ajenos o el trasplante de los mismos castigando estas conductas con una pena de prisión de seis a doce años si se trata de un órgano principal y de tres a seis años si el órgano no es principal. Nos encontraremos en este caso ante un nuevo problema concursal cuando la trata se realice con la finalidad de extraer los órganos.

---

<sup>494</sup> QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español: Parte Especial*, op.cit., p. 186.

### 3.3. Elemento territorial

Antes de finalizar con el tipo básico es necesario entrar a valorar la referencia territorial que éste contiene. La conducta descrita hasta el momento debe, de acuerdo con el art. 177.1 bis CP, *realizarse en territorio español, desde, en tránsito o con destino a España*.

En primer lugar, si se recuerda el análisis realizado sobre los instrumentos internacionales y de la Unión Europea, no es posible encontrar una referencia territorial equivalente en ninguno de ellos. En parte, porque si bien en la práctica criminal la trata de seres humanos puede implicar un traslado físico de las personas e incluso un cruce irregular de fronteras, ello no implica que éste sea consustancial a la trata. Para evitar posibles confusiones con el tráfico ilícito de personas en el que el carácter transfronterizo de la conducta es un elemento clave y definidor del delito, los instrumentos internacionales han prescindido de incluir, respecto a la trata de seres humanos, cualquier referencia al territorio y al cruce de fronteras, manifestando expresamente que la trata puede ser tanto de carácter transnacional como nacional y cuya tipificación debe abarcar no sólo los supuestos en los que alguna de las conductas se realicen en el territorio de varios Estados, sino también aquellos que íntegramente tienen lugar dentro de las fronteras nacionales.

Por consiguiente, este elemento territorial presente en la tipificación del delito de trata de seres humanos parece ser una innovación de nuestro Legislador, cuyas consecuencias deberán ser analizadas.

El propio Legislador español reconoce que no es necesario un traslado transfronterizo en el delito de trata de seres humanos, ya que de forma expresa se hace referencia a la realización de la conducta *“en territorio español”*, de lo que se deriva que cuando ésta se realice íntegramente dentro de las fronteras del territorio nacional será constitutiva de delito<sup>495</sup>. Se descarta, así, que con el marco geográfico mencionado se esté exigiendo un traslado transfronterizo de las personas víctimas de trata, que volvería a confundir la trata de seres humanos con el tráfico ilícito de personas.

El delito de trata de seres humanos puede calificarse como un delito de tracto sucesivo, que permite vincular de forma variada, cada una de las conductas con la referencia territorial. Así la captación puede realizarse desde España, cuando tenga

---

<sup>495</sup> MAYORDOMO RODRIGO, Virginia, “Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas”, *Estudios Penal y Criminológicos*, Vol. XXXI, 2011, p. 358. (<http://www.usc.es/revistas/index.php/epc>); BENÍTEZ PÉREZ-FAJARDO, Fernando-Germán, “El delito de trata de personas”, en AA.VV., *XXII Jornadas de Estudio de la Abogacía. El Nuevo Código Penal*, Ministerio de Justicia, 2011, pp. 188-189.



lugar en el territorio nacional bien porque la víctima se encuentre en el territorio del Estado o bien porque sea el sujeto activo el que se encuentra en él, captando a una víctima que reside en el extranjero. Asimismo, es posible organizar el traslado *desde* España, al encontrarse la víctima captada en territorio español o incluso producirse el traslado únicamente dentro de las fronteras nacionales. A su vez este traslado puede, encontrándose la víctima en el extranjero, tener como *destino* España o bien el territorio puede articularse como lugar de tránsito cuando la víctima tiene como destino otro Estado. Y finalmente España puede ser el lugar de destino, desarrollándose todas las conductas anteriores fuera de las fronteras, cuando la víctima sea alojada y recibida para la subsiguiente explotación<sup>496</sup>.

El propio tipo penal confirma lo dispuesto en el Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010 que establece que el delito abarcará todas las formas de trata de seres humanos, nacionales o transnacionales, relacionadas o no con la delincuencia organizada. Incluyéndose en el tipo penal todas aquellas conductas constitutivas de trata de seres humanos que se realicen en su totalidad en territorio español, es decir, la trata interna o que impliquen un desplazamiento transnacional, la trata internacional.

Por consiguiente, en este sentido nada añade el marco geográfico introducido<sup>497</sup>, pues a la misma conclusión llegaríamos si se hubiese prescindido de él. Además, el propio Legislador español se refiere a la víctima del delito, reiterando que ésta puede ser nacional o extranjera. Se pone fin a una de las consecuencias más indeseables que generó la pésima tipificación de ciertas conductas susceptibles de ser calificadas como trata de seres humanos a través del art. 318 bis CP, que al vincularse con los flujos migratorios impedía la concurrencia del delito cuando el sujeto pasivo era un ciudadano nacional o comunitario. Por tanto, el establecimiento de este elemento territorial en el delito de trata de seres humanos no tiene como consecuencia limitar el ámbito de punibilidad del tipo penal en cuanto a la trata de seres humanos se refiere, pues claramente puede incluirse en él tanto la trata interna como la internacional.

La fenomenología de la trata demuestra que ésta no siempre es interna sino que, por el contrario, y más en nuestro entorno, suelen existir vínculos con otros Estados. En estos supuestos en los que la trata posee algún elemento extranjero o naturaleza transnacional es cuando el Legislador requiere la existencia de un punto de conexión con el territorio español, al exigirse en todo caso que la conducta se realice “*desde, en tránsito o con destino España*”. Por tanto, aquellas conductas que *prima facie* pudiesen parecer constitutivas de un delito de trata de seres humanos no darán lugar a la apreciación de delito perseguible por las autoridades españolas cuando

---

<sup>496</sup> MAYORDOMO RODRIGO, *EPC*, núm. XXXI, 2011, p. 358; BENÍTEZ PÉREZ-FAJARDO, “El delito de trata de personas”, en *op.cit.*, pp.188-189.

<sup>497</sup> En este sentido, TERRADILLOS BASOCO, “Capítulo 24. Trata de seres humanos” en *op.cit.*, p.210.

carezcan totalmente de conexión territorial con España<sup>498</sup>, pues el comportamiento no podrá calificarse como típico debido a la concreta tipificación realizada.

Por tanto, la universalidad con la que los instrumentos internacionales y europeos pretenden incriminar y perseguir la trata de seres humanos no tiene una plasmación equivalente en nuestro ordenamiento penal. La principal consecuencia del marco territorial exigido por el tipo penal es limitar el ámbito espacial en el que van a desplegar consecuencias jurídicas las conductas previstas, exigiendo necesariamente una conexión con el territorio español. No se incrimina toda conducta de trata de seres humanos sino únicamente aquella que mantiene un vínculo o conexión con el territorio nacional. Esta limitación va a tener importantes consecuencias en la extensión o límites de la jurisdicción de los jueces y tribunales, produciéndose mediante el Derecho penal sustantivo una limitación en las normas procesales y principios que rigen la competencia judicial de los tribunales españoles.

Es en la competencia jurisdiccional de los tribunales españoles donde este elemento territorial despliega todos sus efectos. Desde un punto de vista competencial dicha referencia territorial parece innecesaria, pues la LOPJ es la que establece los principios que determinan la jurisdicción nacional. Así, dicha referencia territorial no tiene como consecuencia más que limitar, como se verá a continuación, la posible extensión de la competencia jurisdiccional de los órganos judiciales españoles, en contra de lo que disponen los instrumentos de la Unión Europea y los Tratados internacionales.

Los instrumentos supranacionales que regulan la trata de seres humanos no establecen únicamente la obligación a los Estados parte de incriminar penalmente la conducta o establecer las medidas necesarias para garantizar la asistencia y protección de las víctimas, sino que recogen una serie de mandatos referentes a la competencia de los tribunales nacionales y al enjuiciamiento de los hechos. En este sentido, la Directiva de 2011, en su art. 10 y en términos similares a los establecidos por la anterior Decisión Marco<sup>499</sup>, obliga a los Estados a adoptar las medidas necesarias para establecer su competencia cuando el delito se haya cometido, total o parcialmente, en su territorio, así como cuando el autor de la infracción sea uno de sus nacionales. Por lo tanto, respecto al delito de trata de seres humanos la UE ha establecido la adopción no sólo del principio de territorialidad sino también de otro principio de carácter extraterritorial como es el de personalidad activa. En estos supuestos, además, los

---

<sup>498</sup> MARTOS NÚÑEZ, *EPC*, núm. XXXII, 2012, p.104; POMARES CINTAS, *RECPC*, núm. 13-15, 2011, p.7.

<sup>499</sup> La Decisión Marco exigía, en su art. 6, que los Estados miembros estableciesen su competencia cuando el delito se hubiese cometido en el territorio del Estado, dejando libertad al Estado para decidir aplicar o no, o bajo determinadas circunstancias su competencia cuando el delito fuese cometido fuera de las fronteras estatales pero siendo el autor uno de sus nacionales y/o cuando la infracción hubiese sido cometida en provecho de una persona jurídica establecida en el territorio.

Estados deben garantizar que la competencia judicial no esté supeditada a la doble incriminación, por lo que no es necesario que los hechos constituyan una infracción penal en el lugar donde se llevaron a cabo. Asimismo, la acción penal no debe estar subordinada a la exigencia de presentación de una denuncia por parte de la víctima en el lugar donde se cometió el delito para el inicio de la acción penal.

A continuación la propia Directiva faculta a los Estados para ampliar su competencia jurisdiccional cuando los hechos delictivos se realicen fuera del territorio español pero contra uno de sus nacionales o contra una persona que tenga residencia habitual en el territorio, o cuando la conducta se realice en beneficio de una persona jurídica establecida en él o bien el autor tenga su residencia habitual en el territorio.

En el mismo sentido se pronuncia el Convenio de Varsovia (art. 31) cuando establece que las partes adoptarán las medidas legislativas necesarias para establecer su jurisdicción sobre la infracción penal cuando se cometa en su territorio. A este respecto ninguna particularidad, pues reconoce el ya mencionado principio de territorialidad de la jurisdicción. Pero dicha previsión se complementa con otras disposiciones que obligan al Estado, salvo reserva o declaración expresa formulada en el momento de la firma o depósito del instrumento de ratificación, a ampliar la competencia jurisdiccional cuando el delito sea cometido por uno de sus nacionales o por un apátrida que tenga su residencia habitual en su territorio si la infracción es punible penalmente en el lugar en que fue cometida (principio de personalidad activa sometida a la exigencia de doble incriminación) o si la infracción se ha cometido fuera de la jurisdicción territorial de cualquier Estado o bien cuando el delito se cometa contra uno de sus nacionales (principio de responsabilidad pasiva). Como puede comprobarse, España no ha realizado ninguna declaración o reserva al respecto, por lo que la totalidad del precepto es de obligado cumplimiento para el Estado español<sup>500</sup>.

Tanto en el ámbito comunitario como en el internacional no se prevé el establecimiento del principio de justicia universal para estos delitos<sup>501</sup>, sino la obligación de castigar en su propio ámbito territorial estas conductas y de forma extraterritorial cuando existan unos puntos de contacto concretamente expresados. Teniendo presentes estas obligaciones internacionales debe ahora analizarse la realidad en España, que como podrá comprobarse no se ajusta a estos parámetros competenciales fijados supranacionalmente.

En primer lugar, la LOPJ consagra en su art. 23.1 el principio de territorialidad como criterio principal para la atribución de competencia. Este principio implica que

---

<sup>500</sup> La única declaración realizada por España respecto a este Convenio se refiere a Gibraltar. Vid. <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeDeclarations.asp?NT=197&CM=8&DF=03/07/2013&CL=ENG&VL=1>

<sup>501</sup> SANTANA VEGA, *NOVA et Vétéra*, Vol. 20, n° 64, 2011, p.218.

los órganos jurisdiccionales españoles serán competentes para enjuiciar aquellos delitos cometidos *en* territorio español o a bordo de buques o aeronaves españoles, con independencia de la nacionalidad de los sujetos que participen en él o sean víctimas del mismo. El territorio español en el que se ejerce la soberanía, incluye no sólo el espacio terrestre, comprendido por la tierra y aguas interiores situadas en las fronteras fijadas<sup>502</sup>, sino que se extiende al espacio aéreo que se eleva sobre él y al espacio marítimo territorial que alcanza las doce millas náuticas adyacentes a las costas españolas<sup>503</sup>. Así como a los buques y aeronaves con bandera española con independencia del lugar en el que se encuentren.

En virtud de este principio cuando el delito se cometa en territorio español no hay duda de la competencia jurisdiccional española. No obstante, para determinar el lugar de comisión del delito, ante la ausencia de un criterio legalmente establecido, la doctrina y también la jurisprudencia, han acudido a la *teoría de la ubicuidad*, en virtud de la cual el delito se entiende cometido tanto en el lugar de realización de la acción, como en el lugar en el que se produce el resultado<sup>504</sup>, solventando así los posibles conflictos jurisdiccionales que pudiesen derivarse de los denominados delitos a distancia, en los que la acción se realiza en la jurisdicción de un Estado y el resultado se produce en la jurisdicción de otro Estado. Se han desechado otras teorías más restrictivas de la competencia como la teoría de la acción o la teoría del resultado para la resolución de estos conflictos jurisdiccionales.

En consecuencia, el delito de trata de seres humanos que se realice íntegra o parcialmente en territorio español, es decir, cuando se realice alguno de los elementos del tipo en España, se considerará un delito perpetrado en territorio español por lo que la jurisdicción de nuestros tribunales es indudable. Precisamente, desde la perspectiva

---

<sup>502</sup> Las fronteras de territorio español respecto a los países limítrofes se encuentran fijadas en diferentes Tratados internacionales. Así, Los Tratados de Bayona de 2 de diciembre de 1856, de 14 de abril de 1862 y de 25 de mayo de 1866, delimitan las fronteras de Francia y España. Mientras que la delimitación con Portugal se encuentra prevista en el Convenio de Lisboa, 29 de septiembre de 1864, Canje de Notas de 1 de diciembre de 1906 y el Convenio de 29 de junio de 1926; con Marrueco deben tenerse en cuenta los Convenios 24 de agosto de 1859 y 26 de abril 1860 para Ceuta y Melilla; El Tratado de Utrecht (1713) contempla el conflictivo caso de Gibraltar; Mientras que la particularidad se produce en la determinación de la frontera con el Principado de Andorra, en la que no existe convenio internacional, sino que está prevista en el propio art. 1.5 de la Constitución de ese Estado y aceptada implícitamente en el Tratado de buena vecindad, amistad y cooperación con España y Francia, de mayo de 1993.

<sup>503</sup> La Convención de Naciones Unidas sobre derecho del mar de 1982 establece el régimen jurídico del mar territorial, de aguas contiguas y de la zona económica exclusiva. De acuerdo con el art. 2 de la soberanía del Estado se extiende al mar territorial y a su espacio aéreo, así como al lecho y al subsuelo de ese mar. Este mar territorial se extiende a doce millas náuticas (art. 3).

<sup>504</sup> En este sentido se pronuncia el Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2005 que expresamente respecto al principio de ubicuidad manifiesta que: “delito se comete en todas las jurisdicciones en las que se haya realizado algún elemento del tipo. en consecuencia, el juez de cualquiera de ellas que primero haya iniciado las actuaciones procesales, será en principio competente para la instrucción de la causa”. (disponible en <http://www.poderjudicial.es/search>)

:

del principio de territorialidad la referencia que hace el tipo penal al territorio es totalmente innecesaria.

No obstante, los primeros problemas pueden surgir cuando ninguno de los elementos del tipo pueda entenderse realizado en territorio español, como ocurre en aquellos supuestos en los que el tratante capta a una víctima extranjera desde fuera de España mediante engaño con la finalidad de explotarla en España. Se ha producido en estos casos la captación mediante engaño con la finalidad de explotación, siendo esta conducta subsumible en el delito de trata de seres humanos pero no habiéndose realizado todavía ninguna acción conectada con España. Esto también ocurre cuando el delito es descubierto en aguas internacionales, en las que no rige la jurisdicción de ningún Estado. En estos casos el principio de territorialidad no parece suficiente para desplegar sus efectos puesto que el delito no puede entenderse cometido en territorio español, pues ni la acción se ha realizado en España ni todavía se ha producido la explotación en España, que únicamente es una intención del sujeto activo.

Esta problemática fue abordada por el Tribunal Supremo en relación con el tráfico ilegal de personas cuando las pateras o cayucos, sin bandera de ningún Estado, cuyo destino era el territorio español eran interceptadas por las autoridades nacionales en aguas internacionales. Desde un punto de vista sustantivo la conducta podía ser constitutiva de delito pues su destino final era España, planteándose cuestiones conflictivas respecto a la competencia jurisdiccional del Estado cuando los autores no eran de nacionalidad española. En estos casos, la acción se había realizado fuera de territorio español y a pesar de ello los tribunales españoles se declararon competentes para enjuiciar los hechos como un delito de tráfico ilegal de personas, en busca de una justicia material que impidiese la impunidad de los traficantes.

El Tribunal Supremo fundamentó la competencia de la jurisdicción española en estos supuestos en diversos argumentos. Precisamente, uno de ellos relacionado directamente con el principio de territorialidad, aunque a todas luces este principio parece inadecuado para activar la jurisdicción nacional en estos casos, pues ninguno de los elementos típicos se realiza en territorio español. No obstante, la STS núm. 128/2008, de 23 de enero<sup>505</sup> concluye que el delito debe enjuiciarse en España conforme a la ley penal nacional al entenderse que éste se ha realizado en territorio español. Para alcanzar esta conclusión realiza una interpretación del principio de territorialidad de acuerdo con la teoría de ubicuidad que completa con criterios jurisprudenciales y de derecho comparado<sup>506</sup>, para confirmar que la comisión del delito no sólo se produce en el lugar en el que se ejecuta la acción o se produce el resultado sino también “en el lugar en el que el autor piensa atacar el orden jurídico internacional”, es decir, en el lugar donde piensa delinquir, reclamando la

---

<sup>505</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 128/2008, de 23 de enero de 2008 (Ponente: Enrique Bacigalupo Zapater), [ROJ: STS 128/2008].

<sup>506</sup> Fundamento Jurídico único, apartado 1.

competencia nacional cuando la finalidad del tráfico era la introducción de ciudadanos extranjeros en España contraviniendo la legislación de extranjería o bien con la intención de explotar sexualmente a la víctima en España. Así la mera intención de introducir ilegalmente a los ciudadanos extranjeros se convierte en elemento suficiente, de acuerdo con esta jurisprudencia, para entender cometido el delito en nuestro país y declarar la competencia de los tribunales españoles para enjuiciar los hechos, cometidos realmente en el extranjero<sup>507</sup>.

Esta jurisprudencia creativa tal y como ha sido denominada por la doctrina crítica<sup>508</sup>, permitiría a los tribunales españoles adjudicarse la competencia para el conocimiento de aquellos delitos de tráfico ilegal realizados íntegramente en el extranjero, siendo la finalidad del autor la explotación de la víctima en territorio español y ello, a pesar, de no haberse producido todavía la entrada en el territorio, ni haberse realizado ningún elemento típico en España. Esta postura jurisprudencial es extrapolada por algunos autores al delito de trata de seres humanos, considerando que la mera finalidad de explotación de la víctima en España es elemento suficiente para entender cometido el delito en nuestro país y aplicar así la ley nacional. Sin embargo, esta postura jurisprudencial debe ser, como acertadamente mantienen REBOLLO VARGAS y PÉREZ ALONSO, criticada por implicar un claro elemento de Derecho penal de autor, al fundamentarse la punibilidad no en la conducta realizada sino en la intención del autor<sup>509</sup>. Además una interpretación tan extensiva de las normas procesales que se encargan de fijar el juez ordinario predeterminado por la ley, no puede tener cabida en la letra de la ley pues implica otorgar jurisdicción y con ello la aplicación del Derecho penal sustantivo a tribunales que carecen de ella en perjuicio de reo.

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que la LOPJ complementa este principio de territorialidad con otra serie de principios que garantizan la aplicación extraterritorial de la ley penal nacional con la intención de evitar la impunidad de los

---

<sup>507</sup> Se refiere indirectamente a esta jurisprudencia, MAYORDOMO RODRIGO, *EPC*, núm. XXXI, 2011, p. 359, a esta interpretación del principio de territorialidad cuando reconoce una excepción a la exigencia de que alguna de las conductas típicas se realice en España para que se entienda cometido el delito en territorio español. Aceptando la punibilidad de los supuestos de trata de personas realizadas en el extranjero considerando suficiente la finalidad de explotación de la víctima en España para entender cometido el delito en nuestro país. De la misma opinión ; BENÍTEZ PÉREZ-FAJARDO, “El delito de trata de personas”, en *op.cit.*, pp.188-189.

<sup>508</sup> PÉREZ ALONSO, Esteban Juan, “Las últimas reformas del principio de justicia universal legalizadoras de la jurisprudencia “creativa” del Tribunal Supremo español”, en *EPC*, vol. 32, 2012, pp. 131-196. [<http://www.usc.es/revistas>]. Críticamente también vid. REBOLLO VARGAS, Rafael, “El delito de tráfico ilegal de personas y la (in)competencia de la jurisdicción española en aguas internacionales”, en *RECPC*, núm.11, 2009, pp. 1-23. [<http://criminet.ugr.es/recpc/>]; GUARDIOLA GARCÍA, Javier, “Reforma de los delitos de tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas: ¿de la impunidad por falta de jurisdicción al exceso de atribución competencial?”, *Revista General de Derecho Penal*, núm.9, 2008, pp.1-13.

<sup>509</sup> Vid. REBOLLO VARGAS, *RECPC*, núm.11, 2009, p.20; PÉREZ ALONSO, *EPC*, vol. 32, 2012, pp. 167-168.

autores del delito que no se ha cometido en territorio español, existiendo vínculos que legitiman la atribución de competencia penal al órgano jurisdiccional nacional. En este sentido, el art.23 de la LOPJ, además del principio de territorialidad, reconoce el principio de personalidad activa, que atiende a la nacionalidad del sujeto activo del delito (art. 23.2 LOPJ), el principio real, de defensa o de protección de intereses nacionales que determina la competencia jurisdiccional atendiendo a la protección de una serie de intereses nacionales (art. 23.3 LOPJ) y, finalmente, el principio de justicia universal (art. 23.4 LOPJ). Por tanto, cuando no es posible atribuir la competencia a los jueces españoles en base al principio de territorialidad debe acudir a estos principios extraterritoriales previstos en la propia legislación, establecidos precisamente para evitar ámbitos de impunidad no aceptables en un Estado social, democrático y derecho. Si se pretende solucionar la falta de jurisdicción mediante una interpretación del principio de territorialidad que no posee base legal en búsqueda de una justicia material, se estaría vulnerando con ello el principio de legalidad penal en su vertiente de garantía jurisdiccional y el derecho a la tutela judicial efectiva que incluye el derecho a un juez ordinario predeterminado por la ley.

Por tanto, cuando el delito de trata de seres humanos no se haya cometido total o parcialmente en territorio español, deberá atenderse a estos principios procesales para ver si es posible el enjuiciamiento de los hechos por los tribunales españoles.

Prescindiendo ahora del principio de defensa o de protección de intereses nacionales que permite el enjuiciamiento de aquellos hechos constitutivos de delito de acuerdo con el ordenamiento penal español que a pesar de realizarse fuera de territorio español impliquen un atentado a intereses políticos o financieros del estado Español, se entrará a valorar la funcionalidad del principio de personalidad activa y de justicia universal en relación con el delito de trata de seres humanos.

El principio de personalidad activa implica la atribución de competencia jurisdiccional a los tribunales españoles cuando el responsable penal del delito, no perpetrado en territorio nacional, ostenta nacionalidad española o se trata de extranjero que ha adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho delictivo. Ahora bien, cuando los criminalmente responsables son españoles o extranjeros que hubieran adquirido la nacionalidad española se exige la concurrencia de una serie de requisitos adicionales como son: que el agraviado o el Ministerio Fiscal denuncien o interpongan querrela ante los Tribunales españoles y que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena, así como que la comisión del hecho sea punible en el lugar de ejecución<sup>510</sup>. Respecto a este último requisito en relación con el

---

<sup>510</sup> Salvo que, de acuerdo con lo previsto en el art. 23.2.a) LOPJ, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito.

delito de trata de seres humanos debe recordarse que la Directiva obliga a que la competencia judicial no esté supeditada a la doble incriminación, por lo que este requisito general desaparece en este ámbito, pues el propio art.23.2. a) LOPJ lo relativiza cuando en virtud de Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito. Se cumplen así, formalmente, las exigencias mínimas de la Unión Europea respecto a la competencia jurisdiccional de los tribunales españoles en los casos de trata de personas.

Es precisamente en el principio de personalidad activa donde se manifiesta la primera consecuencia del marco territorial establecido en el tipo penal. A pesar de que formalmente el principio de personalidad activa permitiría a los jueces y tribunales españoles conocer del delito perpetrado en el extranjero por un nacional, la concreta regulación del tipo lo impedirá. La conducta tal y como está tipificada exige siempre una conexión con el territorio español que de no cumplirse impedirá subsumir la conducta realizada en el tipo penal, al configurarse esta referencia geográfica como elemento del tipo, convirtiéndose ésta en atípica para el ordenamiento penal español. Por tanto, a pesar de que los principios procesales de competencia permitiesen, en abstracto, el enjuiciamiento en España de un nacional que haya realizado la conducta de captar, trasladar, transportar, alojar o recibir concurriendo alguno de los medios comisivos y con alguna de las finalidades típicas, con independencia del lugar donde se haya realizado; en la práctica esto no será así, porque si dicha conducta no tiene vinculación con el territorio español, es decir, no se ha perpetrado en España, ni desde, ni en tránsito o destino a España ésta no constituirá delito para el ordenamiento penal español.

A esta limitación debe añadirse que el principio de personalidad pasiva, que otorgaría la competencia jurisdiccional a los tribunales del Estado cuando la víctima del delito ostente su nacionalidad, no ha sido reconocido en nuestro derecho procesal. La competencia jurisdiccional del Estado, queda limitada al principio de territorialidad, salvo en los casos en los que siendo nacional el sujeto activo del delito realice la conducta con la finalidad de explotación de la víctima en España, pues en estos casos, se considera suficiente la nacionalidad del autor para justificar la competencia de los tribunales españoles.

Para finalizar, falta por analizar la posible eficacia del principio de jurisdicción universal que permite a los tribunales españoles enjuiciar bajo determinadas condiciones aquellos delitos cometidos fuera de territorio español y por autor extranjero, legitimando la competencia de un Estado para perseguir y sancionar determinados delitos con respecto a los que carece de soberanía por razones territoriales o personales o que no afectan a la misma (territorialidad, personalidad o protección de intereses). Dicho principio reconocido en el art.23.4 LOPJ declara la



competencia de la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal 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 los de 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, y finalmente h) cualquier otro que, según los Tratados o Convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deba ser perseguido en España.

Como puede comprobarse en este listado no está previsto el delito de trata de seres humanos, por lo que a primera vista puede parecer que no podría entrar en juego la jurisdicción universal en este delito. Pero debido a la concreta tipificación realizada de la trata de seres humanos aunque dicho delito se incluyese expresamente en el catálogo del art.23.4 LOPJ difícilmente podría mantenerse que nos encontramos ante una verdadera jurisdicción universal, pues no podría perseguirse con total independencia del lugar en el que se hubiese cometido el delito.

Los delitos previstos en el art. 23.4 LOPJ deben ser interpretados de conformidad con las normas penales españolas, por tanto, teniendo en cuenta la concreta tipificación que del delito en cuestión realiza el código penal. No podemos olvidar, por tanto, que la conducta no será susceptible de tipificarse, de acuerdo, con la ley española como delito de trata sino se realiza, al menos, *desde, en tránsito o con destino a* España, por lo que aunque se introdujese, mediante reforma legal este delito en el listado, la competencia judicial de los tribunales españoles dependería de la conexión territorial de la conducta delictiva no produciéndose una jurisdicción universal absoluta. Se produce nuevamente una limitación jurisdiccional como consecuencia del Derecho penal sustantivo, que permitiría solucionar los problemas jurisdiccionales planteados cuando la conducta se realice con destino a España pero impediría proteger a las víctimas nacionales de este delito cuando la conducta carece de conexión con España.

Por ese motivo, la introducción en el catálogo de delitos previsto en el art.23.4 LOPJ exigiría una modificación del propio tipo penal, eliminando la referencia al marco territorial o bien al menos ampliándolo a otros Estados Europeos, para un mayor alcance de la justicia universal.

A pesar de la ausencia de este concreto delito en el articulado de la LOPJ, la aplicación del principio de justicia universal podrá plantearse en aquellos supuestos en los que la conducta de trata sea a su vez un delito de tráfico ilegal de personas que está

expresamente previsto en el listado de delitos que permiten activar la jurisdicción universal de los tribunales españoles.

Si relacionamos los supuestos de trata de personas cometidos en el extranjero con el delito de tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas es posible mantener una jurisdicción universal indirecta que da lugar a que el delito sea considerado, por algunos, como universal, aunque de forma limitada<sup>511</sup>. Mediante esta previsión podrían conocerse judicialmente de supuestos de trata de seres humanos efectuados en el extranjero y que no afecten a nacionales españoles<sup>512</sup>, aunque no puede obviarse que ésta opción es limitada. En primer lugar, como consecuencia de que el bien jurídico protegido en el delito de tráfico ilegal es la política migratoria, únicamente pueden ser víctimas de este delito los ciudadanos extranjeros extracomunitarios, únicos susceptibles de vulnerar con su entrada en el territorio la legislación de extranjería. Por tanto, ni los nacionales españoles ni los ciudadanos comunitarios pueden ser objeto de este delito, mientras que sí lo podrán ser del delito de trata de seres humanos. Y en segundo lugar, dicha persecución se limita de acuerdo con la tipificación realizada en el art. 318 bis a las conductas conectadas territorialmente con Estados que forman parte de la Unión Europea y no más allá de estas fronteras, pues se exige que la conducta se realice *desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea*, lo que implica también una limitación impuesta por el tipo penal.

En un intento de dar coherencia a la normativa procesal que prevé la justicia universal en los supuestos de tráfico ilegal en los que se protege la política migratoria, sin prever expresamente la trata, que implica el atentado a bienes jurídicos de mayor relevancia, es posible encontrar alguna postura que mantiene la posibilidad de incluir, en cualquier caso, la trata de personas en el tráfico ilegal al que hace referencia el art.23.4 f) de la LOPJ<sup>513</sup>, permitiendo con ello la persecución extraterritorial de los casos de trata cometidos fuera del territorio español. A pesar de las buenas intenciones de esta interpretación no puedo compartirla pues implica retornar a una confusión entre los conceptos de tráfico ilegal y trata de personas que parecía superada a partir de la reforma penal de 2010. Si bien la relación entre ambos en la práctica criminal de nuestro entorno es lo habitual, no debe considerarse la trata de seres humanos como un tráfico elevado a la categoría de delito, que pueda incluirse en el concepto de tráfico ilegal. No puede obviarse el marco internacional y europeo existente que ha delimitado y diferenciado ambos fenómenos delictivos.

---

<sup>511</sup> Vid. CUGAT MAURI, Miriam, “La trata de seres humanos: la universalización del tráfico de personas y su disociación de las conductas infractoras de la política migratoria (arts. 177 bis, 313, 318 bis)”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *La reforma penal de 2010: Análisis y Comentarios*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2010, p. 161.

<sup>512</sup> QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español: Parte Especial*, op.cit., p. 184.

<sup>513</sup> Vid. MUÑOZ CUESTA, Francisco Javier, “Trata de seres humanos: aspectos más relevantes que configuran esta nueva figura criminal”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, julio, 2011, p.13.

Por último, a esta restricción indirecta del principio de justicia universal derivada del derecho sustantivo se unen las restricciones legales impuestas por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Tradicionalmente, en el principio de justicia universal lo relevante era la naturaleza del delito, como puede verse en la relevancia de algunos de los delitos listados en el precepto y que permiten activar la competencia jurisdiccional. Pero la reforma realizada en el año 2009 ha pasado a requerir una serie de condiciones adicionales tendentes a exigir una conexión con España. Se ha pasado de un *principio de jurisdicción universal absoluto* en atención exclusiva a la naturaleza del delito que debía afectar a bienes jurídicos reconocidos y protegidos por toda la comunidad internacional, sin exigir ningún tipo de nexo de conexión con intereses nacionales, a un *principio de jurisdicción universal relativo o limitado* en el que es necesario que concurren una serie de requisitos que muestren una vinculación con España.

Estos requisitos limitadores de la jurisdicción universal obligan a acreditar que los responsables se encuentren en España o que existan víctimas de nacionalidad española, o bien que se constate 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 haya iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva 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 competente o por el Tribunal internacional.

Por tanto, después de la reforma realizada en el año 2009 el principio de jurisdicción universal se ha visto legalmente limitado, consolidando con ella la jurisprudencia del Tribunal Supremo tendente a limitar por vía judicial<sup>514</sup> un principio amplio y sin más restricciones legales que el de “cosa juzgada”<sup>515</sup>. A partir de esta reforma el delito de tráfico ilegal no sólo necesitará de víctimas extracomunitarias sino que también será necesario que exista una vinculación con intereses nacionales, como puede ser el destino a España o que los autores se encuentren en España si el destino era otro país Europeo.

---

<sup>514</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1270/2003, de 25 de febrero de 2003 (Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca), [ROJ: STS 5972/2003].

<sup>515</sup> La STC (Sala Segunda) 237/2005, de 25 de septiembre de 2005 (Ponente: Magistrado don Guillermo Jiménez Sánchez) anula la STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1270/2003, de 25 de febrero de 2003 al considerar que una interpretación restrictiva del principio de justicia universal como la realizada por el Tribunal Supremo debía ser calificada *contra legem*, vulnerándose con ello el derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes en amparo, al no obtener una resolución fundada en Derecho y verse limitado su derecho de acceso a la jurisdicción.

Si realmente se pretende perseguir extraterritorialmente el delito de trata de seres humanos lo adecuado sería proceder a la eliminación del marco geográfico del tipo básico para impedir interpretaciones legales que dificulten la aplicación del principio de personalidad activa en toda su extensión. Asimismo, si se considera que la trata de personas implica una prohibición de atentar a bienes jurídicos de relevancia internacional debería modificarse el art.23.4 de la LOPJ para incluir expresamente el delito de trata de seres humanos. La inclusión de este delito entre los susceptibles de activar la jurisdicción universal estaría, en principio, más justificada que la presencia de otros como el propio delito de tráfico ilegal que no protege bienes reconocidos por la comunidad internacional. Así, el delito de tráfico ilegal de personas está más relacionado con la protección de intereses nacionales o europeos, como es la política migratoria, que con bienes jurídicos de relevancia internacional. Se trataría más bien de un delito transnacional que de un delito internacional<sup>516</sup>. Por ello, sería más adecuado fundar la competencia extraterritorial en el delito de tráfico ilegal en el principio real o de protección de intereses nacionales<sup>517</sup>, cuyo catálogo de delitos está previsto en el art.23.3 de la LOPJ y no en el principio de justicia universal<sup>518</sup>.

Siendo conocedores de la práctica jurisprudencial desplegada por los tribunales españoles en relación con la competencia de los mismos en casos de tráfico ilegal de personas el alcance de lo dicho hasta el momento puede ser relativo. La jurisprudencia creativa del Tribunal Supremo relacionada con la justicia universal y el delito de tráfico ilegal de personas podría llegar a aplicarse, en la práctica, al delito de trata de seres humanos.

Fue la Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas la encargada de introducir el delito de tráfico ilegal de personas en el catálogo de delitos que permiten activar la jurisdicción universal de los tribunales españoles, reconociendo expresamente en su Exposición de motivos la previa falta de competencia de los tribunales nacionales para enjuiciar los hechos cuando se interceptaban a los responsables y a las víctimas en aguas internacionales. Pero esto no fue óbice para que

---

516 Vid. PÉREZ CEPEDA, *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, op.cit., p. 201 y ss.; GONZÁLEZ ZORRILLA, Carlos y GARCÍA ARÁN, MERCEDES, “Normas afectantes a la perseguibilidad” en GARCÍA ARÁN, Mercedes (coord.), *Trata de personas y explotación sexual*, Ed. Comares, Granada, 2006, pp. 272 y ss.

517 Así GARCÍA ESPAÑA y RODRÍGUEZ CANDELA, *Actualidad Penal*, núm. 29, 2002, p. 743 y ss. De forma sorprendente las autoras mantuvieron inicialmente la competencia extraterritorial de los tribunales españoles de acuerdo con el art. 23.3 de la LOPJ como un “delito contra la Administración Pública”.

518 En este sentido, el Informe del CGPJ al anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial, para perseguir extraterritorialmente el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, de 27 de junio de 2007; En el mismo sentido GARCÍA ARÁN, Mercedes.: “El principio de Justicia Universal en la LO del Poder Judicial Español”, en García Arán, Mercedes y López Garrido, Diego, *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*, Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2000, pp. 63-88.

con anterioridad a esta reforma se declarase la competencia de los tribunales españoles para conocer de estos hechos, cuando hubiesen tenido lugar en el extranjero, principalmente cuando las embarcaciones con destino a España, pateras o cayucos, eran interceptadas en aguas internacionales por las autoridades españolas. El Tribunal Supremo para impedir que en estas circunstancias se produjese la impunidad de los hechos acudió a la cláusula de cierre del apartado h) del art.23.4 LOPJ. De acuerdo con este precepto conocerá la jurisdicción española de cualquier delito que según los Tratados y Convenios internacionales deba ser perseguido en España.

El Tribunal Supremo interpretó que el delito de tráfico ilegal de personas era uno de esos delitos, encontrando la base para fundamentar la competencia en los propios textos internacionales, en especial, la Convención de la ONU para la delincuencia organizada y el Protocolo de Palermo para la represión del tráfico ilegal de seres humanos, especialmente el art.8.7 en relación con la Convención<sup>519</sup>, y en el marco establecido por la Convención sobre derecho del mar.

De estos Tratados internacionales extrajo la obligatoriedad de perseguir judicialmente el delito de tráfico ilícito de personas, a pesar de que el Protocolo nada dice expresamente respecto a la jurisdicción de los Estados parte y que la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada establece que los Estados deberán adoptar las medidas necesarias para garantizar la jurisdicción del Estado respecto a los delitos tipificados, con arreglo a la misma, cuando el delito se cometa en su territorio o a bordo de un buque que enarbole su pabellón o de una aeronave registrada conforme a sus leyes en el momento de la comisión del delito, es decir, conforme al principio de territorialidad<sup>520</sup>. Permitiendo, a continuación, a los Estados que establezcan su jurisdicción en base al principio de personalidad activa y pasiva y cuando se cometa fuera de su territorio con miras a la comisión de un delito grave dentro de su territorio. Así como les faculta para adoptar las medidas necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos comprendidos en la presente Convención cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y el Estado Parte no lo extradite.

En primer lugar, es cierto que los Tratados internacionales pueden establecer la obligación de tipificar determinados delitos en la ley penal nacional y también la obligación de juzgar esos delitos en cualquier caso o bien cuando exista algún punto de conexión que expresamente es concretado en el tratado. Los Convenios mencionados establecen esos puntos de conexión, unos de forma obligatoria que se

---

<sup>519</sup> El art. 8.7 del Protocolo establece: “Todo estado parte que tenga motivos razonables para sospechar que un buque está involucrado en el tráfico ilícito de migrantes por mar y no posee nacionalidad o se hace pasar por un buque sin nacionalidad podrá visitar el buque. Si se hallan pruebas que confirmen la sospecha, ese Estado parte adoptará las medidas apropiadas de conformidad con el derecho interno e internacional, según proceda.”

<sup>520</sup> Art. 15 de la Convención de Naciones Unidas sobre delincuencia organizada.

identifican con el principio de territorialidad y otros facultativos, como el personalidad activa, pasiva o incluso la regla de “*aut dedere aut iudicare*, que permite a un Estado parte extender su jurisdicción a los delitos previstos en el Convenio en aquellos supuestos en los que el presunto delincuente se encuentre en el territorio del Estado y no se haya solicitado o no se conceda la extradición del mismo. De estos textos internacionales difícilmente puede extraerse algo más que la obligación de los Estados de tipificar y sancionar en el derecho interno el delito de tráfico ilegal de personas. Respecto a la jurisdicción, únicamente faculta a los Estados a adoptar las medidas necesarias en su derecho interno para establecer normas de jurisdicción extraterritorial. En ningún caso impone la obligatoriedad para los Estados de perseguir más allá de su territorio estos delitos, por lo que no puede extraerse que estos Tratados internacionales obliguen a asumir la persecución extraterritorial de los delitos y mucho menos la jurisdicción universal. Por lo tanto, si la obligación es inexistente no es posible incluir el delito en el art.23.4.h) LOPJ, no pudiendo enjuiciar los hechos delictivos perpetrados fuera de España por carecer de competencia judicial. En este sentido se pronunciaron las primeras sentencias que tuvieron que resolver este conflicto jurisdiccional declarando su incompetencia para conocer del asunto<sup>521</sup>, de forma expresa se declara que “España no tiene el deber sino la facultad de extender su jurisdicción a delitos como el que es objeto de esta causa cuando se cometen fuera de su territorio, la cláusula general del art. 23.4 no es de aplicación al caso”.

No obstante, éste no fue el criterio seguido por el Tribunal Supremo<sup>522</sup> que declaró la competencia de los tribunales nacionales, derivando una obligatoriedad de asunción de jurisdicción de los Convenios internacionales y considerando innecesaria una reforma procesal que incluyese expresamente estos delitos entre los susceptibles de articular la justicia universal. Fundamentó su decisión, principalmente, en el derecho de visita que otorga el Protocolo de Palermo y la Convención de derecho del mar.

Si estos fueron los argumentos aducidos por el Tribunal Supremo para declarar la competencia jurisdiccional de los tribunales españoles e incluir en la cláusula de

---

<sup>521</sup> Entre otras, vid. SAP de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 2ª) núm. 124/2006, de 30 de junio de 2006, (Ponente: Yolanda Alcázar Montero). [ROJ: SPA GC 1719/2006]; SAP de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 1ª) 108/2006, (Ponente: María Oliva Morillo Ballesteros), [SAP GC 2143/2006] y SAP de la Palmas (Sección 1ª), 109/2006, de 26 de julio (Ponente: José Luis Goizueta Adame), [SAP GC 2152/2006]; SAP de Las Palmas de Gran Canarias (Sección 6ª), núm. 2 y 3 /2006, de 26 de octubre de 2006 (Ponente: María Oliva Morillo Ballesteros) [ROJ: SAP GC 2796/2006]; SAP de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 6ª) núm. 1 y 4/2006 (Ponente: José Luis Goizueta Adame) [SAP GC 2795/2006] y [SAP GC 2798/2006]; SAP de Granada (Sección 2ª) núm. 111/2007, de 16 de febrero de 2007 (Ponente: María Aurora González Niño), [ROJ: SAP GR 825/2007].

<sup>522</sup> Entre otras, vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 582/2007, de 21 de junio (Ponente: Juan. Saavedra Ruiz), [ROJ: STS 4009/2007], STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 628/2007, de 21 de junio (Ponente: José Manuel Maza Martín) [ROJ: STS 4945/2007]; STS (Sala Segunda. Sección 1ª) núm. 554/2007, de 25 de junio (Ponente: Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre) [ROJ: STS 4011/2007].

cierre del principio de justicia universal el delito de tráfico ilegal de personas, muy bien podría mantener este Tribunal las mismas consecuencias para los supuestos de trata de seres humanos. La Convención contra la delincuencia organizada y el Protocolo de Palermo para la represión de la trata, unido al actual Convenio Varsovia y a la Directiva de 2011 podrían augurar resoluciones en el mismo sentido.

Si bien esta práctica jurisprudencial ha sido una realidad viéndose posteriormente consolidada por la reforma legal de 2007, no pueden compartirse sus argumentos. No es posible abstraerse que nos encontramos en el ámbito del Derecho penal, cuyas garantías deben ser respetadas escrupulosamente debido a las importantísimas consecuencias que despliega sobre los derechos humanos, como el derecho a la libertad.

La jurisdicción universal es una cuestión controvertida en Derecho penal en cuanto puede afectar a principios clave de esta rama del ordenamiento, como la irretroactividad de la ley penal y a las demás garantías del principio de legalidad. Aunque nos encontremos ante crímenes horribles que puedan atentar contra toda la comunidad internacional deben prevalecer los principios constitucionales y penales, ajustándose la aplicación de la ley penal a los límites del *ius puniendi* derivados de la consagración del Estado como un Estado social, democrático de derecho.

Así, respecto a los delitos que el art. 23.4 LOPJ reconoce el principio de justicia universal, sólo cabe decir que la razón por la que es competente la jurisdicción española para conocer de estos hechos delictivos, cometidos fuera del territorio español y por extranjeros, debe derivar exclusivamente de lo dispuesto en la ley española. En general, los Tratados Internacionales sólo establecen obligaciones para el Estado donde se cometió el delito, facultando a los Estados para ampliar su jurisdicción extraterritorial, facultad que debe ser desarrollada por el propio Legislador. Pero incluso en el supuesto en el que se estableciese dicha obligatoriedad le corresponde al poder legislativo su incorporación expresa en las disposiciones procesales, no siendo posible cubrir judicialmente una laguna legislativa de estas características. Si el Estado no cumpliera con su obligación podrá generar una responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento, al igual que ocurre en la UE cuando un Estado no transpone adecuadamente o dentro de plazo las disposiciones de una Directiva.

Cuando los Tratados internacionales con disposiciones de Derecho penal sustantivo establecen la obligación de tipificar un delito de acuerdo con el derecho internacional, el Estado no puede prescindir de adoptar una reforma legal para incluir en el Código Penal el correspondiente delito. Por tanto, si el Estado no cumple con esas obligaciones de incriminación, los jueces y tribunales tienen vedado acudir directamente al tratado internacional para sancionar al presunto responsable. No cabe

en estos casos, ante la inactividad del Legislador penal, más que aceptar que la conducta no se encuentra tipificada en el ordenamiento penal y que por lo tanto no hay delito (*nullum crimen sine lege*). Cualquier actuación distinta de los tribunales tendente a cubrir una posible laguna de punibilidad acudiendo directamente al tratado internacional que establece la obligatoriedad de incriminación no puede ser más que considerada como una flagrante vulneración del principio de legalidad penal y, por tanto, rechazada.

El principio de legalidad es una máxima infranqueable en el Derecho penal sustantivo que debe hacerse extensible al derecho procesal penal, pues la aplicación de Derecho penal sustantivo depende de la previa competencia de los tribunales para ello. Si ante la obligatoriedad de establecer criterios extraterritoriales de jurisdicción en algún tratado internacional, el Legislador ha hecho caso omiso a dicha obligación y no ha procedido a la correspondiente modificación de las normas procesales para incluirlos, no queda más que negar la existencia de jurisdicción nacional. Cualquier actuación contraria implicaría una violación de la garantía jurisdiccional que exige que la pena sea impuesta en sentencia por juez o tribunal competente de acuerdo con las leyes procesales.

Los Tribunales españoles aplican en el ámbito penal la ley penal nacional y no el derecho internacional, pues de lo contrario se estaría vulnerando el principio de legalidad penal, que exige una ley previa, escrita y estricta, características éstas que no pueden predicarse de los Tratados internacionales. Lo mismo debe decirse respecto a las posibles disposiciones de carácter jurisdiccional, pues no olvidemos que el principio de legalidad no sólo incluye la garantía criminal y penal sino también la jurisdiccional y de ejecución.

Pero esta no parece ser la actitud de parte de nuestros tribunales que en un intento de arrogarse con la competencia judicial en el mayor número de casos incorporan judicialmente principios procesales desconocidos para nuestro ordenamiento. Esto es lo que ocurre cuando el Tribunal Supremo acude como complemento a la argumentación comentada, a la justicia supletoria o Derecho penal de representación en los siguiente términos: “No quedaría debidamente perfilado el ámbito de la jurisdicción española sin aludir al llamado principio de la justicia supletoria, también denominado del Derecho penal de representación, el cual opera en caso de inexistencia de solicitud o de no concesión de extradición al permitir al Estado donde se encuentra el autor, con aplicación de la Ley penal, juzgarlo. El fundamento de este principio no es otro que el de la progresiva armonización de las distintas legislaciones como consecuencia de la estructura semejante de los Tratados internacionales, en cuanto vienen a diseñar unos tipos punibles e imponen normalmente a los Estados la obligación de introducirlos en sus ordenamientos jurídicos. De ahí que la incorporación de tales tipos penales en el Derecho interno



permita la aplicación en su caso de la regla "*aut dedere auto iudicare*", si no se concediere la extradición"<sup>523</sup>. A pesar de que a ella se haga referencia en múltiples instrumentos internacionales, al igual que se hace referencia al principio de personalidad pasiva, ambos son principios totalmente desconocidos para nuestro ordenamiento procesal penal, no siendo acorde con los principios constitucionales acudir directamente a los Tratados internacionales que los contemplan para declarar la jurisdicción nacional.

Recapitulando, puede concluirse que debido a la incorporación de un marco geográfico como elemento del tipo en el delito de trata de seres humanos se limita la tipicidad de la conducta a aquellos casos en los que exista un vínculo con España, en este caso territorial. De esta forma se restringe de forma indirecta la competencia judicial de nuestros tribunales limitando la virtualidad tanto del principio de personalidad activa como de un hipotético principio de jurisdicción universal, pudiendo favorecer en algunos supuestos situaciones de impunidad. Asimismo, la nacionalidad de la víctima del delito carece de relevancia a efectos de persecución del delito ya que el principio de personalidad pasiva no ha sido reconocido en nuestro ordenamiento, salvo en los supuestos de justicia universal en los que la nacionalidad de la víctima es uno de los elementos que permiten mostrar un vínculo suficiente con el Estado para la persecución.

Por tanto, de acuerdo con la tipificación que se hace del delito en el art. 177 bis CP y la introducción del elemento geográfico, toda aquella conducta realizada fuera del territorio nacional en total desconexión con el mismo no será constitutiva de delito de trata de seres humanos, impidiéndose con ello que la jurisdicción nacional posea competencia extraterritorial y enjuicie los hechos, con independencia de que el responsable penal sea nacional o extranjero, o aunque la víctima sea de nacionalidad española. Será imposible castigar los supuestos de trata cometidos en el extranjero, salvo la posible virtualidad del principio de justicia universal en relación con el tráfico ilegal de personas<sup>524</sup>.

### **3.4. Comisión por omisión**

Una vez analizada la conducta activa, falta por analizar si es posible la comisión del delito de trata de seres humanos por omisión. Por lo que hay que plantearse ahora la posibilidad de que este delito pueda ser imputado a título de comisión por omisión.

---

<sup>523</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 561/2007, de 15 de junio de 2007, F.J. 3º, (Ponente: Luis Román Puertas Luis) [ROJ: STS 4018/2007].

<sup>524</sup> LLORIA GARCÍA, "Lección XI. Trata de seres humanos, en op.cit., p.299.

Los delitos de omisión han sido objeto de profundo estudio por parte de la doctrina penalista, tanto los delitos de omisión pura o propia como los de comisión por omisión. Mientras que en los primeros, se sanciona penalmente la infracción de un deber de actuar, en los segundos la omisión se relaciona con un resultado prohibido, aunque en el tipo penal concreto no se haga alusión expresa a la comisión omisiva.

Para adentrarnos en la posibilidad de que el delito de trata se realice a través de una omisión debe partirse del art. 11 CP, que recoge los presupuestos que deben cumplirse para la apreciación del tipo. Fue el Código Penal de 1995 el que por primera vez introdujo una cláusula general de punición de la comisión por omisión, otorgándole cobertura legal en nuestro ordenamiento. Si bien con anterioridad, ésta ya había sido aplicada por los tribunales y defendida por la doctrina<sup>525</sup>.

El art. 11 CP reza de la siguiente manera: “Los delitos o faltas que consistan en **la producción de un resultado** sólo se entenderán **cometidos por omisión** cuando la **no evitación del mismo**, al **infringir un especial deber jurídico** del autor, **equivalga**, según el sentido del texto de la Ley **a su causación**. A tal efecto se equipará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar; b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente”.

La redacción del precepto ha sido fuertemente criticada, tanto por el sector doctrinal que reclamaba su incorporación al Código Penal como por aquél que mantenía la ausencia de tal necesidad. La principal crítica de la que ha sido objeto el precepto es la fundamentación dual de la comisión por omisión. Por un lado, incorpora el modelo que identifica la comisión por omisión con la omisión pura fundamentándola en la infracción de un especial deber jurídico; y por otro lado, su identificación con la comisión activa a través de la exigencia de una equivalencia con la causación de un resultado. Para superar las posibles incoherencias derivadas de esta doble fundamentación la doctrina ha realizado una interpretación integradora del precepto dirigida a conciliar ambos modelos y evitar una excesiva formalización y automatismo del tipo cuando se constate la existencia de un deber jurídico.

La comisión por omisión exige una serie de requisitos o presupuestos que deben cumplirse para que el resultado causado pueda imputarse a una omisión. Pero antes de entrar en estos presupuestos que exige la comisión por omisión es necesario poner de manifiesto otra serie de restricciones que impone el art. 11 CP a su ámbito de

---

<sup>525</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, 1986; BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Delitos impropios de omisión*, [Recurso electrónico], Dykinson, 2005.

aplicación. Esto permitirá comprobar si la naturaleza del delito de trata de seres humanos permite su imputación en comisión por omisión.

La primera frase del apartado primero del art. 11 CP se refiere a “los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado”. Por lo tanto, de esta redacción puede extraerse que la comisión por omisión solo podrá aplicarse a los delitos de resultado. No obstante, esto obliga a analizar previamente otra cuestión puesta de manifiesto por la doctrina consistente en la necesidad de concretar qué es lo que debe entenderse por delitos de resultado a efectos de comisión por omisión. Frecuentemente la doctrina penal se refiere al resultado del delito desde diversas perspectivas, según la modalidad de acción o según la relación con el bien jurídico. Existen en el ámbito penal diferentes acepciones o nociones de resultado del delito. En primer lugar, desde la perspectiva de la parte objetiva de la acción los delitos se clasifican como delitos de resultado o de mera actividad. Mientras que los delitos de resultado exigen la realización de un resultado material, espacio-temporalmente diferenciado de la conducta, en los delitos de mera actividad dicho resultado no se produce, siendo suficiente la realización de la conducta. En sentido estricto, la exigencia de resultado obliga a la realización de un resultado material. No obstante, desde una perspectiva relacionada con la antijuricidad penal se habla del resultado jurídico. Este resultado jurídico existe o debería existir en todos los delitos pues se entiende como la lesión o puesta en peligro del bien jurídico penalmente protegido. Una interpretación del resultado en sentido amplio, jurídico, permitiría incluir en el ámbito de la comisión por omisión los delitos de mera actividad pues también en ellos se generaría un resultado en sentido jurídico al lesionarse o ponerse en peligro el bien jurídico protegido con la realización de la conducta.

El sentir mayoritario, tanto de la doctrina como la jurisprudencia, es la necesidad de restringir el ámbito de aplicación de la comisión por omisión a los delitos que generan un resultado material<sup>526</sup>. Si no se entendiese de esta forma el resultado, la capacidad de restringir el ámbito de aplicación de la comisión por omisión sería mínima, pues jurídicamente puede entenderse que todos los delitos generan un resultado en sentido jurídico. Teniendo en cuenta la exigencia de que la equivalencia entre la no evitación del resultado mediante la omisión y su causación SILVA SÁNCHEZ mantiene que no es posible interpretar de forma amplia el resultado exigido, pues “la causación en sentido estricto sólo existe en los delitos de resultado material”<sup>527</sup>.

---

<sup>526</sup> En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *El nuevo Código penal: Cinco cuestiones fundamentales*, J.M. Bosch Editor, 1997, p. 74; BACIGALUPO ZAPATER, *Delitos impropios de omisión*, op.cit., p.74; ACALE SÁNCHEZ, María, *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, Ed. Comares, Granada, 2000, p. 250; RODRÍGUEZ MESA, M<sup>a</sup> José, *La atribución de responsabilidad en comisión por omisión*, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005, p. 71.

<sup>527</sup> SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal: Cinco cuestiones fundamentales*, op.cit., p. 74.

Así, el Tribunal Supremo, en su sentencia 1061/2009, 26 de octubre<sup>528</sup>, confirma la decisión judicial de descartar la comisión por omisión en el delito de trato degradante, configurado como delito de mera actividad, “que de otro caso sería procedente”. En este sentido, el delito de trato degradante se configura como un delito de lesión, al exigir la lesión de la integridad moral o dignidad humana. Pero esta lesión “no se traduce en un resultado material que permita definir una infracción penal como delito de resultado como lo son, por ejemplo, el homicidio y el hurto”. No puede, por tanto, confundirse los delitos de lesión con los delitos de resultado<sup>529</sup>.

Una vez delimitado el ámbito de aplicación de los delitos de comisión por omisión a los delitos de resultado material es necesario aclarar si el delito de trata de seres humanos es un delito de mera actividad o de resultado. Si la conclusión fuese que nos encontramos ante un delito de los calificados como de mera actividad no tendría sentido continuar, pues la aplicación de la comisión por omisión quedaría vedada para estos delitos.

Parte de la doctrina que analizó alguno de los tipos penales considerados como antecedentes del actual delito de trata de personas, mantuvieron la posibilidad de que el delito de tráfico ilegal de personas fuese imputable a una omisión. Con ocasión del análisis del delito de tráfico ilegal de personas con finalidad de explotación (antiguo art. 318 bis. 2 CP) RODRÍGUEZ MESA no vio impedimento en que la conducta se imputase a una omisión siempre y cuando se cumpliesen los requisitos exigidos por el art. 11 CP<sup>530</sup>. No obstante la autora partía en estos casos, en contra de la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia, de que el delito de tráfico ilegal de personas tal y como estaba tipificado era un delito de resultado y no de mera actividad<sup>531</sup>.

Sin embargo, si dicha conclusión en el delito de tráfico ilegal de personas con fines de explotación sexual era difícil de mantener, también lo es en el actual delito de trata de seres humanos. Tal y como está configurado el delito, mantener la necesidad de que se produzca un resultado separable de la acción es complicado. La naturaleza del delito de trata de seres humanos no es una cuestión pacífica en la doctrina. Todos los autores coinciden en que la consumación del delito no exige que se concrete la situación de explotación perseguida por el autor, pero poco son los que se pronuncian

---

<sup>528</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª), núm. 1061/2009, de 26 de octubre, F.J. 8º, (Ponente: Francisco Monterde Ferrer), [ROJ: STS 6816/2009].

<sup>529</sup> SAP de Barcelona (Sección 20ª), núm. 26/2009, de 14 de enero, F.J.4º (Ponente: Francisco Orti Ponte), [ROJ: SAP B 1/2009].

<sup>530</sup> RODRÍGUEZ MESA, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, op.cit., p. 70. Del mismo parecer, PÉREZ CEPEDA, *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, op.cit., p. 247.

<sup>531</sup> También califica como delito de resultado el tráfico ilegal de personas con fines de explotación sexual HERNÁNDEZ PLASENCIA, “El delito de tráfico de personas para su explotación sexual”, en op.cit., p. 249.

sobre el tipo de delito ante el que nos encontramos, a pesar de las importantes consecuencias que de ello se pueden derivar.

La doctrina coincide en que el delito se consuma una vez realizada la acción típica independientemente de que con posterioridad se produzca una situación concreta de explotación, sexual, laboral o extracción de órganos<sup>532</sup>. Nos encontramos ante un delito mutilado de dos actos<sup>533</sup> ya que el segundo acto consistente en la explotación se sitúa en la esfera del autor, no exigiendo el tipo penal que se alcance el objetivo final perseguido por el autor. En consecuencia se está diferenciando la consumación del delito, de su agotamiento o perfeccionamiento. Si la explotación es vista como resultado material, nos encontraremos ante un delito de mera actividad, pues el delito no exige para su consumación que tenga lugar la explotación, sino que la acción de captación, transporte o alojamiento es suficiente para ello<sup>534</sup>. Ni tan sólo es necesario que se produzca el traslado o el alojamiento, es suficiente con la captación, pues se trata de un tipo mixto alternativo. No obstante, la doctrina varía su postura sobre si el injusto típico se configura como un delito de mera actividad o de resultado.

Así, cierto sector doctrinal califica el delito como delito de peligro, ya sea abstracto<sup>535</sup> o concreto<sup>536</sup>, produciéndose con ello un adelantamiento de las barreras de protección del bien jurídico a un estadio previo a la efectiva lesión de la dignidad o la integridad moral u otros posibles bienes jurídicos. Por el contrario, otro sector doctrinal lo califica expresamente como delito de resultado. Aunque parece en realidad que se manifiestan a favor de su consideración como un delito de lesión, en cuanto la realización de la conducta lesiona el bien jurídico dignidad o integridad moral, así como la libertad. Para a continuación matizar que adquiere la condición de delito de peligro en relación a la libertad sexual, la salud o derechos laborales, en función de la explotación que se persiga<sup>537</sup>. Parece, por tanto, hacerse una referencia al resultado jurídico del delito como lesión del bien jurídico dignidad, sin que ello equivalga a calificarlo como de resultado en contraposición a los delitos de mera actividad que pueden ser de lesión o peligro. La misma conclusión puede extraerse en aquellos que conciben el delito como una modalidad específica de ataque contra la integridad moral manteniendo que con la conducta se produce una cosificación previa

---

<sup>532</sup>MARTOS NÚÑEZ, *EPC*, núm. XXXII, 2012, p. 104.

<sup>533</sup>QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español: Parte Especial*, op.cit., p.184.

<sup>534</sup>En este sentido, MUÑOZ CUESTA, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, julio, 2011, p.20.

<sup>535</sup>Lo califica como delito de peligro abstracto ALONSO ÁLAMO, *RP*, 19, 2007, p. 16.

<sup>536</sup>Calificaba como delito de peligro concreto el anterior delito de tráfico ilegal de personas con fines de explotación sexual del art. 188.2 CP, MAQUEDA ABREU, *Tráfico sexual de personas*, op.cit..

<sup>537</sup>Literalmente DAUNIS se refiere al delito como un “delito de resultado material, ya que basta con que se den alguna de las acciones descritas en el tipo- trasladar, transportar, captar-, para que se entienda consumado el tipo-, sin necesidad de que se produzca la explotación. El resultado se consuma desde el instante en que se capta o traslada a otra persona, doblegando su voluntad, lesionándose con ello su dignidad”. Vid. DAUNIS RODRÍGUEZ, “El tráfico y la trata de personas tras la reforma del Código penal”, en op.cit., p.130.

a la explotación que justifica su singularidad como tipo autónomo, en cuanto la conducta con esas finalidades implica involucrarle en una situación que lo anula como persona a la que se ve sometida en contra de su voluntad<sup>538</sup>, fundamentando con ello la autonomía del delito respecto a otros relacionados por la lesión a la dignidad que estas conductas implican, otorgando antijuridicidad material al delito.

En los delitos de mera actividad lo importante es que el tipo no exige la consecución material de un resultado que vaya más allá del simple comportamiento típico. La puesta en peligro o lesión del bien jurídico deriva de la realización de la propia acción, no produciéndose un resultado externo separable de la conducta, pero sí un resultado en sentido jurídico. El delito se consuma con la realización de una acción que es inseparable del resultado, dificultando la posibilidad de apreciar en él formas de imperfecta ejecución, pero no impidiéndolo completamente, sobre todo si la estructura de la acción es compleja. Se otorga prioridad a la acción y no al resultado. En el delito de trata de seres humanos se exige la realización de la acción consistente en captar, trasladar, transportar, receptor, acoger o alojar, que debe alcanzarse mediante una serie de medios comisivos y con una finalidad subjetiva, la relevancia se centra en las diferentes conductas previstas. La acción es sancionada con independencia de las consecuencias o resultado que éstas generen, es decir, que se produzca o no la efectiva explotación.

Sin embargo, a pesar de la neutralidad de los verbos típicos empleados pueden interpretarse de forma que se exija cierto resultado para evitar un exceso punitivo, lo que no impide su consideración como **delito de mera actividad**. En el delito de trata de personas este resultado podría identificarse con la efectiva captación<sup>539</sup> del sujeto pasivo, el inicio del transporte o traslado, así como de la recepción o acogimiento. La mera utilización de los medios comisivos con la finalidad exigida por la ley, dirigidos a la captación, transporte, traslado o acogimiento no debería entenderse como una consumación del tipo. Así, la captación implica atraer a alguien, ganarse la voluntad de la víctima, hacerse con ella, y dicha acción puede realizarse de múltiples y variadas formas: ofrecimiento de ofertas laborales en las que concurren engaño, secuestro u otras maquinaciones fraudulentas más elaboradas y largas en el tiempo, como la previa creación de una relación sentimental para facilitar la vulnerabilidad de la víctima. Por tanto, en algunas ocasiones la captación será instantánea, permitiendo alguno de los medios comisivos previstos la realización de la conducta de forma

---

<sup>538</sup> POMARES CINTAS, *RECPC*, núm. 13-15, 2011, p. 15.

<sup>539</sup> De forma similar en el delito de corrupción de menores ha sido calificado como de acción y mera actividad. Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 803/2010 de 30 septiembre, F.J. 3º, (Ponente: Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre), [ROJ: STS 5117/2010], “Como pone de relieve la doctrina, se trata de un delito de acción y de mera actividad, de carácter esencialmente doloso, del que puede ser autor cualquier persona, pero del que solamente puede ser sujeto pasivo un menor o incapaz (de existir varias víctimas, cada una dará lugar a un delito distinto, en régimen de concurso real), y la conducta típica ha de consistir esencialmente en comportamientos exhibicionistas o pornográficos.”.

automática, como en los casos de violencia o detención ilegal. Mientras que en otras ocasiones, será necesario un transcurso de tiempo entre las acciones dirigidas a la captación y la propia y efectiva captación. En los casos en los que medie engaño, por ejemplo, el autor puede hacer el ofrecimiento mediante engaño, no obstante a pesar de ello la víctima puede no haber sido captada cuando por circunstancias ajenas al autor no se produce el convencimiento de la víctima, siendo posible encontrarnos, en estos casos, ante fases de imperfecta ejecución. La captación no se perfecciona hasta que efectivamente se ha atraído a la víctima, por lo que será posible su apreciación en grado de tentativa. No obstante el delito del art. 177 bis CP no requiere que la persona captada sea efectivamente explotada, siendo suficiente con haberla colocado en una posición tal que facilita de forma clara la consecución de las intenciones del sujeto activo. El delito se consuma desde el momento en que se capta, traslada o aloja a alguien doblegando su voluntad, mediante esta interpretación restrictiva de los verbos típicos lo que se pretende es dotar de antijuricidad material al delito, pues las conductas que pueden incluirse en ellos pueden estar demasiado alejadas de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Puede comprobarse, por ejemplo, cuando la captación se realice mediante ciertos medios comisivos como el engaño, no siendo suficiente las meras proposiciones u ofertas, como el ofrecimiento de un puesto de trabajo, sino la aceptación de la persona de dicha oferta. Por tanto, deberá exigirse para la consumación que estos actos del autor hayan surtido efecto produciéndose con ello el reclutamiento de la víctima. Esta captación se podrá entender realizada cuando la víctima realice algún tipo de actividad que lo exteriorice, como podría ser un acuerdo, un contrato o incluso la realización de conductas dirigidas a desplazarse al lugar en el que debería desarrollarse la actividad.

No puede hablarse de captación si las conductas realizadas para ello no han provocado efecto en su destinatario, a pesar de hacer uso de los medios adecuados, pues la captación exige esa anulación de la voluntad de la víctima. En cualquier caso, una vez constatada la captación no será necesario que se produzca ninguna de las acciones de traslado o alojamiento previstas. No obstante, en los casos de traslado o acogimiento, si es realizada por una tercera persona, será necesario que ésta tenga conocimiento de las finalidades de explotación perseguidas y que haga nuevamente uso de los medios comisivos, no siendo necesario para considerar consumado el delito que el traslado finalice o se alcance el lugar de destino, siendo suficiente que éste haya comenzado para que quede configurado el tipo. Así, la organización del viaje, la determinación de la ruta a seguir, la consecución del medio de transporte o la preparación de documentos falsos pueden ser consideradas como actos preparatorios o tentativa del delito. Lo mismo debe predicarse de las demás conductas, como el alojamiento, recepción o acogimiento.

La conducta tal y como está tipificada se caracteriza por amplio ámbito de punibilidad. La trata entendida como un proceso de esclavización, extrae de la

conducta típica la efectiva fase de explotación, de reducción de la persona a esclavitud, que implica una lesión de la dignidad de la personas, para tipificar de forma autónoma las fases previas a ésta, consistentes en la captación, traslado y alojamiento en las que el bien jurídico-penal “dignidad” se ve afectado pero con distinta intensidad. Además, no se prevé de forma expresa y completa la transmisión del control de la víctima y la recepción u ofrecimiento de pagos como medio comisivo, aunque la intención del autor sea convertir a la persona en objeto de transacción económica, vendiéndola al futuro explotador o bien obteniendo beneficios a través de su posterior explotación forzada, por lo que las conductas típicas si bien afectan a la dignidad de la víctima se alejan de los momentos o situaciones que de forma flagrante se vulneran la dignidad.. Se pretende con ello, tipificar todas y cada una de las conductas que pueden favorecer que una persona sea finalmente esclavizada.

La conducta, como consecuencia de la exigencia de medios comisivos, puede suponer un atentado contra la libertad susceptible de constituir un delito de detención ilegal, amenazas, lesiones, ya sancionados penalmente en otros tipos penales, que parece adquirir autonomía propia por la finalidad interna con la que la realiza el sujeto.

Si se califica el delito de trata de seres humanos como un delito de mera actividad, es indiferente, en este momento, determinar si se lesiona o se pone en peligro, o ambas cosas, el bien o bienes jurídicos protegidos. Lo relevante a efectos de comisión por omisión es que como delito de mera actividad no entra en el ámbito de aplicación del art. 11 CP.

Además, existe otro importante impedimento en el delito de trata, principalmente en la de adultos, para aplicar la comisión por omisión. Esta dificultad radica en la configuración del delito como un delito de medios determinados, lo que impide dogmáticamente aplicar la comisión por omisión aunque se tratase de un delito de resultado.

La doctrina mayoritaria mantiene la imposibilidad de aplicar la comisión por omisión a los delitos de medios determinados aunque estos sean de resultado<sup>540</sup>. No

---

<sup>540</sup> MORALES Prats, Fermín, “Título Primero. De la infracción penal; Capítulo Primero De los delitos y las faltas”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.) y MORALES PRATS, Fermín (coord.), *Comentarios al nuevo Código penal*, 4ª Edición, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005, p. 97; SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal: Cinco cuestiones fundamentales*, op.cit. , p. 75; ACALE SÁNCHEZ, *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, OP.CIT., p. 250.; GUARDIOLA LAGO, *El tráfico de personas en el derecho penal español*, op.cit. , p. 303;

En sentido similar respecto a la interpretación del art. 11 CP excluyendo del ámbito de aplicación del art. 11 CP a los delitos de mera actividad y de medios determinados pero manteniendo que son susceptibles de comisión omisiva acudiendo para ello al propio tipo penal; Vid. DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, “Comisión por omisión y principio de legalidad. El art. 11 CP como cláusula interpretativa



obstante, en cualquier caso su posible calificación como delito de mera actividad y de medios comisivos no impediría que el omitente pueda ser partícipe del delito, como cooperador necesario o cómplice. Ni tampoco se impediría la aplicación del art.450 CP que sanciona con pena de prisión de seis meses a dos años a los que pudiendo, con su intervención inmediata y sin riesgo propio o ajeno, no impidan la comisión de un delito que afecte a las personas, en su vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual. Así, en la ya mencionada sentencia 1061/2009 se descarta la autoría en comisión por omisión, sin embargo se califica su actuación como complicidad.

#### **4. El consentimiento en el delito de trata de seres humanos**

De conformidad con los mandatos internacionales nuestro Legislador expresamente nos recuerda, en el apartado tercero del precepto, que el consentimiento de la víctima a la explotación será irrelevante cuando se recurra a alguno de los medios comisivos determinados en el delito de trata de seres humanos. Por tanto, el posible consentimiento otorgado por la víctima será irrelevante cuando se recurra para su obtención a la utilización de violencia, intimidación, engaño o a un abuso de la situación de superioridad, vulnerabilidad o necesidad de la víctima. Como también lo será, en cualquier circunstancia, el consentimiento otorgado por los menores de edad tal y como se deduce del apartado segundo del precepto que introduce un tipo alternativo de trata de seres humanos cuando la víctima es un menor de edad.

Los apartados segundo y tercero del art. 177 bis CP introducen sin alteraciones las previsiones que respecto al consentimiento recoge el Protocolo contra la trata, la Decisión Marco 2002/629 /JAI, el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos y la Directiva 2001/36/UE.

Los medios comisivos poseen un papel clave en el delito de trata en cuanto deben dirigirse a la conducta, lo que exige que la captación, traslado o alojamiento se realicen con la concurrencia de alguno de ellos. Pero además, es precisamente la concurrencia de los mismos lo que determina que el posible consentimiento otorgado por la víctima tanto a la realización de la conducta como a la posible explotación sea considerado ineficaz por estar viciado<sup>541</sup>, al ser idóneos para neutralizar la voluntad de la víctima<sup>542</sup>.

---

auténtica”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2º época, núm. Extraordinario 2, 2004, p.309-310.

<sup>541</sup> Vid. SERRANO GÓMEZ, Alfonso y SERRANO MAÍLLO, Alfonso, “Torturas y otros delitos contra la integridad moral y la trata de seres humanos” en AAVV, *Curso de Derecho penal. Parte especial*, Ed. Dykinson, Madrid, 2012, p.127.

<sup>542</sup> , TERRADILLOS BASOCO, “Capítulo 24. Trata de seres humanos” en op.cit., p.210.

## 4.1. El consentimiento en Derecho penal

La previsión del Legislador sobre la irrelevancia del consentimiento otorgado por las víctimas del delito, nos obliga a tener presente la teoría jurídico-penal del consentimiento. Sin entrar a analizar el largo y controvertido debate doctrinal sobre la naturaleza dogmática del consentimiento en el Derecho penal y el tratamiento penal que se le otorga según la teoría de la que se parta, es necesario hacer algunas menciones generales que permitirán interpretar el alcance del apartado segundo y tercero del art. 177 bis CP.

Para comenzar, nuestro Código Penal no contempla de forma general y expresa la cuestión del consentimiento. No obstante, sí es posible encontrar dispersas en la Parte Especial del Código Penal menciones al consentimiento respecto a algunos delitos concretos. En ciertas ocasiones el Legislador penal opta por omitir cualquier tipo de referencia al consentimiento, otras por referirse expresamente a su eficacia o ineficacia<sup>543</sup> y, finalmente, en otras introduce en el propio tipo, elementos ligados a la voluntad haciendo expresa o implícitamente referencia al consentimiento del titular<sup>544</sup>. Así, en ocasiones aparece explícitamente en el tipo penal alguna referencia al consentimiento o voluntad del sujeto, mediante fórmulas negativas como “*sin el consentimiento*” o “*sin voluntad*”, entre otras; pero también en ciertas ocasiones se exige la oposición de la víctima para la realización del injusto típico, aunque éste elemento deba inferirse del verbo típico<sup>545</sup>, de cualquier otro elemento del tipo<sup>546</sup> o del conjunto de la descripción típica<sup>547</sup>.

---

<sup>543</sup> Así ocurre en el delito de lesiones. Mientras que el art. 155 CP niega la plena eficacia del consentimiento para eximir de responsabilidad penal al autor, que permitirá únicamente para disminuir la pena, al prever que “el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados”. Negándose, en cualquier caso, la validez del consentimiento otorgado por un menor de edad o un incapaz. Mientras que el art. 156 CP acepta la validez del consentimiento y su eficacia para eximir la responsabilidad en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o incapaz; en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales”.

<sup>544</sup> Entre otros, el delito de allanamiento de morada, tipificado en el art. 202 CP, exige la entrada en morada ajena o el mantenimiento en la misma contra la voluntad de su morador. Por tanto, el consentimiento del morador permitiendo la entrada o permanencia del sujeto en su morada convertirá la conducta en atípica. En otras ocasiones, la referencia a la voluntad o consentimiento del titular del bien jurídico puede inferirse de la propia configuración del tipo penal sin necesidad que se haga referencia a ella de forma expresa, como ocurre en el delito de detención ilegal.

<sup>545</sup> Por ejemplo, en el delito de robo el apoderamiento implica la oposición de la víctima al mismo.

<sup>546</sup> La exigencia de ciertos medios comisivos, como la violencia o la intimidación muestran de forma indirecta la necesidad de que no concurra la voluntad de la víctima para la realización de la conducta.

<sup>547</sup> SEGURA GARCÍA, María José, *El consentimiento del titular del bien jurídico en derecho penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

De forma general, puede decirse que el consentimiento concurre cuando el sujeto pasivo, en determinadas condiciones, acepta que el autor realice la conducta que constituiría delito sin dicho consentimiento<sup>548</sup>.

La ausencia de una regulación general en el Código Penal español del consentimiento, omisión que también está presente en otros códigos penales de nuestro entorno, no ha sido óbice para que la doctrina penal haya estudiado la naturaleza jurídica del consentimiento como causa de justificación o atipicidad, así como su relevancia genérica en el Derecho penal y en determinados tipos penales, sus requisitos y limitaciones. En cualquier caso, es aceptada mayoritariamente la posibilidad de que el consentimiento de la víctima, en determinadas circunstancias, excluya la responsabilidad penal por el hecho, al considerar el consentimiento como una manifestación del libre desarrollo de la personalidad<sup>549</sup>. Ante la ausencia de disposiciones generales sobre el consentimiento, será esencial acudir a cada uno de los delitos previstos en la Parte especial, para determinar con exactitud el papel que puede jugar el consentimiento en un tipo concreto.

El consentimiento en el Derecho penal tiene una amplia tradición, como lo demuestra la cita de Ulpiano “*nulla iniuria est, quae in volem fiat*”, es decir, “lo que se realiza con la voluntad del lesionado, no constituye injusto”, que posteriormente se transforma en la máxima “*volenti non fit iniuria*”<sup>550</sup> entendida como “frente al que consiente, no tiene lugar injusto”, interpretándose actualmente de forma amplia la “*iniura*” incluyendo no sólo la injuria en sentido estricto sino también cualquier lesión a los derechos de personalidad<sup>551</sup>. El consentimiento ha estado presente en el Derecho penal desde antiguo, sin perjuicio de que en ciertos momentos históricos se le haya otorgado una relevancia limitada, por ejemplo, circunscribiéndolo únicamente a los derechos patrimoniales o incluso negándose su eficacia<sup>552</sup>.

Actualmente, la doctrina y jurisprudencia alemana mayoritaria acostumbra a diferenciar entre dos clases de consentimientos<sup>553</sup>, para posteriormente matizar la

---

<sup>548</sup> MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, op.cit., p. 497.

<sup>549</sup> MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, op.cit., p. 501; ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, (Traducción por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesa), ed. Civitas, Madrid, 2006, p. 518.

<sup>550</sup> Digesto. (libro) 47, 10 (título), 1 (fragmento) ,5 (párrafo).

<sup>551</sup> Vid. ROXIN, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, op.cit., p. 511.

<sup>552</sup> Así, la Escuela histórica del derecho rechazaba la influencia del consentimiento sobre la punibilidad porque el derecho penal, como forma de manifestación histórica del orden estatal, no puede estar sujeto a la disposición del individuo. Confróntese con ROXIN, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, op.cit., p. 511.

<sup>553</sup> Tal y como manifiesta la doctrina que ha analizado el consentimiento en derecho penal la distinción entre acuerdo y consentimiento estricto procede de GEERDS. En este sentido se pronuncian, entre otros, ROXIN, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, op.cit., pp.512 y ss. ; POLAINO NAVARRETE, Miguel y POLAINO - ORTS, Miguel, “Libertad como

naturaleza jurídica de cada uno de ellos y la posición que ocupan en la teoría del delito, otorgándoles un tratamiento dogmático diverso.

Por un lado, el “acuerdo” se refiere a la conformidad del sujeto en aquellos delitos en los que el propio tipo penal hace referencia expresa o implícita a la necesidad de que la conducta se realice contra o sin la voluntad de la víctima, se exige la ausencia de conformidad del sujeto para la realización de la conducta típica. Por tanto, para que la conducta realizada pueda subsumirse en el tipo penal es necesario que se actúe en contra o sin la voluntad del sujeto pasivo. En estos casos la presencia de consentimiento (acuerdo) excluirá la tipicidad del hecho, al faltar uno de los elementos específicos que integran el tipo, la oposición del titular del bien jurídico; se impide que se lesione o ponga en peligro el bien jurídico-penal protegido como consecuencia de la propia configuración del injusto.

Es posible que la conducta realizada sí suponga una lesión o puesta en peligro del bien jurídico, pero de acuerdo con el carácter fragmentario del Derecho penal, no todas las conductas que impliquen un ataque al bien jurídico deben ser sancionadas penalmente. En este tipo de delitos en los que puede concurrir el acuerdo se ha tipificado como delito aquéllas modalidades de ataque más peligrosas, identificándolas con aquéllas que implican la realización de la conducta mediante un ataque a la voluntad del sujeto. Así, se ha considerado en el momento de la tipificación que si el ataque al bien jurídico tiene lugar con el consentimiento de su titular ésta es una conducta que carece de la gravedad necesaria y de necesidad de pena exigida para poder ser sancionada penalmente. La conducta será irrelevante a efectos penales, aunque pueda ser antijurídica para otras ramas del ordenamiento.

No obstante, la necesidad de que concurra la oposición del titular puede venir exigida literalmente por la propia descripción típica de la conducta<sup>554</sup> o bien tácitamente, infiriéndose como inherente a la conducta delictiva debido a la libertad de disposición sobre el bien jurídico<sup>555</sup>. Principalmente, nos encontramos ante delitos cuyo bien jurídico protegido es la propia libertad o bien ante delitos que protegen

---

autodeterminación personal en el derecho penal”, en AA.VV., *Libro homenaje al Prof. Luis Rodríguez Ramos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p.177; en el mismo, MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “Consentimiento y consentimiento presunto ¿dos formas de un mismo todo?” en AA.VV., *Libro homenaje al Prof. Luis Rodríguez Ramos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013,p.145; MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, op.cit., p. 497, nota a pie de página 1.

<sup>554</sup> Ejemplos claros que se encuentran en el Código penal además del clásico delito de allanamiento de morada que sanciona al particular que sin habitar en ella, entrare en morada ajena o se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador (art. CP), son, entre otros, el delito de hurto que sanciona al que “«con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño» (art. 234), el delito de abusos sexuales, que castiga al «que sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona» (art. 181.1), el delito de práctica de reproducción asistida a una mujer: «sin su consentimiento» (art. 162.1).

<sup>555</sup> Así, en los delitos contra la libertad, como el delito de coacciones, detenciones ilegales, libertad sexual,...

bienes jurídicos personales en los que la libertad de disposición de los mismos es evidente.

Por otro lado, en los casos de “consentimiento estricto” es donde se centran las discrepancias doctrinales sobre la naturaleza, fundamento y eficacia del consentimiento. El consentimiento estricto estará presente cuando el titular de un bien jurídico penal disponible otorga su conformidad para que un tercero realice la acción típica, pero a pesar de su concurrencia no se excluye la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido<sup>556</sup>. La conducta realizada, a pesar de la concurrencia del consentimiento del titular del bien jurídico, no excluye su tipicidad penal; no obstante, sí podrá excluir su antijuricidad penal.

Partiendo de esta distinción del consentimiento, según se trate de casos de acuerdo o de consentimiento en sentido estricto, son distintas las soluciones aportadas por la doctrina para identificar la naturaleza dogmática de la institución del consentimiento y su eficacia. Principalmente son dos las teorías contrapuestas, por un lado, la teoría diferenciadora y, por otro, la teoría unitaria del consentimiento.

La posición tradicional y mayoritaria en Alemania mantiene la teoría diferenciadora. Los defensores de esta teoría se caracterizan por distinguir la naturaleza de la conformidad del afectado según nos encontremos ante un caso de “acuerdo” o de “consentimiento en sentido estricto”, otorgando a cada uno consecuencias diferentes en la estructura de la teoría del delito.

Si bien existe unanimidad doctrinal a la hora de determinar que en los casos denominados de “acuerdo” el consentimiento excluirá la tipicidad de la conducta pues el tipo penal exige expresa o implícitamente que ésta se realice en contra de la voluntad del sujeto. Consecuentemente si la conducta se realiza con la voluntad del sujeto pasivo no concurrirán los elementos que fundamentan la tipicidad. Sin embargo es en los supuestos de “consentimiento en sentido estricto”, donde las diferencias entre los defensores de la teoría de la diferenciación y la teoría unitaria son manifiestas. Para la teoría de la diferenciación, la conformidad del sujeto pasivo respecto al bien jurídico del que es titular y del que puede disponer, en determinadas circunstancias, excluirá la responsabilidad penal del autor pero no su tipicidad. En este segundo grupo de casos la doctrina mayoritaria mantiene que el consentimiento actúa como causa de justificación, no desapareciendo la tipicidad de la conducta sino su antijuricidad penal. El motivo por el cual la conducta estaría justificada es la respuesta que se intenta dar a través de diferentes posturas doctrinales como la teoría del

---

556 No obstante, ROXIN identifica más diferencias entre ambos consentimientos. Vid. ROXIN, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, op.cit., pp. 513 a 516.

negocio jurídico, la teoría de la ausencia de interés y la teoría de la ponderación de valores.

En primer lugar, la teoría del negocio jurídico, desarrollada por ZITELMANN, ha sido descartada por la doctrina penal pues mantenía una clara relación entre el Derecho penal y el derecho civil, al considerar que son las normas civiles las que regulan el consentimiento. El consentimiento se caracterizaba por ser un acto jurídico negocial a través del que se concede una autorización para realizar la acción. Mientras que el consentimiento como causa de justificación se deriva del ejercicio legítimo de un derecho. En segundo lugar, la teoría de ausencia de interés desarrollada por MEZGER, parte de la idea del consentimiento como abandono de los intereses por parte del legítimo titular, que posee facultad de disposición sobre el mismo. La fundamentación como causa de justificación se fundamenta en el principio de interés preponderante en las que podrían fundamentarse todas las causas de justificación. Finalmente, la teoría de la ponderación de valores de NOLL se caracteriza por existir un conflicto entre el principio de autonomía de la voluntad con el valor del bien jurídico protegido. En estos casos debe realizarse una ponderación de intereses entre la libertad del individuo para disponer y el desvalor de la acción y el resultado representado por el hecho típico. Cuando el valor preponderante sea la libertad, se justifica la actuación excluyendo totalmente el injusto o bien aminorándolo cuando se trata de bienes jurídicos no totalmente disponibles<sup>557</sup>.

La principal dificultad ante la que se encuentra esta postura doctrinal en España es que nuestro Código Penal no recoge como causa de justificación el consentimiento y su eficacia a través de la eximente del ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo no parece lo más adecuado<sup>558</sup>. El consentimiento penal no implica necesariamente la existencia de un derecho subjetivo por parte del autor, ni tampoco requiere licitud. No obstante, al margen de esta dificultad derivada del propio texto legal, han sido muy variadas las críticas a esta teoría de la diferenciación acusadas de realizar un tratamiento dogmático incorrecto de algunos aspectos derivados de la diferenciación teórica entre acuerdo y consentimiento *stricto sensu*<sup>559</sup>.

---

<sup>557</sup> Al respecto puede verse, SEGURA GARCÍA, María José, *El consentimiento del titular del bien jurídico en derecho penal*, op.cit., pp. 54 y ss.

<sup>558</sup> Esta ausencia de previsión del consentimiento como causa de justificación intenta ser solventada por diversos autores. Así, MIR acude al libre desarrollo de la personalidad para conceder eficacia justificante al consentimiento cuando la conducta típica aparezca como una forma de libre desarrollo de la personalidad del que consiente, imputando el hecho al que consiente y negando la imputación objetiva del hecho al que actúa con su consentimiento. Vid. MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, op.cit., p. 501.

<sup>559</sup> Vid. POLAINO-ORTS, Miguel “¿Volenti non fit iniuria? Sobre la discutible distinción entre acuerdo y consentimiento en Derecho penal” en HURTADO POZO, José (dir.) y MEINI MÉNDEZ, Iván (coord.), *Aspectos fundamentales de la Parte General del Código penal Peruano: Anuario de Derecho Penal 2003*, Ed. Fondo editorial PUCP- Universidad de Friburgo, Lima, 2003, pp. 215-252.

De forma más reciente y con la intención de poner de manifiesto las deficiencias de la teoría diferenciadora en cuanto a ciertos aspectos derivados de la diferenciación teórica entre acuerdo y consentimiento, surge la teoría unitaria. Esta teoría niega la relevancia de la diferencia entre acuerdo y consentimiento en sentido estricto y mantiene que en aquellos supuestos en los que existe el consentimiento del titular del bien jurídico debe excluirse siempre la tipicidad de la conducta. El acuerdo y el consentimiento en sentido estricto deben ser objeto de un mismo tratamiento penal y ambos actúan como causa excluyente de la atipicidad. Uno de los máximos exponentes de esta teoría es ROXIN que busca el fundamento legal del consentimiento en la libertad de acción garantizada en el art.2 de la Ley Fundamental de Bonn<sup>560</sup>.

En parte, como consecuencia del auge de la teoría unitaria parece existir cierta unanimidad doctrinal en los requisitos que deben estar presentes para que el consentimiento manifestado por el titular del bien jurídico adquiera relevancia penal y despliegue sus efectos, bien como causa de atipicidad o como causa de justificación .

Para comenzar, es un presupuesto básico para que el consentimiento despliegue efectos en el ámbito penal que el sujeto que consiente sea el titular del bien jurídico protegido y que el mismo sea a su vez, disponible. Como principio general se mantiene que los bienes jurídicos individuales son disponibles, mientras que esta disponibilidad no se predica de los supraindividuales en los que el consentimiento carecerá de eficacia. No obstante, en el ordenamiento jurídico, y también en el penal, algunos bienes jurídicos individuales no son totalmente disponibles para su titular. Esto ocurre en el caso del bien jurídico vida o integridad física que a pesar de su carácter individual, se considera indisponible por su titular, al considerarse que existe un interés general en la protección de estos bienes jurídicos. En estos casos el consentimiento otorgado puede aminorar la responsabilidad penal, pero no convertirá en atípica ni en justificada la lesión del bien jurídico consentida por el titular. Las características del bien jurídico protegido son esenciales para determinar si el consentimiento puede tener eficacia o no en el tipo concreto. Por tanto, el consentimiento sólo desplegará sus efectos en el ámbito de los delitos contra las personas.

Puesto que el único legitimado para consentir la conducta es el titular del bien jurídico protegido, en los delitos contra bienes jurídicos colectivos o supraindividuales no existe una única persona que pueda ser identificada como titular sino que dicha titularidad recaerá sobre la colectividad, el Estado, la Administración, etc. no siendo posible que el consentimiento de una persona, aunque sea ella el objeto sobre el que

---

<sup>560</sup> En un sentido similar, MIR hace referencia a la eficacia del consentimiento en sentido estricto como manifestación del libre desarrollo de la personalidad garantizado en el art. 10.1 CE. Vid. MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, op.cit., p. 501.

recaiga la acción típica, despliegue efectos. La misma imposibilidad de otorgar consentimiento válido se produce en los delitos pluriofensivos en los que se protegen tanto bienes jurídico individuales como colectivos. En estos casos el consentimiento del titular del bien jurídico individual será también irrelevante, pues el tipo penal no sólo ataca al bien jurídico individual del que es titular, sino que el desvalor del injusto viene determinado por la existencia de una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico supraindividual del que no es titular y no puede disponer. A este respecto ROXIN diferencia entre aquellos delitos pluriofensivos en los que los bienes jurídicos colectivos y particulares son protegidos de forma cumulativa y aquéllos que lo son de forma alternativa. En los primeros considera ROXIN que únicamente la lesión simultánea de ambos cumple con las exigencias del tipo deberá excluirse la tipicidad ante el consentimiento otorgado por el titular del bien jurídico individual. Mientras que en los segundos, ambos bienes son protegidos de forma alternativa por lo que la lesión de uno de los dos ya realizará el tipo, siendo irrelevante el consentimiento<sup>561</sup>

Una vez determinado el posible ámbito de aplicación del consentimiento de acuerdo con el bien jurídico penal protegido, los requisitos que deben concurrir para que el consentimiento sea válido son varios.

El primero de ellos se refiere a la capacidad del sujeto. La persona que manifiesta el consentimiento debe ostentar la capacidad suficiente para entender las implicaciones y consecuencias del mismo, es decir, debe poseer una capacidad natural de discernimiento. Con ocasión de analizar el consentimiento de los menores en el delito de trata de personas se profundizará más en la capacidad de discernimiento, que no coincide necesariamente con la capacidad civil.

En segundo lugar, el consentimiento debe ser otorgado libremente. El consentimiento para ser eficaz debe ser una clara manifestación de la voluntad del titular, es decir, será libre cuando no existan vicios que afecten a la voluntad. Al igual que ocurría en el caso de la capacidad, no es extrapolable al Derecho penal la teoría jurídico- civil de los vicios de la voluntad<sup>562</sup>. Así, son vicios de la voluntad que impiden la presencia de un consentimiento libre para la dogmática penal la coacción, el engaño y el error, si bien se discute si todos deben tener el mismo tratamiento penal. En cualquier caso, los vicios de la voluntad para invalidar el consentimiento deberán incidir o condicionar de forma seria la voluntad del sujeto pasivo que presta el consentimiento, para que pueda decirse que la conformidad no ha sido otorgada con libertad.

---

<sup>561</sup> ROXIN, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, op.cit., p. 527.

<sup>562</sup> MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, op.cit., p. 508.



En términos generales, puede decirse que la coacción, entendida como intimidación, amenaza o violencia hace ineficaz el consentimiento<sup>563</sup>, pues implica anular mediante esta violencia física o psíquica la voluntad de la víctima y la imposición de la voluntad de un tercero. No puede mantenerse que exista consentimiento cuando se haga uso de la coacción.

Se discute doctrinalmente cuándo el engaño excluye la voluntad del que presta el consentimiento. Parece seguirse la postura de ARTZ, que restringe la capacidad del engaño para convertir en ineficaz el consentimiento<sup>564</sup>. Así, se considera que el engaño sólo excluirá el consentimiento cuando genera un error referido al bien jurídico, por lo que el que consiente no es en realidad consciente del modo, alcance o peligrosidad de la injerencia consentida en el bien jurídico. Por el contrario si el engaño se refiere a la contraprestación u otras cuestiones circunstanciales, el consentimiento no se verá afectado.

Todavía menor es la virtualidad del error para negar la eficacia del consentimiento. Así, de forma general se mantiene que si el error no ha sido provocado por el autor los efectos del error deben recaer en el titular, que deberá asumir su responsabilidad, reconociéndose la eficacia al consentimiento otorgado por ese motivo; mientras que ocurriría lo contrario cuando el error sea provocado por el autor. El error puede recaer sobre diversas circunstancias, como la declaración, los motivos, la cualidad o cantidad de la injerencia, pero si no es suscitado por el engaño del autor no afecta a la naturaleza del consentimiento. Ni el error sobre los motivos, es decir, cuando afecta a la razón o motivo por el que se consiente, ni el error sobre la identidad de la persona a la que se consiente intervenir, cuando no tiene trascendencia suficiente, ni el error en la declaración impedirá la eficacia del consentimiento.

En ocasiones la ley de forma expresa pone de manifiesto estas diferencias de los vicios de la voluntad estableciendo una penología diferente según el caso. Así, en las agresiones sexuales, únicamente la violencia y la intimidación permitirán la existencia del delito, medios que anulan totalmente la voluntad de la víctima y niegan la validez del consentimiento. Mientras que si el consentimiento de la víctima se ha obtenido con engaño, se excluye el delito, no siendo posible apreciar un delito de agresión sexual, sino en todo caso, un delito de abusos sexuales si las conductas que atentan contra la libertad sexual se realizan sin consentimiento y sobre persona menor de 16 años. En determinados delitos el Legislador opta por contemplar expresamente las formas de doblegar la voluntad, contemplando diferentes consecuencias jurídicas según nos encontremos ante uno u otra.

---

<sup>563</sup> MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, op.cit., p. 123; ROXIN, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, op.cit., pp. 544 y ss.

<sup>564</sup> ROXIN, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, op.cit., p. 545.

En último lugar, de acuerdo con la Teoría conciliadora o intermedia, el consentimiento debe ser exteriorizado por el sujeto de cualquier forma, es suficiente con un acto concluyente. No se exige una manifestación expresa y externa del consentimiento, salvo que la propia ley penal establezca este requisito, para que éste despliegue sus efectos (teoría de la declaración de la voluntad), así como tampoco será suficiente con la conformidad interna del afectado (teoría de la dirección de la voluntad). En cualquier caso, el consentimiento debe ser otorgado antes de la comisión del hecho y mantenerse durante la ejecución, siendo posible su revocación en cualquier momento antes de la consumación del delito. Si el consentimiento se produce con posterioridad a la consumación, nos encontramos en realidad ante un caso de perdón del ofendido.

Para concluir, sólo queda poner de manifiesto que el consentimiento para desplegar efectos en el ámbito penal excluyendo la tipicidad de la conducta o bien su antijuricidad penal, debe ser válido y libremente otorgado. Si dichas exigencias mínimas no se cumplen carece de relevancia penal. Además, es fundamental tener en cuenta que a pesar de la doctrina de construir una teoría jurídico-penal del consentimiento aplicable de forma general a cualquier supuesto, lo cierto es que la ausencia de una regulación legal y las diferentes disposiciones expresas que en el texto penal se encuentran sobre el consentimiento, obligan a adaptar estos criterios generales a cada tipo penal.

## **4.2. El consentimiento en el delito de trata de seres humanos**

### ***4.2.1. Mayores de edad***

El art. 177 bis CP en su apartado tercero establece que “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”. Para evitar posibles dudas el Legislador prevé esta disposición sobre el consentimiento, evitando con ello que el sujeto activo pueda ampararse en un presunto consentimiento otorgado por la víctima.

En el delito de trata de seres humanos se proclama expresamente la irrelevancia del consentimiento. No obstante, más que un supuesto de irrelevancia del consentimiento nos encontramos ante un supuesto de ineficacia del mismo, al no ser posible entender que bajo estas circunstancias el consentimiento se haya otorgado libre y voluntariamente<sup>565</sup>. Aunque no se hubiese recogido expresamente en la ley esta disposición sobre el consentimiento, la concreta configuración del injusto típico haría

---

<sup>565</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el derecho internacional*, op.cit., p. 431; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español: Parte Especial*, op.cit., p. 186; POMARES CINTAS, *RECPC*, núm. 13-15, 2011, p.11.

que éste no pudiese desplegar su eficacia en estos casos. Esta conclusión derivaría de que el propio tipo penal exige la concurrencia de una serie de elementos íntimamente relacionados con la voluntad del sujeto cuya concurrencia convierte el posible consentimiento otorgado por la víctima en un consentimiento, en el menor de los casos, viciado<sup>566</sup>. La concreta configuración típica del delito de trata exige la concurrencia de una serie de medios determinados que se han incluido como elementos del tipo, siendo necesaria su presencia para que el hecho pueda ser calificado como típico penalmente. La ausencia de los mismos dará lugar a la atipicidad de la conducta, salvo que se trate de víctimas menores de edad, por lo que de forma indirecta el tipo penal exige la oposición del titular del bien jurídico a la realización de la conducta.

A *sensu contrario* debe mantenerse la relevancia penal del consentimiento cuando no concurren los medios comisivos previstos en el tipo básico. Mediante una formulación negativa se reafirma la eficacia de la voluntad de la persona y el posible consentimiento otorgado para trasladarse y ser posteriormente explotado. El consentimiento válida y libremente otorgado por el sujeto pasivo impedirá la puesta en peligro del bien jurídico penalmente protegido y, con ello, su tipicidad. De esta forma se intenta zanjar las posibles interpretaciones que abogan por la total ineficacia del consentimiento en el delito de trata<sup>567</sup>, así como con la tendencia a identificar la dignidad humana como un interés indisponible que como consecuencia de su carácter esencial debería protegerse contra la voluntad de su titular, concluyendo por ello, en algunos casos, que la dignidad es un valor inadecuado para constituirse como bien jurídico penal al implicar una función moralizante del ordenamiento penal no admisible<sup>568</sup>. Si bien debe partirse del carácter esencial de la dignidad, no por ello debe negarse toda eficacia al consentimiento del sujeto pasivo. Así, en otros delitos en los que se tutelan bienes jurídicos esenciales tradicionalmente vinculados con la dignidad, como la vida o la salud, el consentimiento o conformidad de la víctima puede desplegar cierta eficacia.

---

<sup>566</sup> Vid. SERRANO GÓMEZ, Alfonso y SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *Derecho penal. Parte especial*, 16ª Edición, Ed. Dykinson, Madrid, 2011, p. 212.

<sup>567</sup> La reciente reforma operada en Argentina es la máxima expresión de esta indisponibilidad del bien jurídico. Así, con esta reciente reforma se elimina toda eficacia al consentimiento otorgada a la víctima, tipificándose la trata de personas como “el ofrecimiento, la captación, el traslado, la recepción o acogida de personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países” sin hacer referencia alguna a los medios comisivos. El precepto finaliza con una mención al consentimiento, negando que éste puede en algún caso eximir de responsabilidad a los autores del delito. Vid. Ley 26.842 de trata de personas y asistencia a sus víctimas. Prevención y sanción. Código Penal y Código Procesal Penal. Modificación, sancionada el 19 de diciembre de 2012, promulgada el 26 de diciembre y publicada en 27 de diciembre de 2012.

<sup>568</sup> Vid. FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, “Trabajo sexual, crimen organizado y trata de personas”, en AA.VV., *Un derecho penal comprometido: libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, p. 410.

Es posible atentar contra la dignidad humana de muy diversas formas, pero ello no implica que todas ellas deban alcanzar relevancia penal. Así, todo ser humano posee dignidad por el mero hecho de serlo y ésta debe ser respetada por las demás personas y por el Estado. En la propia conceptualización de la dignidad realizada tanto por los Tribunales como por la doctrina la dignidad se relaciona con el trato que merece una persona por parte de sus congéneres, identificando los auténticos ataques contra la dignidad con aquellas conductas que implican reducir a otra persona a la condición de objeto. Sólo una persona puede degradar o reducir a mercancía a otra persona. Una persona puede no ser consciente de la dignidad que posee o incluso realizar actos que objetivamente puedan considerarse como indignos, puede comportarse servilmente e incluso ofrecer a cambio de una contraprestación su cuerpo o alguna parte del mismo como si de una mercancía se tratase, pero no necesariamente estos actos deben ser sancionados penalmente<sup>569</sup>. Dichos atentados a su propia dignidad no implican un daño a terceros, son una manifestación de su libertad, además, en cuanto la dignidad sea respetada por los demás estas conductas en cierta manera no pasan de ser actos susceptibles de vulnerar la dignidad. Así, si una persona ofrece a cambio de un precio un órgano y esta oferta no es aceptada por nadie la persona no ha sido tratada como una mercancía, habiéndose prestado el debido respeto que como persona merece. El Estado debe proteger a la persona de los ataques contra su dignidad cometidos por terceros o por los poderes públicos, pues son éstos los únicos capaces de negar con su conducta la condición de persona, al no respetar los derechos que a la persona se le reconocen.

La dignidad debe ser protegida pero no contra la voluntad del sujeto, lo que nos llevaría a un paternalismo jurídico no admisible en un Estado social, democrático de derecho, difícilmente compatible con la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad. El TC alemán declara irrenunciable el derecho fundamental a la dignidad del hombre manifestando que cuando una persona adulta libremente y por propia voluntad contraviene la dignidad del hombre, aun cuando ella misma no considera lesionada su dignidad, imponiéndose la protección del derecho por el Estado<sup>570</sup>. Sin embargo, el TC ha entendido en su Sentencia 192/2003, de 27 de octubre, que la dignidad, en este caso del trabajador, consiste en el *“el derecho de todas las personas a un trato que no contradiga su condición de ser racional igual y libre, capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno, esto es la capacidad de autodeterminación consciente y responsable de la propia vida. Por consiguiente esta capacidad de autodeterminación consciente y responsable de la propia vida no puede verse vulnerada por su propio titular, que podrá organizar su vida de acuerdo con su voluntad, desplegando efecto la dignidad frente a los demás que deberán respetarla. Para evitar un paternalismo jurídico contrario a la autonomía y*

---

<sup>569</sup> Así ocurre también en los casos de autolesiones o en el suicidio o intento de suicidio que son conductas atípicas para nuestro ordenamiento.

<sup>570</sup> MÜNCH *Foro. Revista de ciencias jurídicas y sociales, Nueva época*, núm. 9, 2009, p. 121.

al libre desarrollo de la personalidad en la dignidad, tanto la libertad como la autonomía deben ser esenciales. No sería aceptable que la persona se viese amenazada con una pena por una conducta propia y voluntaria que pudiese ser considerada como indigna, encontrándonos en estos casos ante un paternalismo jurídico penal directo o duro que pretende proteger al titular del derecho, adulto y con plena capacidad, de sí mismo.

Asimismo la participación de un tercero en esta conducta propia no debe dar lugar, por regla general, a la responsabilidad penal de este tercero al implicar una participación en una conducta atípica. En ciertas ocasiones, debido a la esencialidad del bien jurídico se considera adecuado tipificar expresamente como delito esta participación de terceros en la conducta, que de otra manera quedaría impune (inducción o cooperación necesaria al suicidio, art. 143 CP). Asimismo, cuando el tercero es el que realiza la conducta pero con el consentimiento del titular del bien jurídico también se puede producir la intervención penal y de forma más clara cuando este consentimiento en realidad no es válido ni representa realmente una manifestación de la voluntad del sujeto. Principalmente, el Estado intervendrá por medio del Derecho penal para evitar aquellos daños que tienen su origen en conductas a las que el sujeto no ha otorgado su consentimiento. Los ataques que se sancionen penalmente deberían precisamente tener en cuenta que dicha conducta ha sido impuesta al sujeto.

En el art. 177 bis CP el delito se ha tipificado de tal forma que el consentimiento de la víctima excluye la tipicidad. Se sanciona a aquellas personas que aprovechándose de la especial situación en la que se encuentra el titular del bien jurídico en la que su libertad se encuentra coartada o bien anulando su voluntad pretenden atentar contra su dignidad mediante una serie de conductas tendentes a convertirlas en objeto de comercio, en mercancía valorable económicamente.

En relación con el delito de trata de personas y en este sentido se pronuncia la propia ONU al afirmar que “cuando una persona está plenamente informada de una línea de conducta que podría en otras circunstancias constituir explotación y trata según el Protocolo pese a ello da su consentimiento, el delito de trata no se produce. Existe trata si ese consentimiento no se da o queda anulado en alguna etapa. Si el consentimiento se mantiene no existe el delito de trata, incluso si la persona en cuestión ha consentido en realizar actividades que son ilegales en el Estado de destino, como la prostitución o el tráfico de drogas”<sup>571</sup>. Se reconoce en estas afirmaciones que

---

<sup>571</sup> ONU (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito), *Manual para la lucha contra la trata de persona*, Nueva York, 2007, p. XIX. (disponible [http://www.unodc.org/pdf/Trafficking\\_toolkit\\_Spanish.pdf](http://www.unodc.org/pdf/Trafficking_toolkit_Spanish.pdf)) (Última visita 16 de mayo 2010).

no es posible predicar la existencia de un ataque contra la dignidad de la persona cuando ésta consiente la actividad y no se vulnera su libertad<sup>572</sup>.

Además, a la misma conclusión se ha llegado en otros delitos de la Parte especial del Código Penal en los que no se hace referencia expresa a la ineficacia o eficacia del consentimiento, pero su ausencia o presencia es fundamental para que la conducta sea típica. Esto ocurre en los delitos contra la libertad sexual cuyo bien jurídico protegido es individual y plenamente disponible por su titular, exigiendo el tipo penal que la conducta se lleve a cabo haciendo uso de determinados medios, cuya finalidad es precisamente, al igual que ocurre en este caso, anular o doblegar la voluntad del sujeto pasivo. Un claro ejemplo se presenta en el delito de determinación coactiva a la prostitución (art. 188.1 CP), en la que están previstos los mismos medios comisivos que forman parte del delito de trata de seres humanos. En este delito el bien jurídico, libertad sexual, es individual y plenamente disponible, por ese motivo la prostitución ejercida libremente debe ser considerada como “legal” para el ordenamiento penal español y, por tanto, no toda determinación al ejercicio de esta actividad sexual será delictiva. La libre voluntad del sujeto para ejercer la prostitución impide que ésta adquiera relevancia penal, así como cualquier participación de tercero en una conducta atípica, conforme con el principio de accesoriedad no será penalmente relevante, salvo que el Legislador haya previsto como delito estas formas de participación. Por ese motivo, el injusto típico exige que la conducta de determinación atente contra la libertad sexual y para ello se exige la concurrencia de una serie de medios comisivos que impedirán la presencia de una auténtica voluntad del sujeto para ejercer la prostitución. Implican éstos que la conducta se realice contra la voluntad del sujeto o restringiendo su ámbito de decisión y, por tanto, el posible consentimiento otorgado por la víctima no representa en realidad una verdadera manifestación de su voluntad ni es manifestación del libre desarrollo de su personalidad.

Lo mismo ocurre en los delitos sexuales, de agresión y abuso sexual de mayores de 13 años, en los que no existe una manifestación expresa del Legislador sobre el consentimiento, pero nuevamente el bien jurídico libertad sexual como

---

<sup>572</sup> En el mismo sentido, GLOBAL RIGHTS, *Guía anotada del protocolo completo de la ONU contra la Trata*, 2002, Global Rights, 2002, p.12, cuando afirma: “Así, a pesar de la evidencia que la persona tratada consintió para emigrar, llevar documentos falsos y trabajar ilegalmente en el extranjero, los demandados no pueden argumentar que la víctima “consintió” para ser sometida a condiciones de trabajo forzado, la esclavitud o la servidumbre. Por definición, estos tres crímenes mencionados no se realizan con consentimiento. Por ejemplo, una mujer puede consentir emigrar para trabajar en la prostitución en una ciudad determinada, en un burdel específico, por una cantidad de dinero determinada. Sin embargo, si en realidad el demandado tuvo la intención de retener a la mujer a la fuerza o la coacción para ejercer cualquier actividad sexual, entonces no hay ningún consentimiento, porque todo lo que el demandado dijo a la mujer era mentira. Nadie puede consentir basado en una mentira. Incluso si una persona acepta trabajar en condiciones muy precarias, por muy poca remuneración, con restricción a su libertad, sería una persona tratada si el demandado tuviera la intención de someter a la persona a la servidumbre por deuda, condiciones involuntarias o forzadas”.

individual y plenamente disponible, así como la configuración del injusto permiten la eficacia del consentimiento ante la ausencia de los medios comisivos.

De esta forma, si una persona libremente consiente en ser trasladada, alojada o recibida siendo conocedora de que sus órganos van a ser extraídos, que va a ser explotada en condiciones de esclavitud o explotada sexualmente, en principio, deberá reconocerse validez al consentimiento prestado<sup>573</sup>. Debe recordarse que la lesión de la propia dignidad no supone la lesión de un bien jurídico<sup>574</sup>, la amenaza penal no estará justificada si no se afecta a la coexistencia pacífica, lesionando o poniendo en peligro un bien jurídico, así como si del comportamiento, aunque susceptible de atentar contra la dignidad humana, no resultan perjuicios para terceros; difícilmente si la conducta se realiza con la voluntad del titular del bien jurídico puede mantenerse que existe un perjuicio para terceros o para sí mismo, además dicho consentimiento podrá ser revocado en cualquier momento. La particularidad radica en que tanto la esclavitud, como los trabajos forzados o la determinación coactiva de la prostitución se trata de delitos que por su propia naturaleza carecen de consentimiento.

Ahora bien, esto no implica que el sujeto activo vaya a quedar impune en los casos en los que medie un posible consentimiento. Por ejemplo, si la persona acepta voluntaria y libremente que sus órganos sean extraídos esto no impide que el que realice la extracción u obtenga el órgano de forma ilegal pueda ser castigado como autor del reciente delito de tráfico de órganos humanos, previsto en el art. 156 bis CP, o bien como autor de un delito de lesiones, pero en ningún caso será autor de un delito de trata de seres humanos.

Sin embargo, los casos en los que el consentimiento va a adquirir relevancia jurídico penal en el delito de trata de personas van a ser anecdóticos como consecuencia de la naturaleza del delito y el *modus operandi* de los tratantes, donde al menos el engaño estará presente en casi todos los supuestos. Difícilmente el tratante va a expresar abiertamente la finalidad que persigue con la conducta, que no es otra que explotar a la persona. No manifestará las condiciones en las que va a ejercerse la actividad sexual o laboral, por lo que el consentimiento no será libre, no responderá a una verdadera manifestación de voluntad en cuando la información ofrecida no le permite tener conocimiento real de las repercusiones y el alcance del consentimiento otorgado. Y en caso de que el tratante obrase así, difícilmente la persona daría su consentimiento. En cualquier caso, si a pesar de ello la víctima consintiera su explotación no puede mantenerse que ha sido engañada o forzada y, por tanto, que sea víctima de trata.

---

<sup>573</sup> DAUNIS RODRÍGUEZ, *Indret*, núm. 1, 2010, p. 8.

<sup>574</sup> ROXIN, Claus “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?”, en HEFENDHL, Rolan, *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*”, (Edición española a cargo de Rafael ALCÁCER, María MARTÍN, e Íñigo ORTIZ DE URBINA, Íñigo), Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, p. 448.

Además, la amplitud de los medios comisivos, entre los que se incluyen también las situaciones de abuso de superioridad, vulnerabilidad o necesidad, dificultan hasta el extremo la posibilidad de que pueda apreciarse un consentimiento válido en estos casos.

De forma general se dice que los medios comisivos determinados por el Legislador en el tipo penal atentan contra la autonomía de la víctima, contra la libertad decisoria del sujeto para disponer libremente del bien jurídico. Si bien los medios comisivos dirigidos a doblegar la voluntad del titular del bien jurídico, no coinciden exactamente con los tradicionales vicios del consentimiento (coacción, engaño o error), sino que van más allá, abarcando el aprovechamiento de la situación de superioridad o vulnerabilidad de la víctima, esto no impide que nos encontremos en estos supuestos de abuso ante un consentimiento viciado que, por tanto, no podrá desplegar efectos.

La ausencia de una regulación legal general sobre el consentimiento, hace que la doctrina cuando aborda el consentimiento en un concreto tipo penal deba tener especialmente en cuenta la descripción típica de la conducta para desplegar, de acuerdo con unos principios generales de construcción doctrinal, los efectos del consentimiento. A pesar de que el error y el engaño son considerados por la doctrina como métodos adecuados para doblegar la voluntad de la víctima y viciar con ello el consentimiento otorgado, el propio Legislador en ocasiones niega totalmente la capacidad del error o el engaño para disminuir la eficacia del consentimiento. En este caso, lo que ha hecho el Legislador es precisamente lo contrario, ampliar los métodos adecuados para anular o doblegar la voluntad de la víctima y, por tanto, que son susceptibles de viciar el consentimiento. La concurrencia de esos medios y su equiparación, en el delito de trata de seres humanos impedirá que pueda considerarse que el consentimiento ha sido libremente otorgado.

El Legislador posee cierta libertad para ampliar o restringir la eficacia del consentimiento según los casos; lo mismo ocurre respecto a la capacidad para otorgarlo. En el delito de trata de seres humanos se ha introducido, además de la violencia y la intimidación, como medios adecuados para anular la voluntad de la víctima, el engaño que conlleva un ataque de menor intensidad a la misma, así como el abuso de determinadas situaciones, que no implica una anulación de la voluntad, en sentido estricto. Las situaciones de abuso expresan el aprovechamiento de una situación o condición previa que en muchos casos es ajena a la actuación del propio sujeto activo, pero que influye en la víctima coartando su voluntad. En cualquier caso, será necesario que el sujeto activo se aproveche de esa situación para obtener de la víctima el consentimiento que se considerará viciado en estos casos.



La particularidad en el delito de trata de seres humanos radica en que se equiparan las consecuencias jurídicas de todos los medios comisivos previstos, pues su concurrencia generará la presencia de un consentimiento viciado<sup>575</sup>. En este sentido, la jurisprudencia con ocasión de los delitos de abusos sexuales ya tuvo ocasión de pronunciarse sobre la posibilidad de que una persona mayor de edad se encontrase en una situación que atentase contra su libertad, obligándola a realizar actos que no desea, aún sin la concurrencia de fuerza física o amenaza<sup>576</sup>, como ocurre en los casos de prevalimiento de una situación de superioridad o de vulnerabilidad o de abuso de un trastorno mental o incapacidad. En estos casos por voluntad expresa del Legislador nos encontraremos ante un consentimiento viciado<sup>577</sup>.

Por el contrario, en otros delitos el Legislador ha ponderado los efectos de estos medios<sup>578</sup>, como consecuencia de las diferencias existentes entre la violencia y la intimidación, de una parte, y las situaciones de abuso o el engaño, de otra. Por el contrario, en el delito de trata ha optado por obviar cualquier tipo de matización y equiparar legamente conductas con desvalores distintos<sup>579</sup>. Ante la diferente incidencia de estos medios sobre libertad decisoria y la voluntad del sujeto, un adecuado respeto a la misma obligaría a realizar una interpretación estricta y rigurosa de estos medios comisivos, como consecuencia de los efectos punitivos equivalentes<sup>580</sup>. En este mismo sentido, tuvo ocasión de pronunciarse la doctrina cuando se produjo la incorporación del delito de tráfico sexual de personas a través del ya derogado art. 188.2 CP, mediante la reforma operada por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril<sup>581</sup>, crítica que puede mantenerse<sup>582</sup>.

La rigurosidad de la interpretación exigiría no sólo la existencia objetiva de la situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad, sino que la misma genere

---

<sup>575</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 676/2003, de 12 de mayo, F.J. 4º, (Ponente: José Jiménez Villarejo), [ROJ: STS 3206/2003].

<sup>576</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 2103/2002, de 12 de diciembre, F.J. 5º, (Ponente: Sr. Enrique Abad Fernández), [ROJ: STS 8353/2002].

<sup>577</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 935/2006, de 2 octubre, F.J. 6º, (Ponente: Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre), [ROJ: STS 5836/2006].

<sup>578</sup> Así, cualquier atentado contra la libertad sexual que se realice mediando violencia o intimidación será constitutivo de un delito de agresión sexual sancionado con una pena de prisión de 1 a 5 años, mientras que si no concurren estos medios comisivos sino otros para vencer la voluntad de la víctima, como el abuso de una situación de superioridad, los hechos serán calificados como un delito de abuso sexual cuya pena prevista es de 1 a 3 años de prisión. Mientras que la utilización del engaño, únicamente tendrá relevancia penal si la víctima es mayor a 13 años y menor de 16 años, dando lugar a un delito penado con prisión de 1 a 2 años. La diferencia entre los distintos medios utilizados para vencer la voluntad del sujeto pasivo se articula como el elemento diferenciador en estos delitos

<sup>579</sup> Vid. MAQUEDA ABREU, *Tráfico sexual de personas*, op.cit., p.57.

<sup>580</sup> Vid. FERRÉ OLIVÉ, “Trabajo sexual, crimen organizado y trata de personas”, en op.cit., p.418.

<sup>581</sup> MAQUEDA ABREU, *Tráfico sexual de personas*, op.cit., p. 57.

<sup>582</sup> Lo mismo ocurre en el delito de determinación coercitiva a la prostitución, art. 188.1 CP, donde el Legislador optó, al igual que en el delito de trata de seres humanos, por equiparar los medios comisivos en cuanto a penalidad. Vid. MORALES PRATS, Fermín y GARCÍA ALBERO, Ramón, “Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.) y MORALES PRATS, Fermín (coord.), *Comentarios al nuevo Código penal*, 4ª Edición, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005, p.1001.

ciertos efectos coactivos o intimidatorios sobre la víctima que coarten su libertad, de otra forma no podría hablarse de un vicio que condicione el consentimiento. Además, el autor debe aprovecharse de la misma, siendo consciente de que la víctima tiene disminuida su libertad como consecuencia de la situación y actúe en consecuencia. Esta parece ser la práctica jurisprudencial respecto a la situación de superioridad en la que los tribunales exigen para su aplicación la concurrencia de tres requisitos. En primer lugar, la existencia de “una situación de superioridad manifiesta y, por tanto, objetivamente constatable y no sólo percibida subjetivamente por los partícipes en el hecho”, así como la exigencia de que dicha “situación tenga relevancia para condicionar o coartar la libertad de la víctima”<sup>583</sup>, debe, por tanto, influir seriamente en su voluntad y, por último, “que el agente, consciente de la situación de superioridad y de sus efectos inhibidores de la libertad de decisión de la víctima, se prevalga de la misma para conseguir el consentimiento, así viciado”<sup>584</sup>.

No obstante, esta interpretación estricta de la situación de superioridad parece no haber sido trasladada a la situación de necesidad o vulnerabilidad en todos los casos. Así, se extrae de la jurisprudencia que se ocupó de analizar supuestos de tráfico ilegal de personas con la agravación de abuso de situación de necesidad o vulnerabilidad. Si esta situación de vulnerabilidad se interpreta de forma amplia permitiría introducir conductas en el delito de trata de personas que en ningún caso implican una limitación de la libertad del sujeto pasivo, sintiéndose principalmente su incidencia en el ámbito de la explotación sexual.

De forma general se reconoce que el mero hecho de ser inmigrante no es suficiente para acreditar la existencia de una situación de vulnerabilidad y mucho menos para encontrarnos ante un abuso de la misma, siendo necesario que consten datos sobre la vida y situación social y laboral de las presuntas víctimas que lo avalen y demuestren<sup>585</sup>. Sin embargo, cuando nos encontramos ante el delito de tráfico ilegal de personas esta interpretación es más laxa, pues este plus exigido se acaba vinculando directamente a hechos como la irregularidad administrativa, la ausencia de contrato laboral, circunstancias derivadas directamente de la condición de extranjero<sup>586</sup> o presumiendo la necesidad económica en el país de origen<sup>587</sup>. Esta

---

<sup>583</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª), núm. 1469/2005, de 24 de noviembre de 2005, F.J. 2º, (Ponente: Diego Antonio Ramos Gancedo), [ROJ: STS 7491/2005]; STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1004/2010, de 8 de noviembre de 2010, F.J. 3º, (Ponente: Manuel Marchena Gómez), [ROJ: STS 6476/2010].

<sup>584</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 473/2011, de 2 de junio de 2011, F.J. 3º, (Ponente: José Ramón Soriano Soriano), [ROJ: STS 4036/2011].

<sup>585</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 126/2010, de 15 de febrero de 2010, F.J. 3º y 4º, (Ponente: Alberto Gumersindo Jorge Barreiro) [ROJ: STS 998/2010].

<sup>586</sup> SAP Barcelona (Sección 10ª) núm. 843/2011, de 27 de septiembre, F.J. 1º (Ponente: Carmen Sánchez-Albornoz Bernabé) [ROJ: SAP B 11239/2011].

<sup>587</sup> En este sentido SAP de las Palmas (Sección 1ª) núm. 162/2007, de 14 de diciembre, F.J.1º (Ponente: José Luis Goizueta Adame), [ROJ: SAP GC 3184/2007]. La Audiencia aprecia un abuso de la situación de vulnerabilidad al ser las víctimas personas “que tratan por todos los medios de salir de sus países de

interpretación poco rigurosa de la situación de necesidad del sujeto pasivo, que suele identificarse con penurias económicas, condiciones laborales desfavorables, condiciones políticas o sociales comprometidas en el país de procedencia, dan lugar a que se aprecie automáticamente esta situación de necesidad o vulnerabilidad, sin que se conste ni siquiera su existencia objetiva, presumiéndose por su procedencia, y sin entrar a valorar si esa situación es de tal entidad que implica una restricción seria de la voluntad del sujeto que permita hablar de un consentimiento viciado.

Si se interpreta de forma amplia esta situación de vulnerabilidad la posibilidad de que determinadas personas, como los extranjeros puedan otorgar un consentimiento válido en estos supuestos es prácticamente nula, conclusión que se intensifica si se trata de una mujer inmigrante en el contexto de la prostitución. Como acertadamente pone de manifiesto MAQUEDA ABREU parece identificarse automáticamente al inmigrante como víctima, negándole, en la práctica, la posibilidad de otorgar un consentimiento válido<sup>588</sup>. Estas interpretaciones responden a tendencias neoabolicionistas de gran influencia internacional tendentes a lograr la penalización de cualquier conducta de un tercero relacionada con la prostitución, con independencia de que ésta sea libremente ejercida, conllevando la negación de cualquier validez a la decisión de una persona dirigida al desplazamiento para el ejercicio de la prostitución, convirtiendo estas conductas en delito de trata cuando existe una intermediación de terceras personas.

#### ***4.2.2. Menores de edad***

El segundo apartado del precepto objeto de análisis otorga una especial protección a los menores de edad en el delito de trata de seres humanos, estableciéndose un tipo alternativo de trata de menores de edad.

Siguiendo los mandatos internacionales se reconoce que cuando las acciones de captar, trasladar, transportar, alojar o recibir, descritas en el tipo penal, se realicen siendo el sujeto pasivo menor de edad y con fines de explotación éstas deberán calificarse como un delito de trata de seres humanos aunque no se recurra a ninguno de los medios determinados, exigidos de forma general en el tipo básico del delito.

Así, en los supuestos de trata de menores de edad con fines de explotación, los medios comisivos que anulan o vician la voluntad carecen de relevancia. Esta

---

origen ante la situación angustiosa en la que viven, sin medios para subsistir, como es sobradamente conocido”.

<sup>588</sup> Vid. MAQUEDA ABREU, M<sup>a</sup> Luisa, “A propósito de la trata y de las razones que llevan a confundir a l@s inmigrantes con escl@vas” en CARBONEL MATEU, Juan Carlos, GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, ORTS BERENGUER, Enrique y CUERDA ARNAU, María Luisa, *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Vol. 2, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p.1255 y ss.

modalidad de trata de personas, tiene su fundamento en la especial protección que merecen los menores y en la consideración de que en estos delitos los menores carecen de la capacidad necesaria para prestar consentimiento válido. No hay, por tanto, una disposición expresa sobre el posible consentimiento de los menores, pero su invalidez, puede deducirse de la previsión de este tipo alternativo de trata.

De acuerdo con los arts. 12 de la CE y 315 del CC se considerará menor de edad a toda persona que no haya cumplido los 18 años de edad. Cuando en el delito de trata de seres humanos la víctima es un menor de edad se presume *iure et de iure*, por mandato legal, que carecen de capacidad para consentir y que, por tanto, el posible consentimiento otorgado por ellos es siempre inválido, aunque no se obtenga a través de los medios descritos en el apartado primero del precepto<sup>589</sup>.

En la teoría jurídico penal del consentimiento, como se ha visto, uno de los requisitos esenciales para su eficacia, es que el titular del bien jurídico penal disponible tenga capacidad para ello. No obstante, en el ámbito penal esta capacidad jurídico penal para consentir no se identifica con la capacidad jurídico-civil, capacidad de obrar que se adquiere al alcanzar la mayoría de edad, sino que es suficiente con la existencia de una capacidad natural para discernir<sup>590</sup>, en palabras de ROXIN, debe existir capacidad de comprensión y de juicio<sup>591</sup>. Lo relevante en el Derecho penal es la existencia de una capacidad para entender y querer que permita comprender la trascendencia de la decisión adoptada respecto al bien jurídico y su alcance.

Por ese motivo, no existe de forma general una edad concreta a partir de la cual el sujeto pueda consentir válidamente, sino que deberá estarse a la concreta capacidad del sujeto, que se determinará caso por caso. Ahora bien, en ocasiones la propia ley como medida de especial protección fija la edad necesaria para que el consentimiento pueda adquirir relevancia penal<sup>592</sup>, señalando límites de edad más elevados a la capacidad natural<sup>593</sup>. Esto es precisamente lo que ocurre en el delito de trata de personas, donde el Legislador siguiendo los mandatos internacionales, ha fijado expresamente una edad por debajo de la cual el posible consentimiento otorgado por el sujeto, aunque éste posea una capacidad natural, carece de relevancia penal. Únicamente, a partir de los 18 años, el consentimiento podrá desplegar efectos, siempre y cuando éste sea libremente otorgado.

---

<sup>589</sup> LLORIA GARCÍA, "Lección XI. Trata de seres humanos, en op.cit., p.304.

<sup>590</sup> MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, op.cit., p. 507.

<sup>591</sup> ROXIN, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, op.cit., p.538.

<sup>592</sup> Así ocurre, en el delito de lesiones donde el Legislador expresamente niega validez al consentimiento otorgado por un menor de edad o un incapaz (art. 155 CP). También en el delito de abusos sexuales a menores de 13 años (art. 183.1 CP) es uno de los ejemplos en los que el Legislador determina la edad a partir de la cual el consentimiento puede desplegar ciertos efectos. Todo menor de 13 años no podrá disponer libremente del bien jurídico libertad sexual o indemnidad sexual, pues todo atentado contra ésta será calificado, como mínimo como un delito de abusos sexuales.

<sup>593</sup> MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, op.cit., p. 507.

En la teoría jurídica-penal del consentimiento, se acepta la posibilidad que ante la ausencia de capacidad por parte del titular del bien jurídico, sea su representante legal el que otorgue el consentimiento. Si bien esta posibilidad es el principio general, la doctrina establece límites. En primer lugar, el consentimiento del representante legal sólo será válido en defecto del titular legal capacitado. Y en segundo lugar y más importante, este consentimiento otorgado por tercero no puede referirse a decisiones personalísimas de tipo existencial. Este segundo límite es el que entra en juego en el delito de trata, pues en este contexto la importancia del bien jurídico es de tal relevancia, que impide que el consentimiento del representante legal pueda generar la exclusión de la responsabilidad penal del sujeto activo. De hecho, el posible consentimiento otorgado por el representante legal puede ser considerado como delictivo.

La especial protección que merecen los menores de edad no se manifiesta únicamente negando la eficacia legal a la posible conformidad con la realización de la conducta y a la finalidad de explotación. El Código Penal recoge otra medida dirigida a proteger a los menores, esta vez, mediante un subtipo agravado (apartado 4.b) del art. 177 bis CP). Esta agravación tiene en cuenta el mayor desvalor de la conducta cuando ésta tiene como objeto a menores de edad y, en consecuencia, prevé la imposición de la pena superior en grado a la prevista en el tipo básico cuando la víctima sea menor de edad. Para que no se produzca una vulneración del principio *non bis in idem*, la edad de la víctima no podrá ser ponderada tanto para calificar la conducta como un delito de trata sino concurre ninguno de los medios comisivos y para que la conducta sea agravada<sup>594</sup>. Así, el subtipo agravado podrá apreciarse cuando la trata se haya realizado haciendo uso de los medios comisivos previstos en el tipo básico, siendo la víctima un menor de edad.

No obstante, debe llamarse la atención sobre el hecho de que el apartado segundo del art. 177 bis CP tan sólo se refiere a los menores de edad y en ningún caso a los incapaces. Si el fundamento de este tipo alternativo del delito de trata de menores de edad es precisamente el reconocimiento de que estos carecen hasta alcanzar la mayoría de edad de la capacidad necesaria para consentir, no parece lógico que se imponga a los incapaces un tratamiento jurídico divergente.

De acuerdo con el art.25 CP se considera incapaz a toda persona, con independencia de que se haya declarado o no su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar por sí misma su persona o sus bienes. Normalmente cuando el Legislador establece medidas de especial protección lo hace respecto a menores y también respecto a los incapaces. Sin embargo, en este delito la previsión del apartado segundo ha excluido a los incapaces

---

<sup>594</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1342/2003, de 20 de octubre, F.J. 5º, (Ponente: José Jiménez Villarejo) [ROJ: STS 6439/2003].

de este tratamiento protector, cuando lo lógico hubiese sido equiparar el tratamiento de menores e incapaces.

Los incapaces, según sus circunstancias, tampoco se encuentran en condiciones de prestar un consentimiento penalmente relevante en cuanto carezcan de capacidad de discernimiento necesaria<sup>595</sup>. No obstante, hay que tener presente que no toda discapacidad, minusvalía o trastorno mental excluye la capacidad para consentir respecto a todos los bienes jurídico-penales de los que es titular, habrá que atenerse al alcance de la discapacidad o trastorno mental en el caso concreto respecto a los bienes jurídicos en juego.

Ante la ausencia de una referencia expresa a los incapaces en el precepto no cabe más que aceptar que en los supuestos en los que el sujeto pasivo sea un incapaz, debe concurrir alguno de los medios comisivos previstos de forma general en el tipo penal. En este sentido, la omisión del Legislador obliga a acudir en los casos de víctimas incapaces, a la existencia de una situación de vulnerabilidad como medio comisivo concurrente<sup>596</sup>.

A primera vista parece ésta la respuesta adecuada al olvido del Legislador siendo éste el medio más adecuado en estos supuestos, pues refiriéndose a las circunstancias personales del sujeto pasivo que lo sitúan en una posición de desigualdad respecto al sujeto activo que realiza la acción permiten considerar que cuando nos encontremos ante un incapaz podrá apreciarse siempre una situación de vulnerabilidad y un abuso de la misma cuando el autor la conozca.

En cualquier caso, esta diferenciación de trato entre menores e incapaces no se encuentra justificada, dada la imposibilidad de estos de prestar consentimiento válido<sup>597</sup>. En ningún caso el sujeto activo podrá ampararse en el posible consentimiento emitido por el incapaz. Ante la falta de previsión expresa sobre el consentimiento de los incapaces, tan sólo hace falta acudir a la teoría jurídico-penal del consentimiento para mantener la irrelevancia penal del consentimiento otorgado por los incapaces.

Ya se ha visto que el consentimiento válido exige que el titular del bien jurídico que lo otorga disponga de capacidad de discernimiento para conocer el alcance y consecuencias del mismo. Por ese motivo, de forma general, suele negarse la validez del consentimiento cuando el mayor de edad por circunstancias temporales o permanentes carece de esa capacidad de comprensión y discernimiento. No se otorga eficacia al consentimiento prestado por el ebrio o intoxicado o por el que

---

<sup>595</sup>, TERRADILLOS BASOCO, “Capítulo 24. Trata de seres humanos” en op.cit., p.210.

<sup>596</sup> En este sentido, TERRADILLOS BASOCO, “Capítulo 24. Trata de seres humanos” en op.cit., p.210; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español: Parte Especial*, op.cit., p. 186.

<sup>597</sup>, TERRADILLOS BASOCO, “Capítulo 24. Trata de seres humanos” en op.cit., p.210.

padece anomalías mentales, permanentes o transitorias, que le impidan conocer el alcance y repercusiones del consentimiento prestado. Dicha ausencia de capacidad debe ser tenida especialmente en cuenta en los supuestos de incapaces, cuando debido a sus circunstancias carezcan de esa capacidad de entendimiento no siendo posible considerar válido el consentimiento manifestado por los mismos por ausencia de la capacidad necesaria para ello. Por tanto, acudiendo a la teoría del consentimiento es posible concluir que no sólo los menores sino también los incapaces carecen de la capacidad de discernimiento mínima exigida para prestar válidamente su consentimiento. Por lo que un tratamiento divergente de ambos carece de justificación.

Pero no es ésta la única incongruencia del precepto, pues debe tenerse en cuenta que literalmente el Legislador se refiere, para confirmar la irrelevancia del consentimiento del menor, a los casos de trata con fines de explotación<sup>598</sup>. Si atendemos a la descripción que del delito se realiza en el apartado primero, únicamente se hace uso del término “explotación” para referirse a la explotación sexual. A las demás finalidades de la trata se refiere con términos como “la extracción de órganos” y “la imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre o a la mendicidad”. A primera vista puede parecer que esta disposición sobre el consentimiento de los menores se limita únicamente a aquellas conductas realizadas con la finalidad de explotación “sexual”, debiendo concurrir alguno de los medios comisivos cuando la conducta se realice con cualquiera de las demás finalidades típica. Esta no parece ser la voluntad de los textos supranacionales, ni tampoco del Legislador, pues tal y como mantiene TERRADILLOS BASOCO<sup>599</sup> una interpretación conforme con el sentido común, obliga a considerar como constitutivas del delito de trata aquellas conductas realizadas con alguna de las otras finalidades típicas distintas a la sexual, cuando el sujeto pasivo sea un menor, sin necesidad de que concurra ningún medio comisivo. Además, únicamente así tendría sentido que el Legislador haga referencia a *fines* de explotación en plural y no al fin o la finalidad de explotar sexualmente del menor<sup>600</sup>.

No obstante, esta interpretación correctora podría verse dificultada por la propia literalidad de la ley, que obligaría nuevamente a que entrase en juego la situación de vulnerabilidad, fundamental en los casos de incapaces, donde desplegaría sus efectos.

Si en este punto comparamos el texto nacional con los textos adoptados en el ámbito supranacional y con la redacción del precepto en el anteproyecto de 2008, la explicación de esta incongruencia parece ser un descuido del Legislador a la hora de

---

<sup>598</sup> LLORIA GARCÍA, “Lección XI. Trata de seres humanos, en op.cit., p.304.

<sup>599</sup> TERRADILLOS BASOCO, “Capítulo 24. Trata de seres humanos” en op.cit., p.211.

<sup>600</sup> POMARES CINTAS, *RECPC*, núm. 13-15, 2011, p14

su incorporación en el Código Penal. Tanto el Protocolo de Palermo, como el Convenio de Varsovia se refieren a la hora de definir la trata de personas de forma general a la “explotación”<sup>601</sup> o a los “fines de explotación”, para matizar a continuación que la explotación comprenderá, como mínimo, la explotación de la prostitución de otras personas u otras forma de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extirpación de órganos. Mientras que la Directiva de 2011 y la Decisión Marco se refieren al fin de explotarla (a la víctima)<sup>602</sup> o de explotar su trabajo o la prostitución ajena, entre otras<sup>603</sup>. De acuerdo con la redacción en el ámbito internacional, una referencia genérica a la “explotación” cuando se hace referencia al consentimiento de los menores tiene sentido, ya que ésta engloba expresamente todas las finalidades previstas. Lo mismo ocurría en el Anteproyecto de 2008, que por primera vez recogía el delito de trata de seres humanos, cuya redacción original hacía referencia a las finalidades de explotar su trabajo y la explotación sexual, así como extraer sus órganos. Esta redacción fue modificada por el anteproyecto de 2009, en términos similares a los actualmente vigentes, pero sin que ello supusiese una modificación del apartado segundo del precepto para adecuarlo a la nueva redacción.

Si la solución fuese acudir a la situación de vulnerabilidad de la víctima en los casos de menores cuando la finalidad es distinta a la explotación sexual, así como si nos encontramos ante una víctima incapaz, parece que la virtualidad práctica del precepto es muy limitada. Implica aumentar la edad necesaria para otorgar el consentimiento, que se fija en 18 años, mientras que la ausencia de la previsión específica obligaría a aceptar el consentimiento del menor de edad con capacidad natural para consentir. Por ello, no puede solicitarse su supresión, aunque sí su modificación para evitar los posibles problemas interpretativos que pueden surgir de su redacción.

## **5. Penalidad**

### **5.1. Marco penal para el tipo básico**

El tipo básico del delito de trata de seres humanos tiene previsto un marco penal que va de los cinco a los ocho años de prisión.

La Directiva 2011/36 obliga a los Estados a castigar el delito de trata de personas con una pena privativa de libertad cuya duración máxima no sea inferior a

---

<sup>601</sup> Art. 4.a) del Convenio de Varsovia

<sup>602</sup> Art. 2.1 Directiva.

<sup>603</sup> Art. 1.d) DM.



cinco años. Como podemos comprobar el tipo básico del art. 177 bis CP fija en cinco años no la pena máxima del delito, sino la pena mínima del mismo, elevando la pena máxima a ocho años de prisión. Sin duda el Legislador español cumple con creces, como suele ser habitual, las obligaciones dimanantes de la normativa comunitaria referentes a penalidad ignorando la coherencia que debe regir en el Derecho penal para que este cumpla adecuadamente con las funciones o fines que se le encomiendan.

Las penas previstas, tal y como puso de manifiesto el CGPJ en su informe sobre el anteproyecto de 2008 son totalmente desproporcionadas y demuestran una auténtica falta de diligencia por parte del Legislador. Existe una manifiesta incoherencia interna en el Código Penal en cuanto a penas se refiere si se comparan las penas previstas para el delito de trata con las penas previstas para los delitos de explotación laboral y sexual. El marco penal fijado para el tipo básico de trata de seres humanos es muy superior al establecido para los delitos de explotación efectivamente realizados.

Así la captación, el transporte y el alojamiento, concurriendo los medios comisivos, con finalidad de explotación son conductas sancionadas con una pena superior a la prevista para las conductas típicas que implican la efectiva realización de la explotación. Sirva de ejemplo el delito de determinación coactiva al ejercicio de la prostitución (art. 188.1 CP) que tiene prevista una pena de prisión de dos a cuatro años de prisión. Mientras que de seis meses a seis años de prisión es el marco penal previsto para el delito de explotación laboral incriminado en el art. 311 CP. No obstante, la trata de personas incrimina actos, que de acuerdo con la teoría general del delito, podrían ser considerados en ciertos casos como actos preparatorios del concreto delito de explotación, pues lo que se pretende con ellas es prevenir que la persona sea efectivamente explotada y para ello se lleva a cabo un adelantamiento de las barreras de protección, incriminando como delito consumado conductas muy variadas. La clara relación instrumental entre el delito de trata de seres humanos y la concreta explotación de la que puede ser objeto la persona tratada, hace incomprensible el establecimiento de penas tan severas, sin incurrir en incoherencia y falta de proporcionalidad<sup>604</sup>. Son sancionados con penas más severas que las previstas para la concreta y efectiva lesión del bien jurídico protegido.

Mención particular merece la falta de inclusión del delito de trata de personas entre aquellos que impiden aplicar la sustitución de penas privativas de libertad impuestas a extranjeros no residentes legalmente por la expulsión del territorio nacional. El art.89.7 CP impide que autores de un delito de tráfico ilegal de personas o por los delitos previstos en los arts. 312 ó 313 CP puedan ver la pena impuesta sustituida por la expulsión de España, obligando al cumplimiento de la condena en

---

<sup>604</sup> IGLESIA SKULJ, *Trata de mujeres con fines de explotación sexual. Análisis político-criminal del Código penal*, op.cit., p. 262.

centro penitenciario español. Se posibilita, por tanto, que los reos del delito de trata si son extranjeros no residentes legalmente en España pueda ver sustituida su pena de prisión por la expulsión del territorio. Siguiendo a SANTANA VEGA esta omisión del Legislador pueden generar efectos criminógenos indeseables mediante el fomento de la reiteración de la conducta<sup>605</sup>. De forma adecuada, el por ahora último anteproyecto de reforma de Código Penal aprobado por el Consejo de ministros el 20 de septiembre de 2013, prevé la modificación del art.88 CP para la inclusión del delito de trata de personas penado en el art. 177 bis CP entre aquellos que impiden la sustitución de la pena por expulsión<sup>606</sup>.

Entre las numerosas reformas del Código Penal introducidas en la Ley Orgánica 5/2010, de 23 de diciembre la más relevante ha sido la introducción en nuestro ordenamiento penal de la denominada responsabilidad penal de las personas jurídicas a través de los arts. 31 bis, 33.7, 66 bis y 130.2 CP. Puede mantenerse, sin que ello esté libre de polémica y ausente de debate, que el Derecho penal positivo español con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 partía de la irresponsabilidad penal de la persona jurídica.

## 5.2. Responsabilidad penal de las personas jurídicas

### 5.2.1. Introducción

La máxima *societas delinquere non potest* aceptada por la doctrina mayoritaria comenzó a resquebrajarse a nivel doctrinal, que no jurisprudencial, principalmente tras el nuevo Código Penal de 1995<sup>607</sup> que supuso la incorporación en nuestro ordenamiento penal de un nuevo artículo, el 129, carente de precedentes en nuestro Derecho penal. En la actualidad, la doctrina mayoritaria mantiene que el nuevo art. 31 bis CP introduce en nuestro ordenamiento penal la responsabilidad de las personas jurídicas, aceptando el principio contrario al mantenido hasta el momento, *societas delinquere potest*<sup>608</sup>. Actualmente el debate doctrinal parece centrarse en el modelo de

---

<sup>605</sup> En este sentido, SANTANA VEGA, *NOVA et Vétera*, Vol. 20, nº 64, 2011, p.100.

<sup>606</sup> El apartado 9 del art. 88 CP quedaría redactado de la siguiente manera: “ No serán sustituidas las penas que se hubieran impuesto por la comisión de los delitos a que se refieren los arts. 177 bis, 312, 313 y 318 bis”.

<sup>607</sup> Con anterioridad a la entrada en vigor CP de 1995 era posible encontrar en España una posición minoritaria defensora de la necesidad política criminal de imponer penas a las personas jurídicas, que defendía, por tanto, de *lege ferenda*, la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Vid., entre otros, BARBERO SANTOS, Marino, “¿Responsabilidad penal de la empresa?”, *Actualidad penal*, 1987; ZUGALDÍA ESPINAR, José Luis, (“Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *societas delinquere non potest*”, *CPC*, núm. 11, 1980, pp.67 ss.; BACIGALUPO SAGESSE, Silvina *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Editorial Bosch, Barcelona, 1998.

<sup>608</sup> En este sentido, entre otros, GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal, *Diario La Ley*, Núm. 7534, Sección Tribuna, 23 de diciembre de 2010, año XXXI, p.1; BACIGALUPO ZAPATER, Enrique,” Responsabilidad penal y administrativa de

imputación de responsabilidad a la persona jurídica, quedando al margen cuestiones como la posibilidad dogmática de considerar a la persona jurídica como penalmente responsable, así como en la naturaleza de las sanciones impuestas. Sin embargo, un reducidísimo grupo de autores mantienen de forma loable que la reforma penal no ha introducido pese a los términos utilizados una auténtica responsabilidad “penal” de las personas jurídicas que implique la derogación del principio *societas delinquere non potest*<sup>609</sup>.

El art. 31 bis CP no reconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas de forma general para toda clase de delitos sino que se establece un sistema de *numerus clausus*, por lo que sólo será posible exigir esta responsabilidad en aquellos tipos penales que la hayan previsto expresamente. Por ello cuando el art. 31 bis se refiere a los delitos cometidos por personas jurídicas no se refiere a todos los delitos contenidos CP, sino únicamente a aquéllos que incluyen una cláusula específica en este sentido<sup>610</sup>.

El criterio de selección de los delitos en los que se produce la ampliación de la responsabilidad a las personas jurídicas no ha sido especificado pues la inclusión de la responsabilidad de las personas jurídicas, a pesar de las repercusiones prácticas y

---

las personas jurídicas y programas de “compliance” (A propósito del Proyecto de reformas del Código penal de 2009)”, en *Diario La Ley*, núm. 7442, Sección Doctrina, 9 de julio de 2010, Año XXXI, p.1; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, “ *Societas delinquere potest* (Análisis de la reforma operada en el Código Penal español por la Lo 5/2010, de 22 de junio)”, *La Ley Penal*, núm. 76, Sección Estudios, Noviembre 2010, p. 1.

<sup>609</sup> Mantiene la incapacidad de acción y de culpabilidad de las personas jurídicas calificando la responsabilidad de las personas jurídicas como formalmente penal. En su opinión, se ha creado ya una responsabilidad objetiva por el riesgo, vinculada al enriquecimiento injusto obtenido por la persona jurídica a partir de actuaciones realizadas por personas físicas en su seno. Se trataría de una responsabilidad de carácter jurídico-público, pero que carecería sin embargo de naturaleza penal o bien sancionadora administrativa. Las sanciones aplicables a las personas jurídicas no pueden fundamentarse desde la teoría de la motivación por lo que su naturaleza no puede ser penal en sentido estricto, su sentido únicamente es económico y/o preventivo. Vid. GÓMEZ MARTÍN, Víctor, “Falsa alarma o sobre por qué la Ley Orgánica no deroga el principio “*societas delinquere non potest*”, en MIR PUIG, Santiago, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dir.) y GÓMEZ MARTÍN, Víctor (coord.), *Garantías constitucionales y derecho penal europeo*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012, *passim*; ROBLES PLANAS, Ricardo, “Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis CP”, en *Diario la Ley*, núm. 7705, Sección Doctrina, 29 de septiembre 2011, *passim*; y DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, “La delimitación típica de los llamados hechos de conexión en el nuevo artículo 31 bis nº 1, del Código penal”, *CPC*, núm. 103, 2011, p. 94.

<sup>610</sup> La Responsabilidad penal de las personas jurídicas está prevista en diversos delitos, tales como, el tráfico ilegal de órganos (art. 156 bis 3), trata de seres humanos (art. 177 bis 7), prostitución y corrupción de menores (art. 189 bis), delitos contra la intimidad y allanamiento informático (art. 197.3), estafas y fraudes del art. 251 CP (art. 251 bis), insolvencias punibles (art. 261 bis), daños informáticos (art. 264.4), delitos contra la propiedad intelectual, industrial y delitos relativos al mercado y a los consumidores (art. 288), blanqueo de capitales (art. 302.2), delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social (art. 310 bis), delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis.4), delitos de construcción, edificación o urbanización ilegal (art. 319.4), delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (art. 327 y art. 328.6), contaminación o exposición a radiaciones ionizantes (art. 343.3), delitos de riesgo provocados por explosivos y otros agentes (art. 348.3), tráfico de drogas (art. 369 bis), falsificación de tarjetas de crédito y cheques de viaje (art. 399 bis 1), cohecho (art. 427.2), tráfico de influencias (art. 430), delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales (art. 445.2), y financiación del terrorismo (art. 576 bis 3).

dogmáticas que implica, no ha ido acompañada del debate que una reforma de esta envergadura exigía. La parte expositiva de la Ley modificativa justifica la reforma haciendo una remisión genérica a las obligaciones internacionales asumidas, que instaban al Estado a otorgar una respuesta penal clara para las personas jurídicas. Se alude, nuevamente, a la existencia de una presunta obligatoriedad de los instrumentos internacionales y, especialmente, de la Unión Europea para justificar la reforma penal, sin que ello se complemente con un debate sobre las posibles razones de política criminal y dogmática que subyacen a la misma. Así, en la Parte especial se prevén como susceptibles de ser cometidos por personas jurídicas delitos que son objeto de Decisiones Marco y Directivas europeas, pero ni todos los previstos son objeto de preocupación por las disposiciones europeas como ocurre con los delitos contra la ordenación del territorio, ni están previstos todos aquellos que han sido objeto de armonización por las instituciones europeas, como ocurre con el delito de la falsificación de moneda, los delitos de carácter racista o xenófobo o incluso alguna de las modalidades de delitos contra los derechos contra los trabajadores.

Desde la década de los ochenta es posible encontrar recomendaciones del Consejo de Europa<sup>611</sup>, Convenios internacionales de otras organizaciones internacionales<sup>612</sup> y, sobre todo instrumentos jurídicos de la UE<sup>613</sup> que aluden de

---

<sup>611</sup> En el seno del Consejo de Europa son claros ejemplos la Recomendación No. R (81) 12 sobre criminalidad de los negocios de 25 de junio de 1981, la Recomendación No. R (82) 15 sobre el papel del Derecho penal en la protección de los consumidores, de 24 de septiembre de 1982 y, sobre todo, la Recomendación No. R (88) 18 sobre la responsabilidad de las empresas con personalidad jurídica por infracciones cometidas en el ejercicio de sus actividades, de 20 de octubre de 1988 o la Recomendación No. R (96) 8 sobre la política criminal en una Europa en transformación, de 5 de septiembre de 1996<sup>611</sup>. En el seno de esta organización internacional se han adoptado Convenios internacionales como la Convención (ETS núm. 172) sobre la protección del ambiente por el derecho penal, de 4 de noviembre de 1988, la Convención penal sobre la corrupción, el Convenio para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, el Convenio sobre la ciberdelincuencia, el Convenio sobre lucha contra la trata de seres humanos y el Convenio sobre la falsificación de productos médicos y delitos similares que impliquen amenazas a la salud pública, de 28 de noviembre de 2011. Algunos de estos Convenios, por otra parte, no fueron ratificados por España hasta el segundo semestre de 2010, a excepción del de trata de seres humanos que lo fue en 2009 y el de falsificación de productos médicos que todavía no ha sido ratificado, coincidiendo con la publicación de la propia LO 5/2010 de reforma del Código Penal.

<sup>612</sup> Es posible encontrar en el mismo sentido instrumentos internacionales adoptados por otras organizaciones internacionales como el Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de Agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, hecho en París el 17 de diciembre de 1997<sup>612</sup> o el ya mencionado Convenio de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, hecho en Palermo el 15 de noviembre de 2000.

<sup>613</sup> En el ámbito de la Unión Europea los textos normativos que hacen mención a la responsabilidad de las personas jurídicas se multiplican. Desde hace décadas es posible encontrar acciones comunes y Convenios adoptados en el seno de la UE que se refieren a la responsabilidad de las personas jurídicas como el Segundo Protocolo del Convenio sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas y las Acciones comunes 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 y 98/733/JAI, de 21 de diciembre de 1998 relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros. Incluso el famoso *Corpus Iuris*, en su art. 14, regulaba la responsabilidad penal de las organizaciones. Actualmente, todas las Decisiones marco y Directivas que inciden en materia penal recogen una especial mención a la responsabilidad de las personas jurídicas. Sin afán exhaustivo, entre otras, las Decisiones marco 2000/383/JAI del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre el fortalecimiento de la protección, por medio de sanciones penales y de otro tipo, contra la falsificación

forma constante a la posibilidad de adoptar el concepto de responsabilidad penal de las empresas y que han ido calando en países de nuestro entorno<sup>614</sup>, que como España, habían sido reacios a aceptar el principio *societas delinquere potest* propio de los países anglosajones.

Sin embargo y a pesar de la existencia de esta normativa internacional y europea, así como de su notable influencia en ordenamientos jurídicos cercanos no puede concluirse que exista una obligatoriedad real de incorporar al ordenamiento nacional la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La obligatoriedad a la que se remite el Legislador para realizar una reforma como la concerniente a la responsabilidad de las personas jurídicas es en realidad aparente, pues en estos instrumentos internacionales se articulan alternativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, así como se prevén para ellas sanciones de naturaleza muy diversa, administrativas, medidas de seguridad u otras consecuencias jurídico-penales de naturaleza diferente a las penas<sup>615</sup>. Le corresponderá a cada Estado miembro decidir de acuerdo con sus principios jurídicos y fundamentándose en razones de política criminal el tratamiento sancionador que considere más adecuado para las personas jurídicas. No es suficiente acudir a una presunta obligatoriedad impuesta por las instancias europeas para eliminar de un plumazo la tradición jurídico penal propia de nuestro Estado sin que ello vaya acompañado del debate exigible y de las justificaciones apropiadas, así como de la correspondiente reflexión sobre el modelo de imputación a imponer. No es de extrañar, por tanto, que la concreta regulación que

---

de moneda con miras a la introducción del euro, Decisión Marco 2002/946/JAI, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo, Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, Decisión Marco 2008/913/JAI, de 28 de noviembre, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el derecho penal, Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada. En el mismo sentido las Directivas 2008/99/CE, de 19 de noviembre de 2008, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal; 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 y la 2011/36/UE, de 5 de abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas.

<sup>614</sup> Países como Holanda desde 1976, Austria con la entrada en vigor de la Ley de responsabilidad de las personas jurídicas por hechos delictivos de 1 de enero de 2006, Bélgica, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Irlanda, Islandia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Noruega, Polonia, Portugal, Reino Unido, Suecia y Suiza admiten aunque con variaciones este tipo de responsabilidad penal de la persona jurídica. Véase, ROBLES PLANAS, Ricardo “¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la Ley austriaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos delictivos”, *Indret*, núm. 2, 2006, pp.8 y ss.

<sup>615</sup> Estos instrumentos jurídicos supranacionales habitualmente mencionan expresamente la responsabilidad de las personas jurídicas, pero de ellos no se deriva que necesariamente deba adoptarse una responsabilidad de naturaleza penal. En la UE Convenios, decisiones marco y directivas se limitan a solicitar que los Estados adopten las medidas necesarias para que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables de ciertas infracciones, así como que se les impongan sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias de carácter penal o administrativo en ámbitos tan dispares como la protección de los intereses financieros de la Unión, la trata de seres humanos o los delitos contra los sistemas informáticos. En el mismo sentido se pronuncian los Convenios del Consejo de Europa en los que cada parte, de conformidad con sus principios jurídicos, podrá prever una responsabilidad de la persona jurídica penal, civil o administrativa.

de la responsabilidad de las personas jurídicas que se ha realizado en el ordenamiento penal español haya sido objeto de duras críticas, provenientes incluso de los más acérrimos defensores de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

### **5.2.2. *Personas jurídicas y trata de seres humanos***

El nuevo delito de trata de seres humanos ha sido uno de esos delitos en los que expresamente se ha ampliado el ámbito de posibles sujetos activos del delito a las personas jurídicas. En el contexto supranacional la preocupación por la lucha contra la delincuencia organizada y su vinculación con el concreto delito de trata de seres humanos explican que tanto la Directiva 2011/36 como el Convenio de Varsovia se refieran de forma expresa a la responsabilidad de las personas jurídicas estableciendo la necesidad de adoptar las medidas necesarias para que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables.

De forma genérica los instrumentos supranacionales establecen que las personas jurídicas deberán ser responsables cuando la trata de personas sea cometida en su beneficio por cualquier persona que ostente un cargo directivo en su seno, concretándose que dicho cargo debe basarse en un poder de representación, en una autoridad para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica o bien en el ejercicio de control dentro de la misma. A su vez, se amplía la responsabilidad de la persona jurídica cuando la conducta sea realizada por una persona sometida a su autoridad, como consecuencia de la falta de supervisión o control por parte de los cargos directivos.

Completando el régimen jurídico previsto para las personas jurídicas el art. 6 de la Directiva de 2011 prevé la imposición en estos supuestos de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias que incluirán *multas de carácter penal o de otro tipo*, y podrán incluir otras sanciones como : a) la exclusión del disfrute de ventajas o ayudas públicas; b) la inhabilitación temporal o permanente para el ejercicio de actividades comerciales, c) sometimiento a la vigilancia judicial, d) disolución judicial y c) cierre temporal o definitivo de los establecimiento utilizado para cometer la infracción. En sentido similar, el art. 23.2 del Convenio de Varsovia se refiere a sanciones o medidas penales o no penales, efectivas, proporcionadas y disuasorias, incluidas las sanciones monetarias, así como el cierre temporal o definitivo de cualquier establecimiento utilizado para llevar a cabo la trata de seres humanos (art. 23.4).

Por tanto, del tenor literal de estos preceptos no es posible extraer la obligatoriedad de prever una responsabilidad penal para las personas jurídicas, ni para el establecimiento de unas sanciones de carácter penal, tampoco en el delito de trata de seres humanos. A lo único que obligan es a garantizar la existencia de una

responsabilidad de la persona jurídica en esos casos y la correspondiente imposición de una multa, sin concretar la naturaleza jurídica de la responsabilidad y de las sanciones que el Estado debe prever. Sin embargo, la reforma de 2010 introdujo una responsabilidad denominada penal para las personas jurídicas y unas sanciones calificadas como pena, que cumplen con creces las obligaciones europeas e internacionales. El sistema imputación de la responsabilidad de las personas jurídicas y las sanciones previstas en estos instrumentos coinciden con las previstas de forma general en el art. 31 bis y 33.7 CP y, por consiguiente, con el previsto en el art. 177 bis del mismo texto.

Precisamente es el apartado 7 del art. 177 bis CP el que establece que cuando, de acuerdo con lo establecido en el art. 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 art.66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del art. 33.

El propio tipo penal se remite al art. 31 bis CP que es el precepto en el que se reconoce la responsabilidad de las personas jurídicas de forma general, se define el modelo de imputación y sus parámetros de aplicación, así como al art. 33 CP que recoge el catálogo de penas a imponer a las personas jurídicas. Por ese motivo, sin afán de exhaustividad, pues un tema como éste necesitaría un trabajo de investigación propio, se hará un breve análisis de art. 31 bis CP y el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Cuando se habla de personas jurídicas en el contexto del delito de trata de seres humanos se está haciendo referencia normalmente a aquellas personas jurídicas que gestionan el transporte de las víctimas y otorgan la documentación precisa para que éstas sean trasladadas al lugar en el que serán explotadas que reciben el dinero que la víctima le puede otorgar, pero sobre todo los que obtienen como parte integrante del proceso de trata de seres humanos, por captar a las víctimas y ponerlas en disposición de ser explotadas. En este mismo sentido, las agencias de colocación o empresas de trabajo temporal pueden actuar como captadores de potenciales víctimas otorgando apariencia de verosimilitud a las ofertas de trabajo fraudulentas. También se incluiría la responsabilidad de las posibles empresas en las que las víctimas son explotadas, ya sea un club de alterne o similar, u otro tipo de empresa siempre y cuando se cumplan las exigencias del art. 31 bis CP.

### **5.2.3. *Personas Jurídicas responsables***

En la medida en que el delito de trata no presenta peculiaridades especiales con relación a cualquier estudio de Parte Especial, las cuestiones esenciales relativas a la conducta típica de las personas jurídicas están vinculadas con los requisitos del primer apartado del art. 31 bis CP.

Si le relacionamos el art. 31 bis con el art. 129 CP el sujeto de imputación de este tipo de responsabilidad se identifica con cualquier persona jurídica, pues cuando se trate de empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones que carezcan de personalidad jurídica únicamente podrán acordarse las consecuencias accesorias previstas en el art. 129 CP. La responsabilidad penal de las personas jurídicas es predicable únicamente de aquellos entes que ostenten esa personalidad, que puedan ser calificados de personas jurídicas.

Sin embargo no todas las personas jurídicas se van a ver afectadas por el art. 31 bis CP, pues el propio precepto excluye la responsabilidad penal del *Estado, las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales*<sup>616</sup>, *las organizaciones internacionales de derecho público, así como aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general. Puede comprarse que precisamente esta responsabilidad penal se articula en torno a las corporaciones de derecho privado*<sup>617</sup>.

### **5.2.4. *El sistema dualista de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas. Doble vía de imputación***

La doctrina mayoritaria parte de que el Legislador español ha optado por establecer un modelo de imputación societaria basado en la transferencia del hecho<sup>618</sup>,

---

<sup>616</sup> Las agencias estatales se encuentran reguladas en Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos (LAE) y en la Ley 6/1997 de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE); Las Entidades Públicas Empresariales se definen en el art. 166 de la Ley 33/2003 de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP)

<sup>617</sup> La primera redacción del párrafo otorgada por la Ley Orgánica 5/2010 excluía también a los partidos políticos y sindicatos, si bien la LO 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, vigente desde enero de 2013 ha eliminado acertadamente la exclusión de partidos políticos y sindicatos, motivo por el cual podrán verse afectados por la responsabilidad de las personas jurídicas

<sup>618</sup> Vid. FGE, *Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, p. 33; Díez RIPOLLÉS, José Luis, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española”, *Revista Indret*, núm. 1, 2012, p. 14; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, “La responsabilidad penal de las



si bien el sistema suele ser denominado mixto al constatarse en su larga redacción la inclusión de elementos propios de los denominados modelos de autorresponsabilidad<sup>619</sup>. Sin embargo, salvo excepciones puntuales como la mantenida en la Circular 1/2011 de la Fiscalía General, los autores intentan reinterpretar el precepto penal en un intento de garantizar su compatibilidad con los principios del Derecho penal y las garantías constitucionales, garantizando, entre otros, el principio de responsabilidad penal personal y el de culpabilidad<sup>620</sup>. Por el contrario y partiendo precisamente de la incompatibilidad del modelo de atribución de responsabilidad con el derecho positivo y los principios propios del Derecho penal, otro sector doctrinal defiende que el sistema de imputación introducido no puede ser otro que el **modelo de autorresponsabilidad**<sup>621</sup>. A la persona jurídica se le debe imputar un injusto propio, objetiva y subjetivamente imputable, una culpabilidad propia. En este sentido el Informe del CGPJ de 2009 de 24 de febrero sobre el anteproyecto de reforma advirtió que un sistema legal basado en el sistema vicarial implicaría el reconocimiento de la responsabilidad objetiva y problemas de constitucionalidad por hacer responder a la

---

Personas Jurídicas y los principios básicos del Sistema”, en *Revista Abogados*, núm. 77, sept. 2011, p. 39; Se refiere a un modelo de identificación amplio DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, “Responsabilidad penal de empresas y código de buena conducta corporativa”, en *Diario La Ley*, núm. 7670, Sección Doctrina, 11 julio 2011, Año XXXII, p.6; FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español (una visión crítica)”, *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 25, septiembre de 2011, p. 20 y 24.

<sup>619</sup> Vid. MARTÍNEZ PARDO, Vicente José, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Revista internauta de práctica jurídica*, nº 26, 2011, p. 69; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “La reforma del Código penal: una aproximación desde el contexto”, *Diario La ley*, núm. 7464, Sección Doctrina, 9 sept. 2010, Año XXXI, pp. 10 y 11; Los autores suelen poner de manifiesto el carácter ambiguo del modelo previsto por el Legislador penal español, para a continuación realizar interpretaciones correctoras del tipo en un intento de adecuarlo a los criterios de imputación propios de los modelos de autorresponsabilidad. Véase, FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, “Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español” en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Tratado de Responsabilidad penal de las Personas jurídicas*, Ed. Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2012, p. 73; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal”, *Diario La Ley*, Núm. 7534, Sección Tribuna, 23 de diciembre de 2010, año XXXI, p.3 y 7.

<sup>620</sup> Fuertemente crítico con la Circular 1/2011 que manifiesta que el modelo vicarial instaurado por el Legislador penal español no es objetable desde el punto de vista constitucional, p. 36, Vid FEJOO SÁNCHEZ, “Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español”, op. cit., p. 69 y ss.; RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, “La culpabilidad en los delitos cometidos por la persona jurídica. El “delito de sospecha blindado” y la responsabilidad objetiva “impura” en la circular 1/2010 de la FGE”, en *Diario La Ley*, núm. 7694, sección doctrina, 14 de septiembre 2011, Años XXXII, pp. 1- 12.

<sup>621</sup> Así, ZUGALDÍA ESPINAR, *La Ley Penal*, núm. 76, 2010, p.1; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, “Capítulo I. Vigencia de la RPPJ en el derecho sancionador español” en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Tratado de Responsabilidad penal de las Personas jurídicas*, Ed. Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2012, p. 21; FEJOO SÁNCHEZ, “Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español” en op. cit., p. 65; Reconoce que el art. 31 bis CP difícilmente puede compatibilizarse con el principio de responsabilidad penal por el hecho propio MORALES PRATS, Fermín, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2010, pp.55-56; GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Diario La Ley* 7534, 23 de diciembre de 2010, pp. 8-10; GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás y JUANES PECES, Ángel, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor”, en *Diario La Ley*, núm. 7501, 2010, p.3.

persona jurídica por el hecho de la persona física. Para solventar estos obstáculos propone una serie de reformas que deberían adoptarse durante la tramitación parlamentaria para adecuar el sistema a un sistema de responsabilidad por el hecho propio. No obstante, acaba el informe en este punto recomendando al menos la unificación de los dos primeros párrafos del art. 31 bis. 1 CP si lo que se pretende es mantener el sistema de responsabilidad vicarial inicialmente previsto.

El art. 31 bis. 1 CP se establece una doble vía de imputación para determinar la responsabilidad de las personas jurídicas<sup>622</sup>. Por un lado, la realización de la conducta típica por un representante o administrador en nombre o por cuenta de la persona jurídica, y en su provecho. Por otro lado, la comisión del delito por parte de empleados de la persona jurídica propiciado por no haber ejercido el debido control.

Esta doble vía para la imputación del hecho a la persona jurídica tiene su origen en los instrumentos jurídicos de la UE. Sin embargo en la legislación española a diferencia de la europea las consecuencias jurídicas para la persona jurídica son las mismas con independencia de cuál sea la forma de imputación del hecho de referencia. Mientras que las decisiones marco y directivas distinguen entre la responsabilidad consecuencia de la actividad delictiva del representante o administrador de la personas jurídica y la derivada de la actividad de empleados, estableciendo de forma general que en el segundo de los supuestos los Estados deben imponer sanciones o medidas efectivas, proporcionadas y disuasorias, mientras que en el primero los estados se deben ajustar al catalogo de sanciones expuesto, normalmente multas de carácter penal o no, así como otra serie de sanciones que se recogen en el texto a título ejemplificativo, como la liquidación o la vigilancia judicial<sup>623</sup>. Así, los propios instrumentos de la Unión Europea, cuando establecen la responsabilidad de las personas jurídicas, insinúan que deben establecerse sanciones más graves si el delito ha sido cometido por un directivo de la entidad, que por un subordinado. Sin embargo, en la legislación penal española la posición que ocupa el autor en la empresa es exclusivamente uno de los criterios a tener en cuenta a la hora de acordar alguna de las penas previstas para las personas jurídicas, salvo la multa.

El primer párrafo del art. 31 bis 1 CP prevé el **primer título de imputación**. La responsabilidad penal se imputará a la persona jurídica por los delitos cometidos en su nombre o por cuenta de la misma, por sus representantes legales y administradores, y en su provecho. Por consiguiente, la conducta delictiva debe haber sido cometida por una persona física, en concreto, exige este precepto que el sujeto activo de la

---

<sup>622</sup> Vid. Díez RIPOLLÉS, *Revista Indret*, núm. 1, 2012, p. 20; FERNÁNDEZ TERUELO, *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 25, septiembre de 2011, p.31.

<sup>623</sup> Sirva de ejemplo el art. 9 de la Decisión Marco 2000/383 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre el fortalecimiento de la protección por medio de sanciones penales y de otro tipo, contra la falsificación de moneda con miras a la introducción del euro.

conducta delictiva sea el representante legal o el administrador<sup>624</sup>, pudiendo ser éste de derecho o de hecho, de la persona jurídica.

Sin embargo, no es suficiente que estos sujetos activos realicen el hecho comisivo para poder imputar la responsabilidad a la persona jurídica. El precepto penal recoge unos criterios para la atribución a la persona jurídica de los delitos cometidos por las personas físicas como son el actuar en nombre o por cuenta de la empresa, y en su provecho. La concurrencia de estos requisitos da cumplimiento a lo dispuesto en el apartado 1º del art. 31 bis 1 CP y, por tanto, se procede a transferir el hecho típico de la persona física a la jurídica, aunque cierto sector doctrina ha intentado introducir elementos, adicionales, propios de los modelos de autorresponsabilidad, tales como la concurrencia de un defecto de organización de la persona jurídica.

El segundo párrafo del art. 31 bis 1 CP recoge la **segunda vía de imputación**, donde ha intentado identificarse el modelo de responsabilidad por el hecho propio. En este segundo apartado se establece la responsabilidad penal a la persona jurídica por los delitos cometidos por los empleados de la misma, siempre que se cumplan ciertas exigencias. La persona jurídica será responsable penalmente cuando el empleado, sometido a la autoridad del representante legal o administrador de hecho o de derecho, lleve a cabo un comportamiento delictivo, siempre que se haya actuado en el ejercicio de actividades sociales, por cuenta y en provecho de persona jurídica, por no haberse ejercido sobre él el control debido.

Aquellos miembros de la persona jurídica, distintos a representantes legales y administradores, pueden cometer en su seno ciertas conductas delictivas. Estos delitos generarán responsabilidad para la persona jurídica siempre que los representantes de la sociedad omitan sus deberes de vigilancia y control. Por el contrario, si el delito se ha cometido pese a la existencia de un debido control, la conducta no generará

---

<sup>624</sup> Respecto a la definición de administrador, tanto de hecho como de derecho, será esencial la concreción que de dichos términos se ha realizado respecto al artículo 31 CP. Entre otras sentencias, pueden verse, sobre la delimitación entre administrador de hecho y de derecho la STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 59/2007, 26 de enero, F.J. único, (Ponente: Andrés Martínez Arrieta), [ROJ:: STS 471/2007]; STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 816/2006, de 26 de julio, F.J. 2º, (Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre), [ROJ:: STS 4580/2006]; STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 480/2009, de 22 de mayo, F.J. 11º, (Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre), [ROJ:: STS 3057/2009]; Jurisprudencialmente, la STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 606/2010, de 25 de junio, F.J. 7º, (Ponente: Excmo. Sr. Luciano Varela Castro), [ROJ:: STS 3873/2010) establece las pautas para delimitar el concepto de administrador de hecho. Se refiere en primer lugar “a aquellos que habiendo ostentado formalmente el cargo, son privados de éste por nulidad de la designación o finalización del mandato si, de hecho, sigue ejerciendo las mismas atribuciones”. Y de otro lado, mantiene de forma más amplia que podrán ser administradores de hecho “los que actúan como tales, sin previo nombramiento o designación, «...si su actuación como tales administradores, además, se desenvuelve en condiciones de autonomía o independencia y de manera duradera en el tiempo». Vid. DíEZ RIPOLLÉS, *Revista Indret*, núm. 1, 2012, p. 20; FGE, *Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por LO/2010*, 2011, pp. 41-42; GÓMEZ MARTÍN, Víctor, “De las personas criminalmente responsables de delitos y faltas”, en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu y MIR PUIG, Santiago (dirs.), *Comentarios al código penal. Reforma LO/2010*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 133.

responsabilidad alguna para la persona jurídica. Por tanto, ambos títulos de imputación responden en última instancia a los representantes y administradores de la persona jurídica. En un primer momento, por ser ellos lo que directamente realizan el injusto penal. En segundo lugar, por no haber evitado la comisión de hechos delictivos en su seno.

### ***5.2.5. Penas previstas para las personas jurídicas: Pena de multa y otras penas potestativas***

Respecto a las penas previstas en los supuestos de personas jurídicas, el apartado 7 de art. 177 bis CP opta de entre el catálogo específico de penas previstas para las personas jurídicas en el art. 33.7 CP<sup>625</sup>, por la imposición de una multa proporcional que podrá ascender del triple al quíntuple del beneficio obtenido a través de la actividad criminal.

El lugar central en el catálogo de penas imponibles a las personas jurídicas lo ocupa la pena de multa, por cuotas o proporcional, que se configura como la pena principal al encontrarse presentes en todos aquellos supuestos en los que se reconoce la responsabilidad de las personas jurídicas. Es a la Parte Especial del Código Penal a la que debe acudir para determinar si para la comisión de un determinado delito está prevista para la persona jurídica, la pena de multa por cuotas o proporcional<sup>626</sup>. Las restantes penas recogidas en el catálogo del art. 33.7 CP sólo se aplicarán a los delitos que expresamente lo prevean, lo que ocurre en bastantes ocasiones a lo largo del código<sup>627</sup>, con un remisión genérica a los apartados b) a g) del apartado 7 del art. 33

---

<sup>625</sup> Las penas previstas en el art. 33.7 CP no son desconocidas para nuestro ordenamiento ya que sustancialmente coinciden, a excepción de la pena de multa y la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, con las previstas como consecuencias accesorias en la anterior redacción del art. 129 CP. Por disposición legal expresa todas las penas previstas para las personas jurídicas son calificadas como penas graves, con independencia de su cuantía o duración. La calificación de estas penas como graves tendrá efectos respecto a la prescripción de las penas, que de acuerdo con el art. 133. 1CP prescribirán a los 10 años desde que hayan sido impuestas por sentencia firme, salvo en aquellos casos de inhabilitaciones superiores a 6 ó 10 años, que prescribirá a los 15 ó 20 años, respectivamente.

<sup>626</sup> Se emplea, por ejemplo, en relación con los beneficios obtenidos (art. 189 bis), el beneficio obtenido o favorecido (art. 288) y la cantidad defraudada (art. 251 bis). Mientras que la multa por cuotas se reserva para las insolvencias punibles (art. 261 b), la receptación y el blanqueo de capitales (302), los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (art. 327) y los delitos de terrorismo (art. 576 bis).

<sup>627</sup> Así, el art. 156.3 relativo al tráfico de órganos; 177 bis. 7 CP de trata de seres humanos: está prevista una pena del triple al quíntuple del beneficio obtenido (llama la atención la gravedad de la pena prevista para las penas previstas para las personas físicas, de hasta 12 años de prisión en relación con la poca severidad de la que se prevé para las personas jurídicas por mucho que la consideración nominal de pena grave. Si es cierto que siempre cabrá aplicar el resto de sanciones del art. 33.7 C; el art. 189 bis; 197.3 delito hacking; 251 bis relativo a la estafa. El 261 bis sobre insolvencias punibles; 264.4 referido a daños informáticos; 288 relativo a delitos contra la propiedad intelectual, industrial contra el mercado y los consumidores, art. 302.2 blanqueo de capitales, 310 bis 318 bis. 4; 319.4, 327, 328.6, 343.3,

CP, mediante la expresión de que jueces y tribunales podrán imponer “las penas”, que es precisamente lo que ocurre en el delito de trata.

En el delito de trata de seres humanos la pena a imponer en caso de responsabilidad de personas jurídicas es la de **multa proporcional** que podrá ascender del triple al quíntuple del beneficio obtenido a través de la actividad criminal. En aquellos delitos en los que se establece una multa proporcional cuyo valor de referencia para su cuantificación es la beneficio obtenido mediante la actividad delictiva, así como cuando se alude al daño causado o al valor del objeto, pueden existir problemas a la hora de determinar la cuantía de la multa a imponer.

La multa debe imponerse dentro de los límites fijados por cada delito, en el delito de trata de seres humanos, del triple al quíntuplo del beneficio obtenido, de acuerdo con las circunstancias atenuantes<sup>628</sup> y agravantes del hecho<sup>629</sup>, y principalmente, atendiendo a la situación económica del culpable, en este caso de la persona jurídica. Para la aplicación de la pena de multa deberán atenderse a las reglas generales 1ª a 4ª y 6ª a 8ª del primer número del art. 66 CP, complementándose con una reglas específicas previstas en el art. 66 bis CP. Estas reglas generales se refieren a la incidencia de la concurrencia de las circunstancias agravantes y atenuantes en la aplicación de la pena. Así, la pena deberá aplicarse según cada caso en la mitad inferior o superior de la pena prevista o incluso la pena inferior en uno o dos grados o superior en un grado. La única regla excluida del art. 66 CP, la 5ª, se refiere a la agravante de multi-reincidencia. El cálculo de la pena de multa en su grado superior o inferior a la prevista en el tipo se realizará atendiendo a las reglas del art. 70 CP. En el caso de las personas jurídicas, las atenuantes a tener en cuenta no serán las previstas de forma general en el art.21 CP, sino las atenuantes específicas previstas para las personas jurídicas en el art. 31 bis. 4 CP<sup>630</sup>. La determinación de las circunstancias

---

348.3, 369.2 y 369 bis, 399 bis 1. Párrafo 2 y 3. 427.2 relativo al cohecho, 430 tráfico de influencia, 445.2 y 576 bis .3.

<sup>628</sup> En el caso de las personas jurídicas, las atenuantes a tener en cuenta no serán las previstas de forma general en el art. 21 CP que se circunscriben a las personas físicas, sino las atenuantes específicamente previstas para las personas jurídicas en el art. 31 bis. 4 CP. Las circunstancias atenuantes, aplicables a las personas jurídicas se caracterizan por ser circunstancias posteriores a la comisión del delito y tienen en común que deben ser realizadas por los representantes legales de la persona jurídica, no atenuando la pena cuando son realizadas por aquéllos que no representan a la sociedad aunque posean cierta relación con la persona jurídica.

<sup>629</sup> Debe destacarse que el texto penal no incluye un listado de circunstancias agravantes de la responsabilidad para las personas jurídicas, mientras que el art. 22 CP recoge el listado genérico de circunstancias agravantes, que difícilmente es aplicable a la persona jurídica. El Código Penal únicamente se refiere de forma indirecta a la reincidencia de la persona jurídica, pero no como circunstancia agravante específica sino como un elemento a tener en cuenta a la hora de determinar la duración de las penas previstas en las letras b) a g) del art. 33. 7 CP. Al igual que se hace referencia a la instrumentalización de la persona jurídica.

<sup>630</sup> Las concretas y específicas circunstancias atenuantes previstas para las personas jurídicas son, en primer lugar, la confesión, que deberá producirse con anterioridad al conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial contra la persona jurídica. Por tanto, carecerá de valor cualquier confesión realizada con posterioridad a la existencia de una resolución judicial que identifique a la persona

agravantes es más complicada puesto que no existe un precepto equivalente al apartado 4 del art. 31 bis, no estableciendo el Legislador circunstancias específicas que puedan agravar la responsabilidad de las personas jurídicas<sup>631</sup>.

En el delito de trata de seres humanos existe un claro inconveniente en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, derivada principalmente del hecho que los beneficios económicos se producen normalmente como consecuencia de actos posteriores de explotación, trabajos forzados, mendicidad, explotación sexual o extracción de órganos<sup>632</sup>, conductas relacionadas con la trata de personas pero que no deben confundirse con el concreto delito de trata. Por consiguiente, difícilmente si no se materializa la explotación perseguida o si ésta es impuesta por una tercera persona ajena al momento previo de trata existirán beneficios que sirvan como valor de referencia para cuantificar la multa a imponer. Aunque también cabe la posibilidad que la obtención de beneficios se vincule con el dinero pagado por aquellos extranjeros que pretenden entrar irregularmente en un país del que no son nacionales ni residentes, es decir, con el delito de tráfico de personas, y no con la trata de personas en sí misma que no necesariamente debe implicar un traslado internacional,

---

jurídica como presunta responsable. Otra de las circunstancias atenuantes previstas es la colaboración en la investigación del hecho. Además, se prevé como atenuante la reparación del daño y, finalmente, la adopción de medidas de prevención y detección de delitos para el futuro como circunstancias que atenúan la responsabilidad que se corresponden en buena parte con los denominados programas de cumplimiento. Parece lógico que entre las circunstancias atenuantes no se hayan incluido otras que sí se modifican la responsabilidad de las personas físicas, como la adicción o el arrebatado así como otras que por sus particularidades son aplicables a las personas físicas. No obstante, llama la atención que la nueva atenuante de dilación extraordinaria o indebida en la tramitación del procedimiento, del art. 21. 6<sup>a</sup> CP, no se haya trasladado al ámbito de las personas jurídicas, pues ninguna particularidad de la persona jurídica lo impide. Lo mismo puede decirse de la ausencia de una circunstancia de cierre referente a circunstancias de análoga significación que las anteriores relacionada con el art. 31 bis. 4 CP, tal y como se establece para las personas físicas en el art. 21.7<sup>a</sup> CP.

<sup>631</sup> Se establece en el apartado 3 del art. 31 bis CP un régimen de incomunicabilidad a la persona jurídica de las circunstancias eximentes o modificativas de la responsabilidad penal que concurren en la persona física. Este precepto penal establece que “*la concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído de la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídica, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente*”. El precepto viene a establecer que únicamente las circunstancias atenuantes específicamente previstas para la persona jurídica en el apartado posterior que concurren en la propia persona jurídica tendrán capacidad para atenuar la pena impuesta a la persona jurídica. No son transmisibles a la persona jurídica ni las circunstancias atenuantes ni agravantes que concurren en la persona física que haya ejecutado materialmente el hecho delictivo, la persona jurídica cuenta con sus propias circunstancias modificativas de la responsabilidad. Ello a pesar que las reglas a las que se remite el art. 66 bis CP para la determinación de la pena se refiere a la concurrencia de atenuantes y agravantes en el hecho. Si se mantiene que las circunstancias modificativas de la responsabilidad de la persona física no se transfieren a la persona jurídica difícilmente, por no decir, imposible podrá adoptarse la pena superior en grado a la prevista en el delito por la concurrencia de circunstancias agravantes, precisamente porque no existe un catálogo específico de las mismas aplicables a las personas jurídicas.

<sup>632</sup>Vid. TERRADILLOS BASOCO, “Capítulo 24. Trata de seres humanos” en op.cit., p.215; LLORIA GARCÍA, “Lección XI. Trata de seres humanos, en op.cit., p. 308. DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto, *El delito de trata de personas*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 164.

que tiene prevista una pena de multa equivalente a la trata de seres humanos cuando del delito sea responsable una persona jurídica.

Para resolver las dificultades que pueden surgir a la hora de concretar el valor de referencia exigido por el tipo penal para el cálculo de la multa, a diferencia de lo que ocurre en los casos de la pena de multa proporcional prevista para personas físicas, el Legislador ha establecido una cláusula en virtud de la cual la pena de multa inicialmente proporcional se transforma en una multa por cuotas. Por ese motivo cuando en un delito de trata de seres humanos no se puede fijar el beneficio obtenido a través de la actividad criminal, que se constituye en este delito como valor de referencia, deberá atenderse a la solución prevista por el Legislador en el art. 52.4 CP, evitando con ello la imposibilidad de concretar la multa a imponer y la impunidad de la persona jurídica responsable penalmente.

Cuando la multa proporcional inicialmente prevista se transforme en una multa por cuotas deberá atenderse a la pena de prisión prevista para el delito en caso de ser una persona física la responsable penal. El delito de trata de seres humanos tiene previsto en su tipo básico un marco penal de 5 a 8 años de prisión, por lo que la nueva multa debería tener una duración de dos a cinco años, pues se prevé que para aquellos delitos cometidos por persona física con pena de prisión superior a cinco años, la multa a imponer a la persona jurídica será de dos a cinco años, mientras que la multa se disminuiría de uno a tres años cuando la pena de prisión prevista sea más de dos años pero inferior a cinco, o bien de seis meses a dos años en el resto de los casos. Atendiendo a los efectos negativos que la pena de multa puede implicar para la persona jurídica y sobre todo para los puestos de trabajo existentes se prevé la posibilidad de fraccionar el pago de la multa que se le imponga a la persona jurídica, y también cuando el interés general lo aconseje.

Además de la pena de multa proporcional, el art. 177 bis 7 CP establece la posibilidad de imponer algunas de las medidas previstas en las letras b) a g) del art. 33.7 CP. Por tanto, el juez podrá imponer en estos supuestos cualesquiera de las **penas potestativas** previstas en el catálogo general para las personas jurídicas. Mientras que la imposición de la pena de multa es obligatoria para la persona jurídica responsable del delito de trata, las restantes penas que se pueden imponer se caracterizan por su carácter potestativo. Al juez le corresponderá motivar el acuerdo de alguna de estas penas, atendiendo a una serie de criterios legales previstos expresamente. Así, la imposición y extensión de estas penas debe responder a la necesidad de prevenir la continuidad delictiva o sus efectos. Debe atenderse a sus consecuencias económicas y sociales, especialmente a los efectos que puedan desplegar sobre los trabajadores, así como al puesto que ocupa en la persona jurídica la persona física que incumplió el deber de control.

Esta penas de carácter potestativo son de diversa entidad y duración, desde la disolución de la persona jurídica pasando por la suspensión de sus actividades o la clausura de sus locales y establecimientos por un plazo no superior a cinco años, hasta la prohibición de realizar en el futuro las actividades, la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas y la intervención judicial, para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.

En primer lugar, la pena más grave que podría imponerse a la persona jurídica sería la de disolución que conllevaría la pérdida definitiva de la personalidad jurídica y con ello su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier cales de actividad aunque sea lícita. En segundo lugar, se recoge en el catálogo de penas la consistente en la suspensión de las actividades de la persona jurídica, por un plazo no superior a cinco años. En cuanto una suspensión total de actividades de la persona jurídica puede implicar una disolución, el juez atendiendo al principio de proporcionalidad, debería poder motivar qué actividades de las múltiples que puede desempeñar una persona jurídica deben ser suspendidas temporalmente. Lo mismo debe mantenerse frente a la pena de clausura temporal de los locales y establecimientos, que no necesariamente debe referirse a la totalidad de los mismos. En tercer lugar, entre las penas susceptibles de ser impuestas a las personas jurídica se encuentra la prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, a diferencia de lo que ocurre con la suspensión de actividades puede ser temporal o definitiva, ampliándose su límite máximo de duración a quince años en caso de ser temporal. En cuarto lugar y como novedad se introduce la pena de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la seguridad social, por un plazo que no podrá exceder de quince años. Finalmente, se recoge la intervención judicial de la persona jurídica con la clara finalidad de salvaguardar los derechos de los trabajadores y de los acreedores por el tiempo que se estime necesario. Sin embargo, la duración máxima de esta intervención judicial será de cinco años. Esta intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. Le corresponde al juez o tribunal, ya sea en sentencia o, posteriormente, mediante auto concretar el contenido de la intervención, determinando quién será el encargado de la intervención y los plazos para la entrega de los informes de seguimiento al órgano judicial. Para el cumplimiento de sus funciones el interventor de la persona jurídica tendrá derecho a acceder a las instalaciones de la misma y a recibir toda aquella información que considere necesaria para el desempeño de su labor. La intervención judicial podrá modificarse o suspenderse en todo momento previo informe del interventor y del ministerio fiscal.



La imposición de estas penas es una facultad que se otorga al juez o tribunal que posee un amplio margen de apreciación. Sin embargo el límite máximo de duración de estas penas está fijado legalmente, en la regla 2ª del art.66 CP, al establecerse que la duración de la misma no puede exceder de la duración de la pena privativa de libertad que se hubiese previsto para la persona física de haber realizado el delito. Además, se exige para que la pena pueda ser superior a dos años que se trate de una persona jurídica reincidente o que se la utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos legales. Por disposición legal se entenderá que la persona jurídica es utilizada para la comisión de delito cuando su actividad legal sea menos relevante que su actividad ilegal.

Respecto a la pena de disolución, así como la de prohibición de realizar actividades en el futuro de forma permanente o por un plazo superior a cinco años, así como la imposición de la inhabilitación para obtener ayudas públicas por tiempo superior a cinco años, exige que la persona jurídica sea reincidente de acuerdo con lo previsto en el art.66.5 CP, por tanto haber sido condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos del mismo título, o bien que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales.

## **6. Comiso**

En nuestro ordenamiento jurídico la confiscación de ganancias tanto para personas físicas como jurídicas se prevé a través de la consecuencia accesoria del comiso prevista en el art. 127 CP. Por ese motivo aunque el art. 177 bis CP no se pronuncie al respecto éste será plenamente aplicable de conformidad con las disposiciones generales.

Se da cumplimiento con el art. 127 CP a las disposiciones del Convenio de Varsovia, art.23.3 CP, que insta a los Estados a adoptar las medidas necesarias para posibilitar la confiscación o incautación de los instrumentos y productos de la trata de seres humanos, así como de los bienes cuyo valor corresponda a dichos productos. En el mismo sentido se pronuncia el art.7 de la Directiva de 2011.

En relación con el delito de trata de seres humanos no presenta particularidades. No obstante, en cuanto éste se produzca en el seno de una organización o grupo criminal debe estarse a lo dispuesto en el apartado 1 del art. 127 CP resultante de la nueva redacción dada por Ley Orgánica 5/2010<sup>633</sup>. En 2010 se incluye un segundo inciso en el apartado para introducir legalmente en España el

---

<sup>633</sup> Sobre la reforma operada en el comiso puede verse, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “La reforma del Comiso”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2010, pp. 107-110.

denominado comiso ampliado para aquellos delitos dolosos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.

Esta ampliación de comiso tiene su origen en diversos Tratados internacionales, tales como la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas o la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada, que introducen disposiciones amplias sobre el comiso. Así como, en disposiciones europeas como la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito que de forma pormenorizada se refiere a las distintas modalidades de decomiso, instando a los Estados a proceder al comiso total o parcial de los bienes que pertenezcan a una persona condenada por delitos de terrorismo o en el marco de una organización delictiva.

Privar a los autores del delito de los beneficios obtenidos por la actividad criminal desplegada tiene entre sus fines prevenir el delito y disuadir de su comisión. Partiendo de teorías criminológicas que fundamentan la criminalidad en la racionalidad del delincuente, que libremente elige la realización de la conducta delictiva tras un cálculo de los costes y beneficios que pueden derivar de su conducta, el comiso de los bienes obtenidos por el autor del delito se configura como un mecanismo adecuado para ello.

De acuerdo con el art. 127 CP la pena impuesta por el delito de trata irá acompañada de la pérdida de los efectos que provengan del mismo, así como de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado. Además, se confiscarán las ganancias provenientes del delito con independencia de las transformaciones que se hubiesen podido producir. Tan sólo cuando éstos pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los hayan adquirido legalmente, no será posible su decomiso. Se prevé, por un lado, el comiso de bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado el delito, por otro lado, el comiso de los efectos y de las ganancias o beneficios provenientes del delito.

No obstante, cuando estemos ante bienes, efectos, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal, entre otras, se produce una ampliación del comiso. Así, se introduce en el CP una presunción en virtud de la cual, en estos casos, se entenderá que tiene origen en la actividad delictiva todo aquel patrimonio cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por la persona condenada. Se incorpora una auténtica presunción de procedencia patrimonial ilícita en actividades delictivas cometidas en el marco de la delincuencia organizada cuyos

problemas constitucionales, principalmente con el derecho a la presunción de inocencia, han sido objeto de atención por parte de la doctrina y la jurisprudencia.<sup>634</sup>

Por tanto, lo tratantes que hayan sido condenados vendrán confiscados los instrumentos que hayan utilizado para la perpetración del delito, tales como embarcaciones, automóviles o documentación, así como las ganancias que hayan obtenido por la comisión del delito, tales como el posible dinero pagado que hubiese podido entregarle la víctima o el futuro explotador de la misma y los derivados de la explotación. Además, si estos se integran en una organización criminal podrán ver decomisados aquella parte del patrimonio que atendiendo a sus ingresos lícitos se pueda entender desproporcionada, con independencia de si son resultado del concreto delito de trata por el que ha sido condenado, de otros delitos de trata o incluso de otras actividades criminales.

Pero estas disposiciones generales sobre el decomiso se ven complementadas con el denominado comiso de valor equivalente, mediante el cual se autoriza a la autoridad judicial a confiscar, cuando no sea posible el comiso de los bienes señalados con anterioridad, otros bienes del responsable penal del hecho por un valor equivalente a los mismos.

El destino de los bienes decomisados está previsto en la ley. El CP establece que éstos serán vendidos si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles, salvo que la ley prevea otro caso. Mientras que corresponderá la destrucción o inutilización de los mismos sino son bienes de lícito comercio.

---

<sup>634</sup> Al respecto puede verse, VIDALES RODRÍGUEZ, Caty, “El comiso ampliado: consideraciones constitucionales”, en CARBONELL MATEU, GONZÁLEZ CUSSAC Y ORTS BERENGUER, *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*, t. II, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 1993 y ss.; BLANCO CORDERO, Isidoro, “Comiso ampliado y presunción de inocencia”, en PUENTE ALBA, Luz (dir.) y ZAPICO BARBEITO, Mónica y RODRÍGUEZ MORO, Luis, (coord.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal*, Ed. Comares, Granada, 2008, pp.73 y ss.

## CAPÍTULO IV

### LA TRATA DE PERSONAS EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL. AGRAVACIONES

#### 1. Subtipos agravados

Los subsiguientes apartados del precepto penal recogen, entre otras cuestiones, una pluralidad de subtipos agravados para los cuales está prevista la pena superior en grado a la establecida en el tipo básico, lo que conllevará una pena de prisión de 8 años y un día a 12 años. No obstante, como viene siendo habitual cuando se trate de jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones criminales se exagera la penalidad prevista que puede originar la imposición de una pena de prisión de hasta de 18 años.

Son tres los niveles de agravación previstos, recogidos respectivamente en los apartados 4, 5 y 6 del precepto. En primer lugar, el apartado cuarto recoge una agravación fundamentada en las circunstancias objetivas en las que se produce la trata de personas y dos basadas en ciertas particulares presentes en la víctima del delito que derivan de su mayor vulnerabilidad. En segundo lugar, la agravación prevista en el apartado quinto se fundamenta en la condición de funcionario, autoridad o agente del sujeto activo del delito. Por último, el apartado sexto introduce, como viene siendo habitual, una agravación basada en la mayor peligrosidad que implica la participación de una organización criminal en la conducta delictiva.

El Protocolo de Palermo sobre trata de personas nada establece sobre agravaciones, mientras que a ellas se refieren de forma expresa tanto la actual Directiva 2011/36, al igual que lo hacía la anterior Decisión Marco de 2002, como el Convenio de Varsovia. Estas disposiciones supranacionales obligan a prever como agravantes, diversas circunstancias como la puesta en peligro deliberada o por negligencia grave de la vida de la persona, la minoría de edad o la vulnerabilidad de la víctima, la comisión del delito por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones o la comisión del mismo en el marco de una organización criminal. Si bien estas circunstancias están presentes en ambos instrumentos, la Directiva 2011/36 incluye como agravante además de las anteriores, el empleo de violencia grave o la causación a la víctima de daños particularmente graves. Estas dos agravantes específicas no tienen un reflejo en el precepto penal pero no se deriva de ello un incumplimiento por parte del Estado español. Al analizar cada uno de los subtipos agravados de trata de personas previstos en el CP español se explicará esta ausencia.

## 1.1. Por razón de la víctima

El primer nivel de agravación se fundamenta en la especial protección que merecen determinadas víctimas del delito en las que concurren ciertas circunstancias o bien por la especial lesividad del hecho. Así, de acuerdo con el apartado 4 del art. 177 bis CP, se impondrá la pena superior en grado cuando: a) se ponga en grave peligro a la víctima, b) la víctima sea menor de edad o c) la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, discapacidad o situación. En aquellos supuestos en los que concurren más de una de estas circunstancias agravatorias se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el tipo básico en su mitad superior, por tanto, un marco penal que va de 10 años y un día a 12 años de prisión.

### 1.1.1. Puesta en grave peligro de la víctima.

Entre las circunstancias agravantes previstas en los textos internacionales que deben ser valoradas por el Legislador nacional en el momento de tipificar el delito se hace referencia en primer lugar a la *puesta en peligro deliberada o por negligencia grave de la vida de la víctima*<sup>635</sup>.

Siguiendo estos mandatos internacionales nuestro Legislador ha tipificado como subtipo agravado del delito de trata de personas la realización de la conducta típica de tal forma que se ponga en grave peligro a la víctima. El desvalor de resultado que implican ciertas formas en las que se realiza la trata de personas que pueden suponer la puesta en peligro de una serie de bienes jurídico-penales de importancia esencial como son la vida o integridad física, fundamenta esta primera agravación. .

La puesta en peligro de la víctima puede producirse como consecuencia de cualquiera de las conductas típicas, no sólo como consecuencia del traslado, aunque éste es especialmente peligroso cuando se hace uso de determinados medios de transporte o se produce en ciertas circunstancias. En la trata de seres humanos, al igual que ocurre en los casos de tráfico ilegal de personas donde lo que se pretende es la entrada irregular en el territorio español, es imposible abstraerse de las trágicas noticias que provienen del estrecho o de las costas Canarias en las que el número de fallecidos en el mar en el intento de arribar a territorio español va en aumento, así como la reciente tragedia de Lampedusa donde fueron más de 300 personas las fallecidas<sup>636</sup>. Sin embargo, el viaje, en ocasiones, comienza meses e incluso años, avanzando por un tortuoso camino en el que se atraviesan las fronteras de múltiples Estados, principalmente africanos, que implica recorrer desiertos como el del Sáhara

---

<sup>635</sup> En concreto el art. 24.a ) del Convenio de Varsovia y el art. 4.2.c) de la Directiva 36/2011.

<sup>636</sup> Vid. [http://internacional.elpais.com/internacional/2013/10/03/actualidad/1380791363\\_913633.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2013/10/03/actualidad/1380791363_913633.html)

en los que fenecen por deshidratación o inanición un número indeterminado de personas<sup>637</sup>.

Este subtipo agravado será especialmente aplicable ante la utilización de determinados medios de transporte, como ocurre en el subtipo agravado del tráfico ilegal de personas (art. 318 bis. 2 CP). Por todos son conocidas las peligrosas condiciones en las que un elevadísimo número de ciudadanos extranjeros son trasladados a territorio español o europeo. Los tratantes hacen uso de múltiples estratagemas para lograr la entrada en el territorio Schengen de estos ciudadanos. Por vía marítima es habitual el uso embarcaciones inestables, como cayucos, pateras o balsas hinchables, mediante las cuales se intenta cruzar el estrecho para llegar a territorio español o bien realizar directamente el trayecto que separa la costa de Mauritania o Marruecos de las Islas Canarias con desenlaces fatales<sup>638</sup>. Las personas son hacinadas en estas débiles embarcaciones sin instrumentos de ayuda a la navegación siendo habitual que la embarcación acabe a la deriva y sin medios de comunicación que permitan solicitar ayuda en caso de peligro. Además los tratantes, no suelen facilitar medidas de seguridad, como chalecos salvavidas, ni comida ni agua suficiente para soportar la difícil travesía que suele realizarse durante la noche y con una meteorología desfavorable, lo que implica un gran riesgo no sólo de ahogamiento, sino también de hipotermia o deshidratación que ponen en riesgo la vida de las personas que se embarcan en este viaje hacia Europa. En ocasiones, son abandonadas a su suerte e incluso lanzadas al agua cuando la embarcación es detectada por las autoridades españolas, siendo los tratantes conscientes de que no saben nadar.

Estas travesías con destino a España no sólo tiene lugar haciendo uso de embarcaciones como pateras o cayucos, que en el caso de tráfico ilegal de personas son el medio de transporte más utilizado, casi el 85 % de los intentos de entrada en territorio español detectados se realizan a través de este tipo de embarcaciones<sup>639</sup>, sino que también existe una práctica habitual de transporte conocida como “motores humanos” consistente en la realización de la travesía a nado y en la que el tratante provisto de traje de neopreno y aletas propulsoras remolca al inmigrante, que es trasladado con la ayuda de un flotador o en el interior de una pequeña balsa hinchable, desde las costas marroquíes a las españolas<sup>640</sup>. La inventiva de los tratantes no cesa y

---

<sup>637</sup> El número de personas que fallecen en este viaje previo no está documentado, aunque es cada vez es más frecuente que nos lleguen noticias sobre las desoladoras consecuencias de estos viajes. Vid. <http://cnnespanol.cnn.com/2013/10/31/hallan-87-inmigrantes-muertos-en-el-desierto-del-sahara>

<sup>638</sup> Ejemplos jurisprudenciales de estas prácticas de traslado pueden encontrarse entre otras en STS (Sala de lo Penal. Sección1ª) núm. 177/2010, de 3 de marzo, (Ponente: José Manuel Maza Martín), [ROJ: STS 1004/2010]; STS (Sala de lo Penal. Sección1ª) núm. 1268/2009, de 7 de diciembre (Ponente: Francisco Monterde Ferrer) [ROJ: STS 7751/2009], STS (Sala de lo Penal. Sección1ª) núm. 704/2005, 6 de junio (Ponente: Juan Saavedra Ruíz), [ROJ: STS 3600/2005].

<sup>639</sup> Vid. APDHA, “Derechos Humanos en la Frontera Sur. 2013”, Ed. APDHA, Sevilla, 2013, p. 13. Disponible en <http://www.apdha.org/index.php> [última consulta, 20 marzo de 2014].

<sup>640</sup> Ejemplos jurisprudenciales de esta práctica pueden verse en: STS (Sala de lo Penal. Sección1ª) núm. 1039/2005, de 22 de septiembre, F.J. 1º, (Ponente: José Ramón Soriano Soriano), [ROJ: STS

ante la vigilancia que de las costas españolas realizan los cuerpos de seguridad del Estado, surgen nuevas formas de traslado en un intento de burlar estas medidas de seguridad, como el traslado en barcos destinados al transporte de residuos y materiales de desecho que unen Ceuta y Algeciras.

A diferencia de lo que pueda parecer, el traslado por vía terrestre no es más seguro y finaliza en muchas ocasiones con dramáticas consecuencias. Son prácticas habituales la creación de dobles fondos minúsculos en vehículos en los que se contorsionan las personas para lograr cruzar el paso fronterizo habilitado sin ser detectados por las autoridades<sup>641</sup>, así como dentro de maletas o bolsos de viaje<sup>642</sup> o escondidos entre la mercancía de camiones que atraviesan las fronteras estatales, con el correspondiente riesgo de asfixia, deshidratación, quemaduras o aplastamiento, entre otros. La ausencia de unas condiciones mínimas de seguridad convierte el traslado en una auténtica ruleta rusa donde el final del trayecto es incierto<sup>643</sup>.

Sin embargo, son múltiples y variadas las formas en las que la víctima puede ser puesta en peligro durante el proceso de trata. No sólo durante el traslado atendiendo a los medios de transporte utilizados, se puede poner en peligro a la víctima, sino también mediante conductas especialmente violentas durante captación e incluso durante el alojamiento. Las víctimas de trata, sobre todo cuando se pretende su explotación laboral, son alojadas en cobertizos sobreocupados donde viven numerosas familias, así como en pequeños talleres clandestinos en los que las personas viven y trabajan en pésimas condiciones de higiene y salubridad.

## **A) Grave peligro de la víctima**

Una comparación entre el subtipo agravado previsto en nuestro ordenamiento penal con la concreta circunstancia agravante prevista en el derecho europeo permite poner de manifiesto ciertas diferencias. Por un lado, que éste parece ser más amplio que lo dispuesto en los textos supranacionales al referirse de forma genérica a la puesta en peligro de la víctima sin limitar ese peligro al bien jurídico vida. Por otro lado, restringe su alcance a la puesta en peligro grave de la persona objeto de trata y a

---

5467/2005]; STS (Sala de lo Penal. Sección1ª) núm. 704/2005, 6 de junio, F.J., 1º, (Ponente: Juan Saavedra Ruíz), [ROJ: STS 3600/2005]; STS (Sala de lo Penal. Sección1ª) núm. 1451/2005, 14 de diciembre, F.J. 3º, (Ponente: José Ramón Soriano Soriano) [ROJ: STS 7632/2005].

<sup>641</sup> Ejemplos jurisprudenciales de estas prácticas pueden verse en STS (Sala de lo Penal. Sección1ª) núm. 87/2007, de 8 de febrero (Ponente: José Antonio Martín Pallín), [ROJ: 1948/2007]; STS (Sala de lo Penal. Sección1ª) núm. 111/2004, 19 de enero (Ponente: José Manuel Maza Martín) [ROJ: STS 231/2006]; STS (Sala de lo Penal. Sección1ª) núm. 610/2004, 4 de mayo, (Ponente: Enrique Abad Fernández), [ROJ: STS 30/2004].

<sup>642</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección1ª) núm. 610/2004, 4 de mayo, (Ponente: Enrique Abad Fernández), [ROJ: STS 30/2004].

<sup>643</sup> El Informe 2013 de la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía – APDHA cuantifica en 225 el número de muertos o desaparecidos intentando llegar a España durante el año 2012. Vid. APDHA, “Derechos Humanos en la Frontera Sur. 2013”, Ed. APDHA, Sevilla, 2013.

la puesta en peligro dolosa, no haciendo mención a la modalidad imprudente que sí prevén los textos internacionales.

El subtipo agravado previsto en el art. 177 bis CP en función de la puesta en peligro de la víctima se caracteriza por su indeterminación que puede afectar el principio de taxatividad penal. En otros preceptos penales en los que el tipo penal o subtipo agravado exige la puesta en peligro de la víctima se menciona a continuación el bien jurídico-penal que debe ser puesto en peligro para apreciar la concurrencia del mismo. Sin embargo, en el que aquí nos ocupa se hace una referencia genérica a la puesta en peligro de la víctima<sup>644</sup>, Esta alusión genérica a la puesta en peligro de la víctima obliga en primer término a concretar cuál es el bien jurídico-penal cuya titularidad ostenta la víctima y que deberá ser puesto en peligro para poder apreciar el subtipo agravado. En cualquier caso, lo que sí queda claro es que el sujeto pasivo de este tipo penal es la víctima de trata y no terceras personas que pudiesen estar relacionadas con ella, como familiares o amigos que pueden ser amenazados o ser objeto de violencia como forma de coaccionar a la víctima de trata.

En el ámbito internacional y europeo la previsión de esta circunstancia agravante se circunscribe a una especial protección de la vida de la persona objeto de trata. Tanto el Convenio de Varsovia como la Directiva de 2011/36 se remiten de forma expresa y exclusiva a la puesta en peligro de la vida de la víctima. Por ello una interpretación conforme con estos textos supranacionales obliga a relacionar en cualquier caso esta puesta en peligro de la víctima a la que se refiere el subtipo cualificado con el bien jurídico-penal vida.

No obstante, la indeterminación del precepto permite que su incidencia no se vea limitada a la vida de la víctima, sino que pueden considerarse protegidos otros bienes jurídicos personales. La referencia al bien jurídico vida y la exigencia de que la puesta en peligro sea grave obliga a que los posibles bienes jurídicos afectados sean de carácter esencial. Y en cualquier caso, el necesario respeto al principio *non bis in idem* impone que la puesta en peligro se refiera a bienes jurídicos diferentes a los que se encuentran presentes en el tipo básico, es decir, a aquellos que la conducta pone en peligro como consecuencia de la exigencia de un elemento subjetivo adicional al dolo referido a la finalidad de explotación (laboral o sexual) y a la extracción de órganos<sup>645</sup>.

---

<sup>644</sup> Se trata de una innovación de nuestro Legislador penal que no es posible encontrar en otros preceptos penales. Como pone de manifiesto VILLACAMPA ESTIARTE dicha expresión puede ser consecuencia de una transcripción literal de una traducción no oficial en castellano del Convenio de Varsovia (disponible en <http://www.acnur.org/t3/recursos/bdl>), Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el derecho internacional*, op.cit., p. 456.

<sup>645</sup> En este sentido, ORTS BERENGUER, Enrique, "Lección X. Torturas y otros delitos contra la integridad moral. Trata de seres humanos", en VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, ORTS BERENGUER, Enrique, CARBONELL MATEU, Juan Carlos, GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal Parte especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p.7, (disponible en



En este sentido, junto a la vida como bien jurídico puede hacerse referencia a la salud o integridad física y psíquica de la persona que ostentaría también la relevancia exigida por el precepto penal. Así, la doctrina de forma mayoritaria entiende que la puesta en peligro de la víctima a la que se remite el subtipo agravado de trata de personas se refiere no sólo a la puesta en peligro de la vida de la víctima sino también a la puesta en peligro de la integridad física o psíquica de la víctima<sup>646</sup>. Por ello, tanto si la trata de personas implicase una puesta en peligro grave de la vida de la víctima como de su salud podrá apreciarse la aplicación de este subtipo cualificado, evitándose así las dificultades de delimitar en la práctica delictiva aquellas conductas que ponen en peligro la vida o bien únicamente la salud o la integridad<sup>647</sup>. Además, esta interpretación coincidiría con el tenor literal de otros preceptos penales relacionados con la trata de personas, como el art. 318 bis. 2 CP cuyo peligro se refiere no sólo a la vida sino también a otros bienes jurídicos esenciales, como son la salud o integridad de la víctima<sup>648</sup>, siendo habitual que los tipos penales se refieran de forma conjunta a la puesta en peligro de ambos bienes jurídicos, mientras que únicamente el nuevo art. 183.4.e) CP<sup>649</sup> limita la puesta en peligro a la vida del sujeto pasivo de la conducta delictiva sin hacer mención a su integridad o salud u otro bien jurídico-penal.

Ahora bien, acabará siendo la práctica jurisprudencial, si no se adelanta el Legislador, la encargada de delimitar este subtipo agravado, determinando que bienes jurídicos concretos se protegen en éste y cuál es grado de peligro que debe concurrir. Si atendemos al Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal, que se encuentra en trámite parlamentario<sup>650</sup>, la nueva redacción de este subtipo agravado se dirige a concretar la puesta en peligro de la víctima en la puesta en peligro de la vida e integridad de la misma, precisando los bienes jurídico-penales protegidos.

---

<http://www.tirant.com/editorial/actualizaciones/leccionX.doc>); TERRADILLOS BASOCO, “Capítulo 24. Trata de seres humanos” en op.cit., p. 213.

<sup>646</sup> Se refieren al bien jurídico penal vida y salud la doctrina mayoritaria. En este sentido, LLORIA GARCÍA, “Lección XI. Trata de seres humanos, en op.cit., p. 304; CUGAT MAURI, “La trata de seres humanos: la universalización del tráfico de personas y su disociación de las conductas infractoras de la política migratoria (arts. 177 bis, 313, 318 bis)”, en *op.cit.*, p. 162; SANTANA VEGA, *CPC, Número 104, II Época* 2011, p.101; TERRADILLOS BASOCO, “Capítulo 24. Trata de seres humanos” en op.cit., p.212. MARTOS NÚÑEZ, *EPC*, núm. XXXII, 2012, pp.112; MUÑOZ CUESTA, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, julio, 2011, p.16. Por el contrario interpreta la puesta en peligro de la víctima como equivalente a la puesta en peligro de la vida de la víctima sin hacer mención al bien jurídico salud VILLACAMPA ESTIARTE. Véase, VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el derecho internacional*”, op.cit., p. 456.

<sup>647</sup> Esta es la opinión de CUGAT MAURI, “La trata de seres humanos: la universalización del tráfico de personas y su disociación de las conductas infractoras de la política migratoria (arts. 177 bis, 313, 318 bis)”, en op.cit., p. 162.

<sup>648</sup> Así ocurre en el apartado 2º del art. 318 bis o en art. 188.4.c) CP.

<sup>649</sup> Este precepto prevé la imposición de la pena en su mitad superior al autor de un delito de abusos sexuales “*haya puesto en peligro la vida del menor*”.

<sup>650</sup> BOCG. Congreso de los Diputados. X Legislatura, de 4 de octubre de 2013, núm. 66, pp. 1- 99.

## B) Peligro concreto

El subtipo agravado de trata de personas con puesta en peligro grave de la víctima se configura como un delito de peligro concreto. Por consiguiente, el peligro es un elemento constitutivo de la circunstancia que agrava o cualifica el delito. La generalidad de la doctrina se pronuncia a favor de exigir que el peligro típico sea además de grave, concreto<sup>651</sup>. Por el contrario, si se parte de la idea de que el Código Penal adjetiva el peligro creado cuando éste es concreto<sup>652</sup>, no es de extrañar que pueda ser calificado, por algunos, como abstracto tal y como ha ocurrido con otros tipos penales relacionados, como el art. 318 bis.2 CP<sup>653</sup>. Sin embargo, los términos utilizados por el Legislador para la calificación del peligro son confusos y, en muchas ocasiones, diversos, dificultando su interpretación. No siempre es posible encontrar en el texto penal la expresión “puesto en peligro concreto”, que a primera vista permite identificar la naturaleza del delito ante el que nos encontramos, sino que el Legislador hace uso de fórmulas más genéricas como la “puesta en peligro”.

Ahora bien, la ausencia de un pronunciamiento legal expreso sobre el tipo de peligro no ha sido en otros tipos penales óbice para su calificación como de peligro concreto, ni tampoco debería serlo en el delito de trata de personas. La calificación del delito de trata agravado como concreto puede mantenerse si se entiende que la expresión “ponga en grave peligro” inserta en el texto penal, identifica este peligro como elemento integrante del propio tipo penal<sup>654</sup>. Debe rechazarse, por tanto, la

---

<sup>651</sup> La doctrina mayoritaria identifica este subtipo agravado como un delito de peligro concreto. En este sentido, vid. JUANES PECES, Ángel, “El delito de trata de seres humanos en el proyecto de reforma del Código penal de 1995”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 803, 22 de julio de 2010, p. 11; VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el derecho internacional*, op.cit., p.455. LLORIA GARCÍA, “Lección XI. Trata de seres humanos, en op.cit., p. 304. Por el contrario, lo califica como delito de peligro abstracto SANTANA VEGA, *CPC, Número 104, II Época* 2011, p. 101; CUGAT MAURI, Miriam, “La trata de seres humanos: la universalización del tráfico de personas y su disociación de las conductas infractoras de la política migratoria (arts. 177 bis, 313, 318 bis)”, en *op.cit.*, p. 162 considera que no se exige que se pruebe que la conducta haya puesto en peligro la vida mediante la conducta. Con ocasión del análisis del art. 318 bis. 2 CP calificaron el delito como concreto, entre otros: SERRANO-PIEDCASAS, “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, op.cit., p. 395; PÉREZ CEPEDA, *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, op.cit., p. 270; RODRÍGUEZ MESA, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, op.cit., p.106; DAUNIS RODRÍGUEZ, *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*, op.cit., p. 132; GUARDIOLA LAGO, *El tráfico de personas en el derecho penal español*, op.cit., p. 370; DE LEÓN VILLALBA, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, op.cit., p. 267; CONDE PUMPIDO TOURÓN, “Delitos contra los derechos de los Extranjeros”, en op.cit., p. 311; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Protección y expulsión del extranjero en derecho penal*, op.cit., p. 247.

<sup>652</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección1ª) núm. 1268/2009, de 7 de diciembre, F.J. 2º, (Ponente: Francisco Monterde Ferrer) [ROJ: STS 7751/2009], en la que de forma expresa dispone que “cuando el Legislador exige un concreto peligro lo establece expresamente”.

<sup>653</sup> En este sentido lo califica como delito de peligro abstracto SANTANA VEGA, *CPC, Número 104, II Época* 2011, p.101.

<sup>654</sup> De forma general CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, op.cit., p. 153 asimila como delitos de peligro concreto aquellos delitos que se

identificación que tanto la jurisprudencia como algunos autores, de forma clara o sutil, han realizado de ciertos subtipos agravados relacionados con el que es objeto de estudio, como el art. 318 bis. 2 CP, y que corre el riesgo de extenderse al delito de trata de personas<sup>655</sup>.

La calificación de este tipo penal como delito de peligro concreto implica que su consumación exige la constatación *ex post* de la creación de un resultado típico consistente en el peligro efectivo, un riesgo de lesión adecuado y no permitido para los bienes jurídico-penales protegidos como consecuencia de la conducta que debe ser imputado al comportamiento del sujeto activo<sup>656</sup>.

No será suficiente, por tanto, que la conducta realizada pueda ser calificada como peligrosa. La peligrosidad de la conducta depende no sólo de su modalidad sino de las circunstancias concurrentes en el caso concreto<sup>657</sup>. Atendiendo al caso concreto desde una perspectiva *ex ante* deberá verificarse que la conducta del sujeto es idónea, que genera una probabilidad de lesión en el caso concreto atendiendo a los bienes jurídicos potencialmente puestos en peligro y al ámbito de actividad donde se desarrolla esa situación, para poder calificar una conducta como peligrosa. El grado de probabilidad idónea de lesión debe ser resultado de un juicio objetivo y subjetivo realizado *ex post*, pero desde una perspectiva *ex ante* y desde el punto de vista de un espectador objetivo situado en el lugar del autor, tomando en consideración todas las circunstancias concurrentes en ese momento. Será necesario que la conducta genere un riesgo típicamente relevante idóneo, *ex ante*, para lesionar el bien jurídico, es decir como probabilidad de lesión de un bien jurídico penal.

No es suficiente una interpretación formal del tipo, tal y como parece realizar la jurisprudencia en algunos supuestos, de la que se desprende que determinados medios de transporte utilizados son inherentemente peligrosos sin realizar el juicio de peligro en el caso concreto, basándose en el gran número de

---

refieran a la” puesta en peligro”, los que requieran una “puesta en peligro concreto” y aquellos que aluden a un “peligro grave”. Las diferencias entre ellos serían cuantitativas y no cualitativas.

<sup>655</sup> Así, SANTANA VEGA, *CPC, Número 104, II Época* 2011, p.101, considera que la jurisprudencia de forma mayoritaria ha calificado el delito como abstracto. De forma más sutil, MORÓN LERMA, Esther, GARCÍA ARÁN, Mercedes y JIMÉNEZ VILLAREJO, Carlos, “Los tipos penales acogedores del tráfico de personas”, en GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Trata de personas y explotación sexual*”, Ed. Comares, Granada, 2006, p.235, califica el delito de concreto pero interpreta que ciertas formas de traslado no son sólo peligrosas en abstracto sino que las condiciones inhumanas en las que se realiza implican en sí mismas una puesta en peligro concreto y real, aunque dicho peligro no se haya incrementado a lo largo del traslado.

<sup>656</sup> Sobre la necesidad de crear un peligro puede verse, PÉREZ CEPEDA, *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, op.cit., p. 270; RODRÍGUEZ MESA, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, op.cit., p. 106; GUARDIOLA LAGO, *El tráfico de personas en el derecho penal español*, op.cit., p. 371.

<sup>657</sup> Vid. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, op.cit., p. 32.

mueritos que de acuerdo con la experiencia se producen en estos supuestos<sup>658</sup>. Dicha probabilidad estadística no puede ser más que un indicio de peligrosidad de la conducta, siendo necesario la realización en el caso concreto, atendiendo a las circunstancias concurrentes, de una valoración de la antijuricidad penal de la conducta. La puesta en peligro en cuanto no es una realidad material directamente perceptible por los sentidos exige una inferencia por parte del Tribunal del análisis de los datos y circunstancias que consten en los hechos<sup>659</sup>, no siendo suficiente presumir el peligro como ligado a ciertas conductas consideradas *ex ante* como peligrosas<sup>660</sup>.

En todo caso, deberá acreditarse que existió una puesta en peligro, un resultado de peligro que, como en todo delito de resultado, deberá ser imputable a la conducta peligrosa de acuerdo con los criterios normativos de la imputación objetiva entre el comportamiento y la situación de peligro concreto, mediante una valoración *ex post* en la que se verifique la relación de riesgo entre el comportamiento del sujeto activo y el peligro concreto generado para el bien jurídico<sup>661</sup>.

El resultado de peligro concurre cuando existe un peligro idóneo *ex post* para el bien jurídico individual. El resultado es la amenaza del bien jurídico que se encuentra en el ámbito de riesgo creado por el comportamiento. Este resultado existirá cuando la vida o salud de las víctimas se vea amenazada, siendo la producción del daño probable, no produciéndose por concurrir alguna circunstancia que disminuye o controla el riesgo que aparentemente existía, evitando que se produzca la lesión del bien jurídico. El resultado de peligro será imputable objetivamente al autor, estableciéndose una relación de riesgo entre el comportamiento y resultado cuando las circunstancias que han disminuido o controlado el riesgo creado escapan al ámbito de dominio del autor, no siendo posible que el propio sujeto activo evitase la lesión<sup>662</sup>.

---

<sup>658</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 901/2005, de 7 de julio, F.J. 1º, (Ponente: Carlos Granados Pérez) [ROJ: STS 4558/2005] en la se atiende principalmente a circunstancias genéricas como la temperatura del agua en la época, a los resultados de muerte acaecidos durante el año, sin acreditar ni siquiera que el trasladado sabía o no nadar.

<sup>659</sup> Correctamente así lo exige la STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1248/2002, de 28 de junio, F.J. 1º, (Ponente: Diego Antonio Ramos Gancedo) [ROJ: STS 4820/2002].

<sup>660</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª), núm. 1059/2005, de 28 de septiembre, F.J. 6º, (Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre) [ROJ: STS 5608/2005]; Vid. DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier, "Propuesta de reforma frente a al trata de seres humanos", op.cit. en AAVV, *El anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*, Cuadernos Penales José María Lidón, núm. 6, Universidad Deusto, Bilbao, 2009, p. 148.

<sup>661</sup> Vid. SERRANO-PIEDCASAS, "Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros", op.cit., p. 395; DAUNIS RODRÍGUEZ, *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*, op.cit., p. 132; GUARDIOLA LAGO, *El tráfico de personas en el derecho penal español*, op.cit., p. 370.

<sup>662</sup> CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, op.cit., p.163.

### C) Gravedad del peligro

Además de la creación de un resultado de peligro, es necesario determinar cuál es el grado de peligro que debe concurrir. El uso de violencia como medio comisivo puede provocar daños de muy diversa entidad en la salud de la persona sobre la que recae y puede implicar, sin duda, un peligro para la integridad física del sujeto e incluso para su vida, cuya gravedad variará según el caso concreto. Si el tipo cualificado no exigiese la gravedad del peligro podría generarse en la práctica la aplicación del subtipo agravado en aquellos supuestos en lo que se hiciese uso de violencia, de forma casi automática<sup>663</sup>. Por ese motivo, la restricción del subtipo agravado a casos de especial entidad, impidiendo la inclusión de supuestos de escasa trascendencia delictiva, debe considerarse un acierto del Legislador. El adjetivo “grave” que acompaña al peligro en el tipo cualificado, adjetivación que no se encuentra presente ni en los textos internacionales ni en las disposiciones europeas, permite diferenciar los casos agravados de los supuestos incardinables en el tipo básico como consecuencia del uso del medio comisivo “violencia”.

Con ocasión de la aplicación de otros delitos se han fijado jurisprudencialmente una serie de criterios para valorar la gravedad del peligro, que es un elemento normativo cuya concurrencia debe apreciarse caso por caso. Así, para determinar la concurrencia de la gravedad exigida si se sigue la jurisprudencia existente sobre el art. 316 CP que requiere también la gravedad de la puesta en peligro de la vida e integridad de los trabajadores, es necesario partir desde una doble perspectiva: la probabilidad del resultado y la entidad del resultado probable<sup>664</sup>. Por tanto, existirá un peligro grave cuando la probabilidad de que se produzca la lesión sea muy elevada, no cabe confiar en la no producción del resultado, y cuando el resultado para la integridad física del sujeto sea especialmente trascendente, es decir, cuando se trate de un resultado de pérdida de vida o bien de un menoscabo relevante para la salud o integridad física<sup>665</sup>. La gravedad se relaciona con el bien jurídico protegido por el tipo penal, particularmente, con el grado de afectación de la conducta a la vida, salud o integridad<sup>666</sup>. Así, se concreta que el peligro para la salud o integridad debe ser al menos de una entidad suficiente como para generar posibles resultados constitutivos de un delito de lesiones del art. 147.1 CP, excluyéndose aquel peligro susceptible de generar únicamente una lesión calificada como falta o integrante del tipo privilegiado del art. 147.2 CP<sup>667</sup>, sin ser necesario que la lesión sea una de las calificadas como

---

<sup>663</sup> RODRÍGUEZ MESA, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, op.cit., p. 107.

<sup>664</sup> Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, *los delitos contra los derecho de los trabajadores*”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 626.

<sup>665</sup>Vid. TERRADILLOS BASOCO, “Capítulo 24. Trata de seres humanos”, *op. cit.*, p. 212.

<sup>666</sup> Parte de la doctrina mantiene que la gravedad debe referirse al peligro y no a la afectación a los derechos. Vid. GARCÍA ARÁN, Mercedes, en CÓRDOBA RODA, Juan y GARCÍA ARÁN, Mercedes ( dirs.), *Comentarios al Código penal. Parte especial*, t (1), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 1315;

<sup>667</sup> Vid. RODRÍGUEZ MESA, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, op.cit., pp. 106-107.

muy graves en los arts. 149.1 y 150 CP<sup>668</sup>, aunque deber reconocerse la dificultad de valorar si el peligro se dirige a un resultado de lesiones más o menos graves.

#### **D) Tipo subjetivo**

Otra de las diferencias reseñables del apartado 4.a) del precepto penal en relación con las obligaciones internacionales asumidas por España se refiere a la parte subjetiva del tipo penal. Así, mientras que las disposiciones supranacionales incluyen no sólo la puesta en peligro deliberada sino también la ocasionada por negligencia grave, nuestro Código Penal prescinde de cualquier referencia a la puesta en peligro imprudente.

La referencia a la puesta en peligro imprudente de la vida como subtipo cualificado del tipo penal no es frecuente en el texto penal, siendo la nueva formulación del art. 188.4.c) CP<sup>669</sup> una excepción aunque no la única, ya que en él se requiere que la vida o salud se haya puesto en peligro de forma dolosa o por imprudencia grave. No obstante, el art. 177 bis CP, a diferencia de lo previsto en el anteproyecto de 2008<sup>670</sup>, que mediante una transposición literal del art.24.a) del Convenio Europeo de Varsovia y el art. 3.2 de la Decisión Marco introducía ambas modalidades, el texto finalmente aprobado en 2010 de forma acertada suprimió la creación del peligro por imprudencia grave.

Nuestro ordenamiento penal parte de un sistema de incriminación cerrado y limitado de los delitos imprudentes. De acuerdo con lo previsto en el art. 12 de CP sólo es posible sancionar las acciones u omisiones imprudentes cuando la ley lo disponga expresamente. Por tanto, esta ausencia de tipificación de la comisión imprudente nos obliga a concluir que será necesaria la concurrencia de dolo excluyéndose del subtipo la puesta en peligro imprudente de estos bienes jurídicos

---

<sup>668</sup> En este sentido el anteproyecto aprobado por el Consejo de Ministros de 17 de octubre de 2012 preveía una reforma del este subtipo agravado en la que se hacía referencia de forma expresa al peligro de causación de lesiones graves. La redacción propuesta se refería a la puesta en peligro de “*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*”. El Informe del Consejo Fiscal de 20 de diciembre de 2012 que tuvo por objeto de análisis este anteproyecto de 2012 propuso la supresión de esta referencia a los arts. 149 y 150 CP, proponiendo una redacción más genérica a la puesta en peligro de la vida o a la integridad física de las personas objeto de la infracción, redacción que finalmente fue acogida en el actual Proyecto de reforma CP de octubre de 2013.

<sup>669</sup> La actual redacción de este precepto penal, consecuencia de la LO 5/2010, de 22 de junio, obliga a imponer las penas previstas para los correspondientes delitos de determinación coactiva a la prostitución o explotación lucrativa de la prostitución ajena, en su mitad superior entre otras circunstancias “*c) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima*”.

<sup>670</sup> En el anteproyecto de 14 de noviembre de 2008 el apartado 4.a) del art. 177 bis fue redactado conforme a lo establecido en los textos internacionales, previendo una pena superior en grado a la prevista en el tipo básico cuando *con ocasión de la trata se ponga en peligro de forma deliberada o por grave imprudencia la vida de la víctima*. Esta redacción se vio alterada en el anteproyecto de 2009 y subsiguiente proyecto de 2009 de modificación CP, coincidiendo su redacción con la finalmente introducida en el CP mediante la reforma operada por la LO 5/2010.

esenciales al tratarse de un delito de peligro en el que la comisión imprudente no ha sido prevista.

La naturaleza y características del delito de trata lo convierten en un delito eminente doloso cuya comisión imprudente es imposible, como consecuencia de la exigencia de unos determinados medios comisivos y de los elementos subjetivos adicionales al dolo. Sin embargo, sí sería posible la realización dolosa de la conducta básica de trata de personas y la creación por imprudencia de un peligro para la vida o salud de la víctima, que en cualquier caso si se hubiese tipificado como parecen exigir los textos internacionales debería conllevar una pena inferior a la prevista para la creación dolosa de ese peligro.

Por todo ello, la parte subjetiva del tipo cualificado exige su imputación a título doloso. Al acudir a la técnica del peligro concreto el dolo del sujeto activo debe abarcar el resultado consistente en la creación del peligro, en cuanto este resultado es parte integrante del injusto penal. Deberá concurrir dolo respecto a la realización de la conducta peligrosa y también respecto al resultado de peligro concreto para los bienes jurídicos individuales protegidos en el tipo penal<sup>671</sup>. Sin embargo, el denominado dolo de peligro o dolo de puesta en peligro propio de los delitos de peligro concreto posee algunas particularidades, al difuminarse el elemento volitivo del dolo que le hace perder relevancia.

Desde una perspectiva tradicional, la imputación a título doloso del delito requiere que el sujeto conozca y quiera la realización de los elementos del tipo. Sin embargo, la doctrina ha evolucionado hacia teorías cognitivas del dolo, en el que el conocimiento del riesgo típico se convierte en el elemento central del dolo, prescindiendo del elemento volitivo<sup>672</sup>.

Por tanto, desde las teorías volitivas se exige para la imputación dolosa del delito, que el sujeto activo tenga **conocimiento y voluntad** de la puesta en grave

---

<sup>671</sup> PÉREZ CEPEDA, *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, op.cit., p. 272; RODRÍGUEZ MESA, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, op.cit., p. 109.

<sup>672</sup> Mayoritariamente la doctrina se muestra favorable al mantenimiento del elemento volitivo en el concepto de dolo. Vid. LUZÓN PEÑA, Diego, “Dolo y dolo eventual: Reflexiones”, en ARROYO ZAPATERO Luis Alberto y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: “in memoriam”*, vol. 1, Ediciones Univ. Castilla La mancha /Univ. de Salamanca, 2001, p. 1109; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Servicio de publicaciones facultad de derecho de la Universidad Complutense de Madrid/ Centro de Estudios judiciales, Madrid, 1994, p. 59 y ss.; MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, op.cit., p. 262-263. Por el contrario, un número de autores prescinden del elemento volitivo en la definición de dolo. Vid. HORTAL IBARRA, Juan Carlos, “El concepto de dolo: su incidencia en la determinación del tipo subjetivo en los delitos de peligro en general y en el delito contra la seguridad en particular”, *ADPCP*, núm. LVII, Enero de 2004, p. 540; LAURENZO COPELLO, Patricia, *Dolo y conocimiento*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999. p. 243; CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, op.cit., p. 115.

peligro de la víctima. En este sentido, ambos elementos que conforman la definición de dolo deben estar presentes. Así, el sujeto debe conocer que con su conducta infringe las normas más elementales de seguridad y **quiere o hace suya la puesta en peligro**, tratándose de un dolo referido a la acción peligrosa<sup>673</sup>. Por tanto, debe conocer que con la conducta realizada crea un riesgo jurídicamente relevante para la vida o salud de las víctimas y, además, aunque no quiera en sentido estricto el resultado lo acepta como posible.

Sin embargo, en la práctica jurisprudencial e incluso en la doctrina defensora de las teorías volitivas, el elemento volitivo llega a inferirse directamente del elemento cognitivo o intelectual perdiendo su peso, se deduce del propio conocimiento que el autor posee del riesgo típico<sup>674</sup>, siendo posible encontrar sentencias en las que el elemento volitivo del dolo se considera presente cuando el sujeto decide actuar conociendo el peligro concreto<sup>675</sup>, considerando que ello implica su aceptación, conformándose para condenar a título doloso con la voluntad de realizar la conducta típica peligrosa.

Desde las teorías cognitivas, el sujeto activo del delito actuará con dolo de peligro cuando conozca no sólo la peligrosidad de la acción, sino que también conozca el peligro objetivo idóneo de su conducta para afectar al bien jurídico protegido en ese resultado de peligro, sin que pueda confiar racionalmente en que no se pondría en peligro concreto la vida o salud de las víctimas. Si el sujeto activo no domina el riesgo ni facilita a las víctimas medidas de adecuadas para controlar el riesgo se producirá la conducta a título doloso.

## **E) Puesta en peligro y resultados lesivos**

Estrechamente relacionado con la puesta en peligro se encuentran los posibles resultados lesivos que pueden derivarse de la conducta de trata de personas. Conocido por todos es el transporte de ciudadanos extranjeros desde las costas africanas a las españolas o el cruce de fronteras por pasos habilitados al efecto que finaliza en un gran número de casos con un trágico desenlace. La lesión, la muerte o la desaparición en alta mar de estas personas es una constante. Por ese motivo es necesario abordar la relación concursal que se presenta entre estos resultados lesivos y el subtipo

---

<sup>673</sup> Vid. SERRANO-PIEDCASAS, “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, op.cit., p. 395; DE LEÓN VILLALBA, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, op.cit., p. 268.

<sup>674</sup> Acertadamente lo pone de relieve MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, Carlos, “Los delitos de peligro en el derecho penal económico y empresarial” en SERRANO-PIEDCASAS, José Ramón y DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *El derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo*, Ed. Colex, Madrid, 2010, p. 107. De esta opinión respecto al dolo de peligro, a pesar de propugnar la teoría volitiva del dolo, es también RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, op.cit., pp. 165 y ss.

<sup>675</sup> Sobre la prueba del dolo en la práctica judicial puede verse LAURENZO COPELLO, Patricia, *Dolo y conocimiento*, op.cit., pp. 115 y ss.



cualificado de peligro concreto analizado en esta sede. Estas conductas pueden ser constitutivas de un delito de tráfico ilegal de personas de art. 318 bis, no puede negarse que en muchas ocasiones se utilizan este medio de transporte para trasladar a víctimas de trata,

En un primer momento, si el peligro se concreta en un resultado de muerte o lesiones debe precisarse si éste **resultado es imputable a su autor a título de dolo o de imprudencia**. Mientras que de forma general, la jurisprudencia suele imputar estos delitos de homicidio o lesiones a título de imprudencia, la doctrina acepta mayoritariamente la posibilidad de imputar estas muertes a título doloso, generalmente por la concurrencia de dolo eventual<sup>676</sup>. La práctica jurisprudencial se caracteriza por omitir cualquier mención a esta posible imputación dolosa de los resultados lesivos finalmente acaecidos, limitándose a castigar por tantos homicidios imprudentes, tipificados en el art. 142 CP, como muertes se han producido o bien, en menor medida, por los correspondientes delitos de lesiones del art. 152 CP.

Para comenzar, por regla general, será fácil negar la existencia de dolo directo, ya sea de primer o de segundo grado, pues el elemento volitivo propio del dolo no estará presente. La voluntad de los tratantes no es la muerte o lesión de las personas trasladadas sino su futura explotación. No obstante, en determinados supuestos en los que durante la travesía y ante el riesgo de ser descubiertos y detenidos por las autoridades lanzan al agua a los tripulantes de la patera o cayuco como maniobra de distracción con la finalidad de facilitar su fuga, sabiendo incluso que éstos no saben nadar y que se encuentran extenuados y deshidratados tras la larga travesía, no es descabellado concluir que según las circunstancias concurrentes, tales como la distancia de la patrullera o la fortaleza de la víctima en el momento, nos encontramos ante un caso de dolo directo, aunque sea de segundo grado por existir una probabilidad rayana en la seguridad de que se produzca el resultado típico, representándose el delito como consecuencia inevitable.

No obstante, los problemas generalmente se producen a la hora de delimitar si la conducta se ha realizado con imprudencia, en este caso consciente, o con dolo eventual. Tanto el dolo eventual como la imprudencia consciente tienen en común que el autor se representa la realización del tipo como posible<sup>677</sup>, por lo que será esencial analizar los problemas de delimitación entre ambos. Tanto en el dolo eventual como

---

<sup>676</sup> En este sentido, RODRÍGUEZ MESA, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, op.cit., p. 109; PÉREZ CEPEDA, *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, op.cit., p. 273. GUARDIOLA LAGO, *El tráfico de personas en el derecho penal español*, op.cit., p. 373, VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el derecho internacional*, op.cit., p. 486.

<sup>677</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, José miguel, “La demarcación entre el dolo y la culpa: el problema del dolo eventual”, *ADPCP*, XXXIX, 1986, p. 396.

en la imprudencia el resultado debe poder imputarse a la conducta realizada de acuerdo con los criterios de imputación objetiva.

De forma mayoritaria el dolo se define como conocimiento y voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo<sup>678</sup>. Partiendo de esta definición de dolo como conocimiento y voluntad, su apreciación, incluso en el dolo eventual, exige la concurrencia, por un lado, de un elemento intelectual y, por otro lado, de un elemento volitivo. Sin embargo, la concreción de estos elementos propios del tipo subjetivo doloso en el dolo eventual dependerá, en gran parte, de la teoría de la que se parta<sup>679</sup>.

Cada vez es mayor el número de autores y resoluciones judiciales<sup>680</sup> que mantienen y defienden las **teorías cognoscitivas del dolo**, en las que el elemento volitivo propio del dolo se difumina, bien prescindiendo de él o bien presuponiendo su

---

<sup>678</sup> LUZÓN PEÑA, “Dolo y dolo eventual: Reflexiones”, en op.cit., p. 1109.

<sup>679</sup> Son variadas las teorías que intentan establecer unos criterios que permitan delimitar el dolo eventual de la culpa consciente. Desde el punto de vista de las tradicionales teorías de la voluntad, entre las que se incluyen la teoría del consentimiento y de la aprobación, parten de la esencialidad del elemento volitivo para la concurrencia del dolo eventual. Por ello, será necesario que el sujeto consienta en la realización del resultado para que exista dolo eventual, mientras que si no quiere el resultado habría culpa consciente. Desde otro extremo, las teorías de la representación no admiten el elemento volitivo en el dolo eventual. La manifestación más extendida de estas teorías de la representación es la teoría de la probabilidad que se centra en el mayor o menor grado de probabilidad del resultado advertido por el autor, negando la necesidad del elemento volitivo<sup>679</sup>. El sujeto que con su conducta crea un peligro típico, pese a no querer directamente que de su actuación se derive una lesión del bien jurídico, cuenta, sin embargo, con un elevado grado de producción o probabilidad de la misma, actuará dolosamente; mientras que si la probabilidad advertida es lejana se caracterizará por la imprudencia. Finalmente, la doctrina mayoritaria parte de un punto de vista ecléctico o mixto exigiendo que el autor cuente con la realización del tipo y como elemento volitivo que éste se conforme o resigne con el resultado. Por el contrario, si el sujeto actúa confiando en que no se producirá el resultado típico estaremos ante un caso de imprudencia.

<sup>680</sup> Es lo suficientemente explicativa la STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 69/2010, de 30 de enero, F.J. 3º, (Ponente: Alberto Gumersindo Jorge Barreiro) [ROJ: STS 902/2010]. al pronunciarse sobre la inferencia del elemento volitivo propio del dolo como consecuencia de la imposibilidad de probarlo en el proceso: “la primacía que se otorga en los precedentes jurisprudenciales al elemento intelectual obedece a un enfoque procesal del problema. De modo que, habiéndose acreditado que un sujeto ha ejecutado una acción que genera un peligro concreto elevado para el bien jurídico con conocimiento de que es probable que se produzca un resultado lesivo, se acude a máximas elementales de la experiencia para colegir que está asumiendo, aceptando o conformándose con ese resultado, o que cuando menos le resulta indiferente el resultado que probablemente va a generar con su conducta” *Así pues, más que excluir o descartar el elemento volitivo la jurisprudencia lo orilla o lo posterga en la fundamentación probatoria por obtenerse de una mera inferencia extraíble del dato de haber ejecutado el hecho con conocimiento del peligro concreto generado por la acción. Y es que resulta muy difícil que en la práctica procesal, una vez que se acredita el notable riesgo concreto que genera la acción y su conocimiento por el autor, no se acoja como probado el elemento de la voluntad o del consentimiento aunque sea con una entidad liviana o claramente debilitada. A este elemento volitivo se le asignan los nombres de asentimiento, asunción, conformidad y aceptación, en lo que la doctrina ha considerado como una auténtica disección alquimista de la voluntad, y que en realidad expresa lingüísticamente el grado de debilidad o precariedad con que emerge en estos casos el elemento voluntativo*”. Continúa diciendo la resolución “La obliteración procesal del elemento de la voluntad ha acabado afectando, sin duda, a la construcción del dolo en su dimensión teórico-dogmática. El hecho de haber quedado ese elemento diluido o desdibujado debido a su posición subordinada y a su carencia de autonomía en el marco del proceso, ha determinado en gran medida su absorción por el conocimiento del peligro concreto de la acción”.

existencia como consecuencia del elemento intelectual. El dolo pasa a ser definido como conciencia de la realización de un comportamiento típico objetivo<sup>681</sup>. Desde el concepto cognitivo del dolo, la diferenciación entre dolo eventual e imprudencia consciente se fundamenta no en la aceptación o no del resultado por parte del autor, sino por el grado de conocimiento que éste posee del riesgo creado y de la previsibilidad de lesión de bien jurídico-penal. El conocimiento o desconocimiento que el sujeto tenía en relación al riesgo típico creado o no controlado<sup>682</sup> delimita la barrera entre dolo eventual e imprudencia consciente.

En este sentido, para la concurrencia de dolo sería necesario acreditar que el sujeto dispone de los datos necesarios para conocer el peligro efectivo de su conducta, existiendo en estos casos conocimiento de la concreta capacidad de la conducta para producir el resultado típico, no sólo desde un punto de vista objetivo-estadístico como mantiene la teoría de la probabilidad sino desde un punto de vista individual en el caso concreto. Por el contrario, concurrirá el tipo subjetivo de la imprudencia cuando el sujeto desconoce el efectivo riesgo creado o no controlado<sup>683</sup>, conociendo el peligro en abstracto de la conducta pero careciendo de los datos necesarios para conocer la concreta eficacia lesiva de su comportamiento (imprudencia consciente). El grado de conocimiento no es el mismo en el dolo eventual y en la imprudencia. Mientras que en el dolo eventual el sujeto posee conocimiento de la concreta previsibilidad de la realización típica. Por el contrario el conocimiento en la culpa consciente no alcanza ese grado, pues el sujeto lo que conoce es la posibilidad de realización típica, siendo ésta desconocida en la culpa inconsciente aunque exista la posibilidad de conocerla. En ambos casos imprudentes existe un desconocimiento de la virtualidad efectiva del riesgo creado y cognoscibilidad de la concreta previsibilidad de realización típica, mientras que en el tipo doloso ya existe el conocimiento de esa concreta previsibilidad de realización típica.

Para determinar cuando existe un conocimiento exacto, concreto del riesgo creado se han barajado multitud de criterios. Desde el sector de actividad en el que se desarrolla la conducta, la proximidad y/o intensidad del riesgo, e incluso inadecuadamente la personalidad o antecedentes del imputado. No obstante, siguiendo a CORCOY el conocimiento o desconocimiento de la peligrosidad exacta dependerá en una gran medida de la capacidad de evitación que posea el sujeto para controlar el riesgo que crea con su conducta. Lo característico de la imprudencia es no querer el resultado lesivo que finalmente se produce, por lo que si el autor conociendo la peligrosidad de la conducta cree que puede evitar la producción del resultado

---

<sup>681</sup> RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, “Consideraciones sobre la prueba del dolo”, en *REJ (Revista de Estudios de la Justicia)*, núm. 4, 2004, p.13; CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, op.cit., p. 115.

<sup>682</sup> HORTAL IBARRA, *ADPCP*, núm. LVII, 2004, p. 542.

<sup>683</sup> CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, op.cit., p. 117.

concurrirá imprudencia y no dolo, pues no existirá un conocimiento exacto del peligro dada la confianza en la evitación del posible resultado<sup>684</sup>.

Atendiendo a estas teorías cognitivas y a los parámetros de delimitación de carácter normativo entre dolo e imprudencia, cada vez más aceptadas doctrinal y jurisprudencialmente, habrá que valorar las circunstancias concurrentes en el caso concreto. Por ello, dependerá del grado de conocimiento que posea el autor sobre la situación para la calificación de la conducta como imprudente o dolosa.

Habitualmente en los supuestos de traslados en pateras, cayucos o incluso escondidos en recónditos escondrijos de vehículos, concurren una serie de circunstancias que muestran la peligrosidad objetiva de la conducta. La modificación de la embarcación o del vehículo, incumplimiento de las normas de navegación, total ausencia de medidas de seguridad y la duración del trayecto, el elevado número de personas transportadas, superior al número máximo de capacidad de la embarcación, la ausencia de chalecos salvavidas, agua y/o comida para la larga travesía, instrumentos de navegación o de comunicación para solicitar ayuda en caso de naufragio o deriva de la embarcación, unido a la meteorología, en ocasiones, adversa, al estado del mar y a la realización de la travesía durante la noche, son circunstancias todas ellas que permitirán corroborar de acuerdo con las reglas técnicas y de la común experiencia que se ha producido la infracción del deber de cuidado debido. Existirá una altísima probabilidad de lesión para el bien jurídico, obligando el deber de cuidado, al sujeto a abstenerse de actuar o, al menos, a adoptar medidas tendentes a disminuir la peligrosidad de la acción.

Desde un punto de vista subjetivo deberá determinarse si el sujeto conocía la virtualidad concreta del riesgo creado para la vida de las personas o, por el contrario, lo desconocía en concreto por confiar en que no se realizaría el resultado al pensar racionalmente que podría controlarlo. El riesgo típicamente relevante se crea en el momento de emprender la actividad y, en estos casos, una vez iniciada la acción en esas condiciones difícilmente puede mantenerse que el autor posee un control sobre el riesgo creado que le permita confiar racionalmente en la evitación del resultado, por tanto, su conducta podría ser imputada a título doloso. La adopción de ciertas medidas protectoras como la facilitación de chalecos salvavidas, la provisión suficiente de agua o comida teniendo en cuenta la duración del viaje, así como la portación de instrumentos de navegación y comunicación, podrían ser indicios de la concurrencia de imprudencia al mostrar que el sujeto ha intentado controlar el riesgo creado, confiando racionalmente en que podría evitar el resultado.

---

<sup>684</sup> CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *El delito imprudente*, 2ª ed. Ed. B de F, Montevideo-Buenos aires, 2005, pp. 270-272.

En un segundo momento, será necesario concretar el **tratamiento concursal previsto para aquellos supuestos en los que el peligro se concreta en un resultado lesivo**. La relación concursal existente entre el subtipo agravado y el correspondiente delito de homicidio o lesiones, ya sea imprudente o doloso, es en un primer momento la propia del concurso de leyes. Deberá, por tanto, apreciarse entre ambos tipos penales de acuerdo con las reglas concursales de la Parte General un concurso de leyes. De acuerdo con lo dispuesto en el art.8.3 CP, la lesión del bien jurídico absorbe el peligro creado que se materializa en la lesión o muerte de la víctima<sup>685</sup>. El delito contra la vida o salud de la víctima absorbe completamente el desvalor del delito de peligro previamente cometido, siendo desplazado el tipo de peligro por el delito de homicidio o lesiones imprudentes.

Sin embargo, ésta será la solución concursal adecuada cuando el peligro concreto sólo ha existido respecto a la persona que ha resultado muerta o lesionada, obligando a prescindir del subtipo agravado y acudiendo al tipo básico del delito de trata para apreciar el concurso. Por el contrario, no será posible mantener la misma solución concursal cuando se constate que más de una víctima de trata ha sido puesta en peligro y ese peligro únicamente se ha materializado respecto a una o varias de ellas, pero no en todas. Cuando la víctima que ha resultado muerta o lesionada no ha sido la única que ha sido puesta en peligro con ocasión de la conducta de trata, no se produce un concurso de leyes entre el subtipo agravado y el delito de resultado, siendo posible subsumir la conducta en el subtipo agravado respecto a aquéllas que no han visto lesionada su integridad, pues el peligro subsiste para aquellas personas en las que no se ha constatado la lesión al bien jurídico. En estos casos, deberá apreciarse un concurso ideal entre el subtipo agravado (art. 177 bis. 4.a) CP) y el delito de homicidio o lesiones, pues el resultado de lesión no absorbe todo el desvalor de peligrosidad que entraña la situación de peligro concreto generada para otras personas<sup>686</sup>. Ahora bien, si las muertes se imputasen a título doloso conllevaría la

---

<sup>685</sup> De forma amplia sobre la relación entre los delitos de peligro y los delitos de resultado, HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Luis, “Delitos de peligro con verificación de resultado: ¿Concurso de leyes?, *ADPCP*, XLVII, Enero-Abril 1994, pp. 111-140; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, “El concurso entre los delitos de lesión y los delitos de peligro. La extraña regla concursal del art. 382 del Código penal español”, en *La Ley Penal*, núm. 67, Sección Estudios, Enero 2010, p. 2; RODRÍGUEZ MESA, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, op.cit., p.107; CONDE PUMPIDO TOURÓN, “Delitos contra los derechos de los Extranjeros”, en op.cit., p. 312

<sup>686</sup> Son de este parecer en la doctrina, RODRÍGUEZ MESA, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, op.cit., p. 108; DAUNIS RODRÍGUEZ, *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*, op.cit., p. 260; GUARDIOLA LAGO, *El tráfico de personas en el derecho penal español*, op.cit., p. 373; PÉREZ FERRER, *Análisis dogmático y político-criminal de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, op.cit., p. 110; GARCÍA ESPAÑA y RODRÍGUEZ CANDELA, *Actualidad Penal*, núm. 29, 2002, p. 746; MORÓN LERMA, GARCÍA ARÁN y JIMÉNEZ VILLAREJO, “Los tipos penales acogedores del tráfico de personas”, en op.cit., pp. 240 y 241; PADILLA ALBA, Herminio Ramón, “El delito de tráfico ilegal de personas tras su reforma por la LO 11/2003, de 29 de septiembre”, en *La Ley penal: Revista de derecho penal, procesa y penitenciario*, núm. 14, 2005, p. 240 También en este sentido la jurisprudencia, Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 22/2012, de 23 de enero de 2012 (Ponente: José Manuel Maza Martín), [ROJ: STS 403/2012]. También PÉREZ

estimación de tantas tentativas de homicidio como inmigrantes fueron puestos en peligro, pues la no producción de lesión permitiría la calificación de la conducta como tentativa<sup>687</sup>.

Finalmente, la relación concursal entre el delito de trata de seres humanos y el delito de homicidio o lesiones, imprudente o doloso, no puede ser la de un concurso de leyes, sino la de un concurso de delitos. Concretamente nos encontramos en estos supuestos ante un concurso ideal de delitos, debiendo apreciarse un concurso de este tipo entre el delito de trata de personas en su tipo básico (o agravado, por circunstancias diversas a la puesta en peligro de la víctima) y el correspondiente delito de resultado (homicidio o lesiones). Únicamente de esta forma puede garantizarse el respeto que exige el principio *non bis in ídem*<sup>688</sup>.

En algunos supuestos este tratamiento concursal conlleva importantes y sorprendentes consecuencias penológicas que deberían conllevar una inmediata revisión del marco penal legalmente previsto. Como consecuencia de la respuesta penal otorgada a los supuestos de trata de personas con puesta en peligro de la víctima, que responde de forma más tajante en estos supuestos que cuando se materializa el peligro en una efectiva lesión o muerte, encontrándonos ante un caso de concurso ideal de delitos de los mencionados anteriormente.

La pena prevista para el subtipo agravado se sitúa en un marco penal que va de 8 años y un día a 12 años de prisión. Sin embargo, el concurso ideal de delitos conforme a las reglas contenidas en el art.77 CP obliga a imponer la pena prevista para la infracción más grave en su mitad superior. Si la trata de personas concurre con el delito de homicidio imprudente tipificado en el art. 142.1 CP, la pena a imponer será la prevista para el tipo básico del delito de trata que es más grave que la prevista

---

CEPEDA, *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, op.cit., p. 272, aunque manteniendo que se trata de un concurso real de delitos.

<sup>687</sup> Vid. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, “Algunos problemas actuales de la imputación objetiva y subjetiva (especial consideración de las muertes de inmigrantes en las travesías marítimas)”, ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (dir.) y PÉREZ ALONSO, Esteban Juan (coord.), *El derecho penal ante el fenómeno migratorio*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 210.; SERRANO-PIEDCASAS, “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, op.cit., p. 395; DE LEÓN VILLALBA, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, op.cit., p. 268.

<sup>688</sup> Este criterio es aceptado en la Circular 5/2011 de la FGE sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de Extranjería e inmigración, p. 27 y 51; También se pronuncia en este sentido, la doctrina mayoritaria, entre otros, PADILLA ALBA, “La inmigración clandestina”, en op.cit., p. 240; SERRANO-PIEDCASAS, “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, op.cit., p. 395; MORÓN LERMA, GARCÍA ARÁN y JIMÉNEZ VILLAREJO, “Los tipos penales acogedores del tráfico de personas”, en op.cit., p. 508; GARCÍA ESPAÑA y RODRÍGUEZ CANDELA, *Actualidad Penal*, núm. 29, 2002.; Por el contrario, aboga por la existencia de un concurso real de delitos entre el tipo básico, en este caso del art. 318 bis. 1 CP y el delito de lesiones u homicidio PÉREZ CEPEDA, *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, op.cit., p. 272. De forma general, sin más detalles, se refiere a la existencia de un concurso de delitos, CONDE PUMPIDO TOURÓN, “Delitos contra los derechos de los Extranjeros”, en op.cit., p 312; SAINZ CANTERO CAPARRÓS, “Sobre la actual configuración de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en op.cit., p.831.

para el homicidio imprudente, oscilando en su mitad superior entre un marco penal de 6 años, 6 meses y un día a 8 años de prisión. Por tanto, aquel sujeto que acaba causando la muerte de la víctima se ve privilegiado penológicamente respecto con aquél que únicamente ha puesto en peligro la vida de la misma, al ser posible imponer una pena de prisión cuyo máximo será de 8 años. Esta consecuencia penológica debería conllevar una reforma penal inmediata atendiendo al principio de proporcionalidad de las penas, pues en ningún caso para dar coherencia al marco penal establecido puede acudir al concurso ideal entre el subtipo agravado de peligro en concurso ideal con el delito de homicidio o lesiones si realmente se quiere respetar el principio *non bis in idem* que no puede ser aceptada<sup>689</sup>.

Para concluir, en el ámbito supranacional entre las circunstancias agravantes previstas por el Legislador comunitario la protección de la salud o integridad de la víctima se pone de manifiesto en la previsión de una circunstancia agravante referida a *la causación de daños particularmente graves a la víctima*, expresión que puede interpretarse como equivalente a la causación de lesiones graves, circunstancia ésta que no ha sido trasladada literalmente a nuestro ordenamiento penal. En aquellos casos en los que se hayan causado estos daños particularmente graves es posible apreciar el delito de trata de seres humanos en concurso con el delito de lesiones<sup>690</sup>. Además, la Directiva 2011/36 prevé otra circunstancia agravante consistente en la realización de la conducta *mediante violencia grave*. Esta agravante de haber sido prevista por el Legislador nacional podría haber generado importantes problemas de delimitación con la agravante de puesta en peligro de la víctima, en cuanto la violencia grave es sin duda un medio adecuado para atentar contra la salud de la víctima e incluso contra la vida del sujeto que la sufre, por lo que queda abarcada por esta previsión<sup>691</sup>.

### ***1.1.2. Minoría de edad***

Tanto en el ámbito internacional como nacional, los menores de edad son objeto de una especial protección jurídica. Como consecuencia de su mayor vulnerabilidad son víctimas especialmente protegidas por el ordenamiento jurídico

---

<sup>689</sup> Respecto al delito de tráfico de personas e inmigración ilegal del art. 318 bis también se producía este dislate penológico, motivo por el cual es posible encontrar en la doctrina ciertas soluciones alternativas como la ofrecida por DAUNIS RODRÍGUEZ, *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*, op.cit., p. 260, diferenciando si el resultado lesivo resultante del tráfico ilegal de personas fuese de muerte o lesiones. Así, la solución concursal ofrecida por el autor pasa por la apreciación de un concurso ideal entre el tipo básico y el delito de homicidio, si el resultado lesivo consiste en la muerte de uno de los inmigrantes; mientras que si se producen lesiones la solución pasará por un concurso ideal entre el delito de lesiones y el art. 318 bis agravado por la puesta en peligro de la víctima, en cuanto las lesiones no absorben el peligro de una lesión más grave o de la propia vida.

<sup>690</sup> MAYORDOMO RODRIGO, *EPC*, núm. XXXI, 2011, p. 365.

<sup>691</sup> SANTANA VEGA, *NOVA et Vétera*, Vol. 20, nº 64, 2011, p. 222

para evitar que sean objeto de determinadas conductas que pueden poner en riesgo su desarrollo.

En el ámbito de la trata de seres humanos esta especial preocupación de las instancias públicas no es una excepción. Muestra de ello es que las disposiciones europeas y, también, el texto penal nacional plasma esta preocupación por la trata de menores de edad, valorándose la minoría de edad desde una doble perspectiva. Por un lado, como elemento de configuración de un tipo penal alternativo de trata de personas, que partiendo de la especial vulnerabilidad del menor y de la presunción *iure et de iure* de su imposibilidad de otorgar consentimiento válido, no exige la concurrencia de los medios comisivos previstos en el tipo básico para que la conducta de captación, traslado o alojamiento con fines de explotación sea considerada típica. Por otro lado, la minoría de edad es concebida como una circunstancia de agravación específica que implica la imposición de una pena superior a la prevista para el tipo básico.

La Directiva 2011/36 y el Convenio de Varsovia recogen la minoría de edad como circunstancia agravante, aunque en términos diversos. Mientras que el art. 24 del Convenio de Varsovia prevé como circunstancia de agravación que la infracción se cometa contra un menor. De forma genérica, la Directiva se refiere a que la infracción se cometa contra una víctima particularmente vulnerable, entre las que se incluyen los menores. La formulación de la agravante dada por el derecho de la UE recoge un subtipo agravado más amplio, pues no se limita a víctimas menores de edad, matizando que en cualquier caso éstos deben ostentar la condición de víctima vulnerable, lo que permite incluir a víctimas mayores de edad en determinadas circunstancias.

La derogada Decisión Marco sobre trata de personas establecía una interpretación legal de la particular vulnerabilidad de los menores, considerando como particularmente vulnerables a aquellos menores que no alcanzasen la mayoría de edad sexual de acuerdo con la legislación nacional realizándose la trata con finalidad de explotación sexual. En términos generales la mayoría de edad sexual se encuentra fijada en España en 13 años, aunque para determinados comportamientos es superior. En cualquier caso, a los menores de edad sexual deben garantizárseles el derecho a no verse involucrados en ningún contexto sexual, garantizándose así su indemnidad sexual. La eliminación de esta interpretación legal en la Directiva, lleva a incluir en un subtipo agravado a todos los menores con independencia de si han adquirido o no la mayoría de edad sexual y con independencia de la finalidad perseguida por el sujeto activo.

La fundamentación de este subtipo cualificado se encuentra en la mayor vulnerabilidad de los menores de edad y en la necesidad de otorgar una especial



protección jurídica a la juventud e infancia. Son muchos los instrumentos internacionales, no sólo en materia de trata de personas, que obligan al Estado a brindar una especial protección a los menores. Teniendo en cuenta este fundamento hubiese sido suficiente con la agravación prevista en el posterior apartado del precepto referido a la vulnerabilidad de la víctima, en el que los menores podrían haberse incluido sin necesidad de una previsión expresa y separada.

La excesiva preocupación del Legislador en trasladar al ordenamiento penal nacional todas y cada una de las conductas incriminadas en la normativa supranacional lleva a estas duplicidades innecesarias. Así, mientras que la Directiva de 2011 hace referencia a la vulnerabilidad de la víctima como circunstancia agravante, el Convenio de Varsovia sólo se refiere a la minoría de edad de la víctima como circunstancia de agravación, y nuestro Legislador opta por introducir, en el tipo penal, ambas circunstancias de forma separada generando duplicidades y problemas de delimitación innecesarios, pues hubiese bastado con un subtipo agravado genérico referido a la vulnerabilidad de la víctima, en el que quedarían incluidos los menores de edad, siendo la fundamentación de ambas agravaciones coincidentes<sup>692</sup>. La agravante de especial vulnerabilidad de la víctima no es desconocida en nuestro ordenamiento, siendo de *facto* considerada como una agravante que puede estar fundamentada en la edad, enfermedad o en la situación en la que se encuentra la víctima.

La minoría de edad es una condición objetiva, sin embargo son muchas las matizaciones y apuntes que deben realizarse al respecto. Si bien no existe una definición penal de minoría de edad, se identifica como víctima menor de edad a cualquier persona que no haya alcanzado los 18 años de edad en el momento en el que se inicia la acción<sup>693</sup>. En aquellos casos en los que la víctima sea extranjera su mayoría de edad vendrá determinado por lo establecido en el derecho español, que al igual que el Convenio de Varsovia y la Directiva, fija en 18 años edad, siendo indiferente lo que al efecto establezca la ley personal de la víctima<sup>694</sup>.

Este subtipo agravado coexiste con un tipo alternativo de trata de menores (art. 177 bis. 2 CP) que implica una reducción del ámbito de aplicación de subtipo agravado, para evitar incurrir en un claro *bis in idem*. Cuando no se ha ejercido violencia, intimidación, engaño o medios abusivos sobre el menor los hechos serán constitutivos de un delito de trata de seres humanos en virtud de la expresa previsión del tipo alternativo, pues de otra manera se trataría de una conducta no subsumible en

---

<sup>692</sup> , TERRADILLOS BASOCO, “Capítulo 24. Trata de seres humanos” en op.cit., pp. 212-213.

<sup>693</sup> Se pronuncia en este sentido tanto la normativa nacional, art. 12 CE, art. 18 CP y la LO 5/2000 de responsabilidad penal de menores; como la supranacional, tanto la directiva 2011/36 como el Convenio de Varsovia identifican como menor a cualquier persona menor de 18 años (art. 2.6 y art. 4. d), respectivamente.

<sup>694</sup> GARCÍA ESPAÑA y RODRÍGUEZ CANDELA, *Actualidad Penal*, núm. 29, 2002.

el delito de trata. La minoría de edad es, en estos casos, un elemento del tipo del art. 177.2 CP, por lo que para salvaguardar el principio de *non bis in idem*, el subtipo agravado sólo podrá apreciarse cuando la minoría de edad no haya sido estimada para calificar la conducta de la que ha sido objeto como un delito trata de personas por no concurrir los medios comisivos exigidos por el tipo básico<sup>695</sup>.

Desde un punto de vista subjetivo el dolo debe abarcar el conocimiento de la edad de la víctima. No sólo debe acreditarse que la víctima es menor de edad sino también que el sujeto activo era conocedor de esa minoría de edad. Cuando se trata de niños, con una edad muy inferior a la mayoría de edad, la aplicación del subtipo no generará *a priori* dificultades ya que el autor difícilmente podrá alegar el desconocimiento o confusión sobre la edad de la víctima. Más conflictivos son aquellos casos en los que la víctima es un menor cercano a la mayoría de edad en los que el sujeto activo podrá alegar fácilmente el desconocimiento, con mayor motivo cuando no exista documentación válida y ni tan siquiera las pruebas médicas permitan concretar con cierto grado de fiabilidad su mayoría o minoría de edad<sup>696</sup>.

Por consiguiente, cualquier tipo de error sobre este elemento típico, tanto invencible como vencible, se convierte en relevante impidiendo la aplicación del subtipo agravado<sup>697</sup>, en virtud del art. 14.2 CP, puesto que el error sobre el hecho que cualifique la infracción impedirá su apreciación<sup>698</sup>.

Por último, recordar que la tipificación específica de esta agravante de minoría de edad desplaza la posibilidad de aplicar la circunstancia agravante genérica del art.22.2 CP de abuso de superioridad.

### ***1.1.3. Víctima especialmente vulnerable***

El apartado cuarto del precepto recoge por último, en la letra c), un subtipo cualificado fundamentado en la especial vulnerabilidad de la víctima. Así se impondrá la pena superior en grado cuando se trate de una *víctima especialmente vulnerable por razón de la enfermedad, discapacidad o situación*.

---

<sup>695</sup> Vid. LLORIA GARCÍA, “Lección XI. Trata de seres humanos, en *op.cit.*, p.304; TERRADILLOS BASOCO, “Capítulo 24. Trata de personas”, en *op.cit.*, p. 213.

<sup>696</sup> Las pruebas médicas utilizadas para determinar la edad de una personas, tales como la radiografía de muñeca para determinar la edad ósea, la ortopantomografía dental por determinación de maduración de los terceros molares y la tomografía computarizada del extremo medial de la epífisis clavicular, son pruebas con un elevado margen de error que debe ser tenido en cuenta. Sobre estos procedimientos puede verse el monográfico, DEFENSOR DEL PUEBLO, *¿Menores o adultos? Procedimientos para la determinación de la edad*, Madrid, 2012. Disponible <http://www.defensordelpueblo.es/es/index.html> [última consulta, 5 de marzo de 2014].

<sup>697</sup> PÉREZ CEPEDA, *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, *op.cit.*, p. 274.

<sup>698</sup> DAUNIS RODRÍGUEZ, *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*, *op.cit.*, p. 176.

El Convenio de Varsovia no se refiere a las víctimas especialmente vulnerables, únicamente se refiere a los menores de edad, mientras que la Decisión Marco de 2002 las mencionaba para incluir a aquellas personas que no habían alcanzado la mayoría de edad sexual<sup>699</sup>. La Propuesta de Directiva para prevenir y combatir la trata de seres humanos<sup>700</sup>, origen de la actual Directiva 2011/36, preveía la imposición de una pena superior cuando el delito se hubiese cometido contra una víctima *particularmente vulnerable*, entre las que incluía no sólo a los menores de edad sino también a los adultos particularmente vulnerables por razón de embarazo, condiciones de salud o discapacidad<sup>701</sup>. Finalmente, la Directiva finalmente aprobada por el Parlamento europeo y el Consejo elimina cualquier la referencia a los adultos especialmente vulnerables, ciñéndose a incluir como mínimo a los menores. En este caso el derecho europeo e internacional no otorga una pauta para determinar que se entiende por víctima particularmente vulnerable, pues sólo se refieren de forma expresa a los menores.

El principal problema de este subtipo es su diferenciación con el tipo básico y la concreción de su alcance. El tipo básico de trata de personas se refiere, con carácter general, al abuso de la vulnerabilidad de la víctima como medio comisivo propio del delito, mientras que el subtipo agravado alude a la “especial” vulnerabilidad de la víctima para justificar la agravación. La principal diferencia entre ambos parece encontrarse, por tanto, en el adverbio “especialmente” que menciona el subtipo agravado, que parece exigir que la situación de la víctima sea especialmente grave, pues la vulnerabilidad de la víctima será consustancial al tipo básico en muchas ocasiones. No obstante, la situación de vulnerabilidad como medio comisivo debe ser interpretada de forma restrictiva como una vulnerabilidad grave. Si no fuese así la equiparación entre los medios comisivos exigidos, que se caracterizan por ser de diversa entidad y desvalor, como la violencia o la intimidación y los medios fraudulentos y abusivos, no estaría justificada. Únicamente si se interpretan estos de forma restrictiva exigiendo que alcancen la suficiente gravedad, se justificaría la equiparación penológica del apartado primero del art. 177 bis CP.

---

<sup>699</sup> El art. 3.2. b) de la Decisión Marco de 19 de julio de 2002 prevé el establecimiento de pena máxima privativa de libertad no inferior a ocho años cuando el delito se cometa contra “*una víctima que sea particularmente vulnerable. Se considerará que una víctima es particularmente vulnerable al menos cuando la víctima esté por debajo de la edad de mayoría sexual, según la legislación nacional y la infracción se hay cometido con fines de explotación de la prostitución ajena o a ejercer otras formas de explotación sexual, incluida la pornografía*”.

<sup>700</sup> EUROPEAN COMMISSION COM (2010) 95 final, Brussels, 29.3. 2010 (disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52010PC0095:ES:HTML>)

<sup>701</sup> El art. 4.2.b) de la Propuesta de Directiva preveía una pena privativa de libertad de una duración máxima de al menos diez años cuando, entre otras circunstancias, la infracción se cometiese contra una víctima particularmente vulnerable, entre las que, en el contexto de la presente Directiva, se contarán al menos las víctimas infantiles, y los adultos particularmente vulnerables como consecuencia de un eventual embarazo, de sus condiciones sanitarias o de discapacidad.

Por ello, si no quiere incurrirse en un *bis in idem* es necesario recordar que el abuso de la situación de vulnerabilidad no puede ser el fundamento de la agravación de víctima especialmente vulnerable si esa misma circunstancia se ha tenido previamente en cuenta para configurar el tipo básico. Por tanto, cuando las circunstancias que configuran la especial vulnerabilidad de la víctima hayan sido determinantes de la apreciación de tipicidad, conforme al apartado 1, no procedería su consideración como agravantes. Debe verificarse la existencia de una doble y diferente realidad que justifique el plus de culpabilidad y punición

De acuerdo con el tenor literal del subtipo cualificado la situación de especial vulnerabilidad tiene que tener su origen en circunstancias personales, como la enfermedad o discapacidad, o bien en circunstancias externas, como la situación. Matizaciones que vienen a confirmar la construcción que tanto la doctrina y jurisprudencia han venido realizando del contenido de la especial vulnerabilidad, sobre la base de situaciones donde la víctima padezca unas circunstancias especialmente graves, como aquellos casos limítrofes con la incapacidad, debilidad o alteración mental, debilidad física, problemas económicos muy graves, adicción a las drogas o por encontrarse en riesgo inminente de perder la vida<sup>702</sup>, así como la corta edad de la víctima. En este último sentido la Decisión Marco incluía a la víctima con una edad inferior a la mayoría de edad sexual, que en el ordenamiento español se encuentra fijada en los 13 años, y la infracción se hubiese cometido con fines de explotación sexual.

Inicialmente, determinar la vulnerabilidad derivada de alguna enfermedad, tanto física como psíquica, o discapacidad no plantea grandes problemas. Sin embargo, como consecuencia de la necesaria delimitación con el tipo básico del delito de trata de personas y de la divergencia en el tratamiento penal otorgado a menores e incapaces, que exigiría una protección equivalente, la presencia del abuso de una situación de vulnerabilidad como medio comisivo cuando se traten de víctimas incapaces recorta las posibilidades de apreciación del subtipo agravado en casos de incapacidad. Así, como la vulnerabilidad cuyo origen se encuentra en la situación de la víctima, plantea serias dificultades de delimitación con el tipo básico del delito.

## **1.2. Por razón del sujeto activo**

Una vez establecidos los subtipos agravados por razón de la víctima, los subsiguientes apartados 5 y 6 del art. 177 bis CP recogen dos nuevos subtipos agravados, cualificados en este caso por las especiales características del sujeto activo.

---

<sup>702</sup> Vid. DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto, *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*, op. cit. P. 178; PÉREZ CEPEDA, *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, op.cit., p. 269 y GUARDIOLA LAGO, *El tráfico de personas en el derecho penal español*, op.cit. , p. 368.

### ***1.2.1. Autoridad, agente o funcionario***

El apartado 5 del art. 177 bis establece una agravación de la pena cuando los hechos se hayan realizado prevaliéndose de la condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. De concurrir el prevalimiento corresponderá al culpable por los hechos la pena superior en grado a la prevista en el tipo básico, por tanto, de 8 años y un día a 12 años de prisión, así como la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años. Reseñable es que este prevalimiento de la condición de funcionario no implica una pena de prisión superior a la prevista para los subtipos agravados basados en la condición de la víctima, sino el añadido de un pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años. En aquellos supuestos en los que concurren además alguna o varias de las circunstancias agravantes previstas en el apartado cuarto del precepto se prevé que la pena de prisión se imponga en su mitad superior.

La vigente Decisión Marco de 2002 en el momento de aprobación de la reforma penal de 2010 no incluía una agravación de este tipo. Sin embargo, esta omisión no fue impedimento para que el Legislador nacional previese como subtipo cualificado del delito de trata la comisión del mismo prevaliéndose de la condición de funcionario público o autoridad, al estar prevista como circunstancia agravante la perpetración del delito de trata por funcionario público en el ejercicio de sus funciones en el art. 24.c) del Convenio de Varsovia. La posterior Directiva de 2011 incorporó también a su texto dicha circunstancia siguiendo la redacción dada por el Convenio de Varsovia.

La fundamentación de este subtipo agravado es doble. Por un lado, representa un mayor desvalor de la acción cuando ésta es realizada por un funcionario público pues implica una infracción de los deberes inherentes al cargo y la utilización de sus atribuciones en beneficio propio. Por otro lado, implica un mayor desvalor de resultado ya que la utilización de las ventajas inherentes a su cargo facilita la perpetración o implican un menor riesgo<sup>703</sup>. Además, no es posible abstraerse de la realidad criminal que muestra que tanto en la trata de personas como en el tráfico ilegal de personas no es extraña la participación de algún funcionario en la operación delictiva.

El tipo básico previsto en el art. 177 bis. 1 CP prevé un delito común, aplicable a cualquiera que realice la conducta típica, mientras que el subtipo agravado tipificado en el apartado 5 del precepto recoge un delito especial impropio, que exige para su aplicación que el sujeto activo del delito ostente la condición de autoridad o

---

<sup>703</sup> En este sentido, RODRÍGUEZ MESA, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, op.cit., p. 111; DAUNIS RODRÍGUEZ, *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*, op.cit., p. 135; PÉREZ CEPEDA, *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, op.cit., p. 275; GUARDIOLA LAGO, *El tráfico de personas en el derecho penal español*, op.cit., p. 210.

funcionario público<sup>704</sup>. Para la aplicación de subtipo agravado se hace imprescindible acreditar, por tanto, que el sujeto activo goza efectivamente de esa condición, que al tratarse de una circunstancia de carácter personal no será comunicable al resto de partícipes en el delito<sup>705</sup>, en virtud de lo dispuesto en el art.65.1 CP para supuestos de causas personales.

Como delito especial, la esfera de posibles autores se limita a aquéllos que ostenten la condición de funcionario público, autoridad pública o agente de ésta. A efectos penales, el concepto de funcionario público es autónomo e independiente de otros posibles conceptos que de funcionario público se puedan mantener en otros ámbitos jurídicos<sup>706</sup>. A efectos penales, el concepto de funcionario público es más amplio que el concepto administrativo<sup>707</sup> al incluir en él a individuos que no poseen esa consideración de acuerdo con el derecho administrativo. De conformidad con la definición auténtica del art.24. 1 CP poseen, a efectos penales, la condición de autoridad pública aquellas personas que por sí solas o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tengan mando o ejerzan jurisdicción propia. Mientras que el apartado segundo del precepto considera funcionarios públicos a aquellos que por mandato legal, por elección o nombramiento de la autoridad competente participen en el ejercicio de las funciones públicas. En relación con el

---

<sup>704</sup> El calificativo de impropio proviene de la existencia de un tipo común, el art. 177 bis. 1 CP, aplicable a quienes realizan idéntica conducta sin poseer la condición personal exigida en el tipo especial. Vid. DE LEÓN VILLALBA, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, op.cit., p. 270; GUARDIOLA LAGO, *El tráfico de personas en el derecho penal español*, op.cit., p. 209; RODRÍGUEZ MESA, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, op.cit., p. 11; PÉREZ CEPEDA, *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, op.cit., p. 275; SERRANO-PIEDRASCASAS, “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en op.cit., p. 341.

<sup>705</sup> PÉREZ CEPEDA, *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, op.cit., p. 275; GUARDIOLA LAGO, *El tráfico de personas en el derecho penal español*, op.cit., p. 216; PÉREZ FERRER, “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en op.cit., p. 497.

<sup>706</sup> Tanto doctrinal como jurisprudencialmente se sostiene que el concepto de funcionario público recogido en el Código penal no coincide con el presente en el derecho administrativo. Vid., entre otros, VALEJE ÁLVAREZ, Inmaculada “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y “personas que desempeñan una función pública””, *CPC*, núm. 62, 1997, p. 446; QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, “El concepto penal de funcionario público”, en *CPC*, núm. 27, 1985, p.479; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Capítulo VI. Disposiciones Generales” en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), *Comentarios al nuevo Código penal*, 3ª Edición, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005, p. 304; En el mismo sentido se pronuncia la doctrina del Tribunal Supremo. Vid STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1122/2007, de 10 de diciembre de 2007, F.J. 2º, (Ponente: Siro Francisco García Pérez), [ROJ: STS 8779/2007] en la que aclara que “el concepto de funcionario público a que se refiere el art. 24 es privativo del Derecho Penal, de manera que no puede ser remitida la consideración de tal carácter a criterios del Derecho Administrativo o del social”; STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª), núm. 1952/2000, de 19 de diciembre de 2000, F.J. 8º, (Ponente: José Antonio Martín Pallín); STS (Sala de lo Penal. Sección1ª) núm. 186/2012, de 14 de marzo de 2012, F.J. 1º, (Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre), [ROJ: STS 1612/2012]; STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 238/2010, de 17 de marzo de 2010, F.J.2º, (Ponente: Diego Antonio Ramos Gancedo) [ROJ: STS 1674/2010].

<sup>707</sup> La Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, define, en su art. 8, a los empleados públicos como aquellos que desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al Servicio de los intereses generales. Se incluyen no sólo a los funcionarios de carrera sino también a los funcionarios interinos, al personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal, así como al personal eventual.

concepto de agente de la autoridad deberá atenderse la construcción doctrina y jurisprudencia que de él se ha realizado.

El concepto de funcionario público es un concepto amplio que abarca a todas las personas en las que concurran los dos requisitos que se deducen del propio precepto penal. Por un lado, un requisito material u objetivo que exige la participación en la función pública. Y, por otro lado, un requisito de carácter formal que exige que la persona que participe en la función pública haya sido habilitada para ello a través de alguno de los instrumentos especificados, tales como la ley, elección o nombramiento de la autoridad.

Por un lado, el elemento material remite al concepto de función pública que no es ajeno al debate doctrinal y jurisprudencial, existiendo múltiples teorías que intentan concretar sus contornos y determinar cuándo la función posee el carácter de pública o privada. Jurisprudencialmente, parece que las más recientes sentencias se pronuncian a favor de una tesis ecléctica al entender que para la determinación de la función pública se exige la presencia de un ente público (elemento subjetivo), sometido a normas de derecho público (elemento objetivo), con la finalidad de satisfacer intereses públicos (elemento teleológico)<sup>708</sup>.

Se opta por una interpretación restrictiva de función pública, que parece ser la posición doctrinal mayoritaria<sup>709</sup>, introduciendo requisitos teleológico-subjetivos<sup>710</sup> y objetivos<sup>711</sup>. Sin embargo esta postura obliga a dejar fuera del concepto penal de

---

<sup>708</sup> En este sentido, la STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 186/2012, de 14 de marzo de 2012, F.J.1º, (Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre), [ROJ: STS 1612/2012], reconoce que “*Para una correcta determinación del carácter público de la actuación ha de partirse, necesariamente, de la concurrencia de una finalidad dirigida a satisfacer los intereses generales, el criterio teleológico al que hemos hecho referencia con anterioridad, esto es, a las potestades de la administración, legislativa, jurisdiccional y ejecutiva, y dentro de éstas las dirigidas a la satisfacción del bien común, enseñanza, justicia, hacienda, fomento, comunicaciones, seguridad, agricultura, sanidad, abastecimientos, etc. Criterio que ha de ser delimitado, a su vez, por el requisito subjetivo, en cuya virtud el órgano del que emane sea público, y otro objetivo, por el que se exige que la actividad sea regida por normas de carácter público, aunque la relación entre el sujeto que la realiza y el órgano pueda ser regulada por normas no públicas*”. En el mismo sentido, la STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1125/2011, 2 de noviembre de 2011 (Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre), [ROJ: STS 7290/2011] y STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1030/2007, de 4 de diciembre de 2007, (Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Lurca), [ROJ: STS 8289/2007], en las que se hace una remisión a múltiples sentencias.

<sup>709</sup> Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, “Autoridad y funcionario a efectos penales” en LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (dir.), *Enciclopedia penal básica*, Ed. Comares, Granada, 2002, p. 180; OLAIZOLA NOGALES, Inés, *El delito de cohecho*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p. 134.

<sup>710</sup> Como defensor de la teoría teleológica Vid. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, op.cit., p. 986, define la función pública como la proyectada al interés colectivo o social, al bien común, y realizada por órganos estatales o paraestatales. Completa su afirmación aceptado que no hay inconveniente en considerar a efectos penales como funcionario público a quien participa en una actividad pública a través de una sociedad con forma de Derecho privado, pero participada por la administración, siempre que participe en la función pública.

<sup>711</sup> Entre los defensores de la tesis objetiva, Vid QUERALT JIMÉNEZ, *CPC*, núm. 27, 1985, p.482, mantiene que lo esencial para determinar el carácter público o privado de la función es el régimen

funcionario público a todos aquellos trabajadores que desarrollan su actividad en empresas privadas concesionarias de servicios públicos o bien en empresas privadas con participación pública, sometidas a derecho privado, a través de las cuales la Administración puede desplegar su actividad. Por ese motivo, doctrinalmente es posible encontrar posiciones menos restrictivas que centran la atención en el elemento subjetivo identificando la función pública con aquella actividad material o jurídicamente imputable Administración<sup>712</sup>, centrando el punto de interés en la titularidad pública de la actividad y no en su concreta gestión.

Por otro lado, ya se ha visto que no es suficiente con participar en el ejercicio de las funciones públicas sino que es necesario, un elemento formal, estar habilitado para ello a través de uno de los tres títulos especificados en el art. 24 CP. Las vías de acceso a la función pública que fija el precepto son la disposición inmediata de la ley, elección o nombramiento de la autoridad competente, siendo posible englobar las dos últimas en la primera<sup>713</sup>. Es el último de los títulos habilitantes el que permite considerar funcionario público, a efectos penales, no sólo al personal de confianza política, sino también a los funcionarios interinos y al personal laboral. La jurisprudencia ha equiparado, a efectos penales, al funcionario titular y al funcionario sustituto o interino que carece de la estabilidad que proporciona la pertenencia a la carrera administrativa, al ser primordial que la persona se encuentre al servicio de entes públicos, con sometimiento de su actividad al control del derecho administrativo, aunque carezca de las notas de incorporación definitiva<sup>714</sup>. Incluso el personal contratado de los entes públicos, sometido a derecho laboral, ha sido reconocido como funcionario público, aceptando que el nombramiento por autoridad competente puede realizarse mediante un contrato laboral<sup>715</sup>.

El ámbito de aplicación del subtipo cualificado del apartado 5 del art. 177 bis CP no se limita a los funcionarios públicos, sino que la esfera de autores se amplía a

---

jurídico al que está sometida. Si ésta se encuentra regulada por el Derecho público nos encontraremos ante una función pública, mientras que si se rige por el derecho privado se tratará de una función privada.

<sup>712</sup> Vid. VALEIJE ÁLVAREZ, *CPC*, núm. 62, 1997, pp. 473-498.

<sup>713</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, op.cit., p. 985 que mantiene que los tres títulos podrían reconducirse a uno sólo, la disposición de la ley, pues el nombramiento o la elección deben basarse en una ley que las determine.

<sup>714</sup> STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 827/2012 de 24 octubre, F.J. 3º, (Ponente: Excmo. Sr. Manuel Marchena Gómez) [ROJ: STS 7363/2012].

<sup>715</sup> Así, de forma clara la STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 68/2003, de 27 de enero, F.J. 2º, (Ponente: Joaquín Delgado García) [ROJ: STS 403/2003] mantiene que “no es obstáculo para ostentar esta condición de funcionario público a efectos penales el que la causa de ese nombramiento por autoridad competente se encuentre en un contrato laboral. Este funcionario público puede ser designado por la vía de un acuerdo entre el interesado y la persona investida de facultades para ello, en el caso presente el director-gerente de ese Fondo de Promoción de Empleo del Sector de Aceros Especiales, incluso con sometimiento de la relación jurídica correspondiente al Derecho Laboral En estos casos esa designación por la autoridad competente se produce en el mismo negocio jurídico bilateral (contrato) cuya entrada en vigor determina el inicio del ejercicio de la función pública correspondiente”.



aquellas personas que posean la condición de autoridad pública. A pesar, de la diferenciación presente tanto en el subtipo agravado como en el propio art.24 CP que distingue entre funcionario público y autoridad pública, en realidad la relación entre el funcionario público y la autoridad pública es de género a especie<sup>716</sup>, siendo la autoridad pública un tipo de funcionario que viene caracterizado por poseer mando o ejercer jurisdicción propia. Así, toda autoridad pública será funcionario público pero no todo funcionario público tendrá la consideración de autoridad, por carecer de mando y jurisdicción propia. Por ese motivo cierto sector doctrinal considera innecesaria la distinción prevista en el precepto penal, considerando que lo adecuado hubiese sido prescindir de esta diferenciación para simplificar la descripción típica de determinados tipos penales<sup>717</sup>. Sin embargo, en cuanto el texto penal especifica en ocasiones que el sujeto sobre el que recae la acción debe ser autoridad pública o agente de ésta, no incluyendo a los funcionarios, es recomendable el mantenimiento de una definición concreta para autoridad.

La particularidad de la autoridad pública frente al funcionario es que ésta ostenta mando o jurisdicción propia, siendo necesario que cumpla además con los requisitos exigidos por el art.24.2 CP. El “mando” se identifica con la coerción en sentido jurídico, como la potestad de reclamar obediencia<sup>718</sup>, mientras que la “jurisdicción propia” es entendida de forma amplia como la potestad para resolver asuntos de cualquier índole que sean sometidos a su consideración, sin restringirla a la potestad jurisdiccional propia de jueces y Tribunales. En cualquier caso, la jurisdicción debe ser propia por lo que no serán autoridad pública, a efectos penales, aquellos que ejerzan la jurisdicción de forma delegada.

El propio precepto penal de forma expresa otorga la consideración de autoridad pública a los parlamentarios estatales, autonómicos y europeos, equiparando a los funcionarios del Ministerio fiscal<sup>719</sup>. Sin embargo, no es ésta una lista exhaustiva de quienes han de considerarse autoridad. El propio art.551. 2 CP menciona como sujetos que puede ser objeto del delito de atentado como autoridad a los miembros del Gobierno, de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, del Congreso de los Diputados, del Senado o de las Corporaciones Locales<sup>720</sup>, del Consejo

---

<sup>716</sup> Vid. GUARDIOLA LAGO, *El tráfico de personas en el derecho penal español*, op.cit., p. 214.

<sup>717</sup> Vid. QUINTERO OLIVARES, “Capítulo VI. Disposiciones Generales” en op.cit., p.303; BARQUÍN SANZ, *Delitos contra la integridad moral*, op.cit., p. 219.

<sup>718</sup> QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español: Parte Especial*, op.cit., p.769; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “Autoridad y funcionario a efectos penales” en op.cit., p. 180.

<sup>719</sup> Los funcionarios del Ministerio fiscal, en cuanto actúan, a excepción de los Fiscales-Jefes, por delegación ostentan la condición de autoridad pública por mandato expreso de la Ley penal. Vid. QUINTERO OLIVARES, “Capítulo VI. Disposiciones Generales” en op.cit. p.304.

<sup>720</sup> Reconocen el carácter de autoridad pública de los Alcaldes la STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. de recurso 5268/1990, de 13 de noviembre de 1992 (Ponente: Luis Román Puerta Luis), [ROJ: STS 8438/1992] y STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. de recurso 2646/1994, de 27 de abril de 1995, F.J. 6º (Ponente: José Manuel Martínez- Pereda Rodríguez) [ROJ: STS 2369/1995]. Respecto a los Concejales la jurisprudencia se encuentra dividida a la hora de reconocerles o no la condición de

General del Poder Judicial o Magistrados del Tribunal Constitucional. Además, un breve repaso a la jurisprudencia permite constatar que ésta ha reconocido la cualidad de autoridad pública a un grupo diverso de personas desde jueces y magistrados, incluyendo a los jueces de paz y a los suplentes y sustitutos, pasando por los notarios, delegados de Hacienda e inspectores de trabajo<sup>721</sup>, directores de centros penitenciarios<sup>722</sup>, decanos del Colegio de abogados<sup>723</sup>, decano de facultad<sup>724</sup> o incluso a los jefes provinciales de correos<sup>725</sup>. Igualmente, se ha reconocido jurisprudencialmente el carácter de autoridad a las Autoridades portuarias<sup>726</sup>.

Para finalizar, otros de los posibles sujetos activos del subtipo agravado son los agentes de la autoridad, a los que el art.24 CP no menciona. Ante la omisión del precepto y la ausencia de una definición legal a efectos penales de lo que debe entenderse por agente público ha sido la jurisprudencia la encargada de concretar su alcance, principalmente, con ocasión de aplicar los delitos de atentado, resistencia o desobediencia<sup>727</sup>, ámbito en los que los agentes de la autoridad aparecen como sujetos sobre los que recae la acción típica.

---

autoridad. Así, la STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. de recurso 5312/1990, de 12 de mayo de 1992, F.J. 3º, (Ponente: José Manuel Martínez- Pereda Rodríguez) [ROJ: STS 3757/1992], que menciona antiguas sentencias que han reconocido esta condición a los Concejales *“La jurisprudencia de este Tribunal Supremo no ha estimado, por lo general, el carácter de autoridad en los Concejales, salvo en dos resoluciones antiguas - sentencias de 30 de enero de 1890 y 2 de julio de 1909- otorgándoles, por el contrario, el carácter de funcionarios públicos, como expresó esta Sala desde antiguo - sentencias de 30 de junio de 1876, 26 de mayo de 1884, 6 de abril de 1885, 16 de diciembre de 1893 y 24 de enero de 1911- e incluso más recientemente -sentencias de 13 de diciembre de 1983, 17 de noviembre de 1987 y 21 de febrero de 1989- excluyendo tan solo a los Tenientes de Alcalde cuando ejercieran funciones - sentencias de 29 de abril de 1875, 8 de marzo de 1886 y 5 de mayo de 1888-“*; o la STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 3242/1990, de octubre de 1990, F.J. 3º, (Ponente: José Antonio Martín Pallín), [ROJ : STS 7037/1990] manifiesta que *“en principio la única persona que ejerce de manera personal y directa una jurisdicción propia que le atribuye directamente la condición de autoridad es el Alcalde que dirige el Gobierno y administración municipales (art. 41.2 Reglamento), situándose a los Concejales en un segundo plano con facultades delegadas con carácter genérico o específico actuando bajo la supervisión del Alcalde o del Concejal Delegado”*. Sin embargo, el debate parece quedar zanjado por la reforma operada por la LO 7/2000 de 22 de diciembre que modifica, entre otros, el art. 551.2 CP para incluir a los miembros de las Corporaciones Locales, reconociendo con ello el carácter de autoridad de los Concejales como miembros de estas Corporaciones.

<sup>721</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 2131/1986, 15 de febrero 1986, F.J. 4º, (Ponente: Martín Jesús Rodríguez López), [ROJ: STS 9793/1986].

<sup>722</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 239/1998, de 24 de febrero de 1998, (Ponente: José Antonio Martín Pallín) [ROJ: STS 1256/1998].

<sup>723</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm.1310/2002, de 9 de julio de 2002, F.J. 1º, (Ponente: Enrique Abad Fernández), [ROJ: STS 5128/2002].

<sup>724</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 428/1983, de 21 de marzo, (Ponente: José Hijas Palacios) [ROJ: STS 1098/1983].

<sup>725</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1499/1984, de 6 de noviembre de 1984, (Ponente: Bernardo Francisco Castro Pérez), [ROJ: STS 818/1984].

<sup>726</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 541/1981, de 21 de abril (Ponente: Benjamín Gil Sáez), [ROJ: STS 4294/1981].

<sup>727</sup> Se hace mención a los agentes de la autoridad en múltiples preceptos del código penal, sin ofrecer una definición legal. Así, los arts. .118.3º, 121, 187.1, 188.1, 215.1, 303, 318 bis.4, 372, 412.2, 450.2, 451.3º, 514.3, 521 y 536. La única definición legal de agentes de la autoridad se encontraba en el art. 213.3 del Código penal de 1928 que consideraba agentes de la autoridad *“no sólo a los funcionarios que con tal carácter dependan del Estado, o de la Provincia o del Municipio, sino los de otras entidades que*

De la jurisprudencia se desprende que son agentes de la autoridad quienes por disposición legal o nombramiento de quien para ello es competente, se hallan encargados del mantenimiento del orden público y de la seguridad de las personas y de las cosas, cometido reservado fundamentalmente a los Cuerpos de Seguridad<sup>728</sup>. Sin embargo, al igual que ocurría con las autoridades públicas, los agentes de la autoridad son también funcionarios de hecho o de derecho cuya finalidad es ejecutar las decisiones y mandatos de la autoridad<sup>729</sup>.

En virtud de esta jurisprudencia para que un sujeto pueda ser considerado agente de la Autoridad debe existir una Ley o nombramiento que le asigne expresamente esa condición y que su participación en la función pública se concrete en el mantenimiento del orden público y seguridad. Por tanto, será necesario acudir a la normativa extrapenal para concretar si determinadas personas poseen o no la condición de agente de la autoridad.

No existen dudas en que los miembros de los Cuerpos y Seguridad, en el ejercicio de sus funciones, ostentan el carácter de agentes de la autoridad. De manera clara así lo reconoce el art.7.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad (en adelante, LOFCS). La propia LOFCS, en su art.2, reconoce la condición de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, no sólo a los dependientes del Gobierno de la Nación, sino también a los Cuerpos de Policía autonómica y locales. Entre los Cuerpos de Seguridad del Estado se incluye, a pesar de su particular naturaleza militar, a la Guardia Civil, por lo que sus miembros poseen la condición de agentes de la autoridad (art. 9 LOFCS). Además, el art.53.3 de la misma norma legal otorga la misma consideración a los Cuerpos de funcionarios creados en los municipios de gran población para ordenar, señalizar y dirigir el tráfico en el casco urbano, en el ejercicio de sus funciones.

Por mandato legal expreso también tienen la consideración de agentes de la autoridad los Recaudadores ejecutivos de la Seguridad social y el resto del personal adscrito a las unidades de recaudación ejecutiva en el ejercicio de sus funciones, así lo reconoce expresamente el art.2.3 del RD 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social. Mientras que

---

realicen o coadyuven a fines de aquéllos y los que tengan a su cargo alguna misión general o determina y en disposición reglamentaria o nombramiento expedido por Autoridad competente o delegado de ésta, se expresa el carácter de tal agente”.

<sup>728</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 3573/1992, de 18 de noviembre de 1992, (Ponente: José Augusto de Vega Ruíz), [ROJ: STS 13785/1992].

<sup>729</sup> CONDE PUMPIDO TOURÓN, Cándido, “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en AA.VV, *Extranjeros y Derecho penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 4, 2003, Consejo general del poder judicial, Madrid, p. 312; GARCÍA ESPAÑA y RODRÍGUEZ CANDELA, *Actualidad Penal*, núm. 29, 2002, pp. 732-734.

a las Autoridades portuarias se les ha reconocido la condición de autoridad, a los guarda-muelles se les ha atribuido tradicionalmente la consideración de funcionarios públicos pero no de agentes de la autoridad, puesto que la Ley 27/1992 de Puertos del Estado y de la Marina mercante no los declaraba como tal<sup>730</sup>. Sin embargo, el RD Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, confirmando lo dispuesto en la Disposición Decimotercera de la Ley 48/2003, de Régimen económico y de prestación de los puertos de interés general, se refiere ahora expresamente a la policía portuaria, otorgándole al personal de la misma la consideración de agente de la autoridad en el ejercicio de las potestades públicas recogidas en la Ley<sup>731</sup> por lo que ante este pronunciamiento legal la jurisprudencia mayoritaria podría verse alterada<sup>732</sup>.

Especial mención merecen los vigilantes de seguridad privada. De acuerdo con la Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada (en adelante, LSP), el personal de seguridad privada estará integrado por los vigilantes de seguridad, los vigilantes de explosivos, los jefes de seguridad, los directores de seguridad, los escoltas privados, los guardas particulares del campo, los guardas de caza, los guardapescas marítimos y los detectives privados. Inicialmente los vigilantes de seguridad fueron considerados como agentes de la autoridad, pues el art. 18 del Decreto de 10 marzo de 1978 sobre funciones de los Vigilantes jurados de seguridad investía de autoridad a los vigilantes jurados de fincas, empresas o entidades. Sin embargo, la derogación del Decreto de 1978 por la posterior Ley de 27/1992, de 30 de julio de Seguridad Privada (en

---

<sup>730</sup> En este sentido, la jurisprudencia menor como SAP de Cádiz (Sección 7ª) núm. 13/2002, de 25 de enero, F.J: 2º y 3º (Ponente: Manuel Gutiérrez Luna) [ROJ: SAP CA 206/2002] establece que las *Autoridades Portuarias deben considerarse Autoridad en cuanto ejercen funciones públicas con mando propio, pero ello no implica que el personal contratado por ella adquieran la consideración de agente de la autoridad, si tal condición no le es atribuida expresamente por una ley, lo que no sucede en el caso de los guarda-muelles. Sin embargo, “al ejercer la Autoridad portuaria funciones de Derecho público, en aquellas de tales funciones en que intervengan los guarda-muelles, habrá de asignárseles la condición de funcionarios públicos, a los efectos del artículo 24.2 del Código Penal, pero no la de Agentes de la Autoridad. No puede equipararse la condición de funcionario público a la de Agente de la Autoridad, definidas ambas por separado, a efectos penales, en el ya citado artículo 24 del código punitivo.* En el mismo sentido, SAP de Huelva (Sección 1º), núm. 57/2009, de 12 de marzo (Ponente: Jesús Fernández Entralgo) [ROJ: SAP H 260/2009]; SAP de Sevilla (Sección 4ª) núm. 107/2003, de 27 de febrero (Ponente: Francisco Gutiérrez López) [ROJ: SAP SE 870/2003]. Cfr. SAP de Palma de Mallorca (Sección 2ª) núm. 85/2003, de 22 de abril (Ponente: Eduardo Calderón Susin) [ROJ: SAP IB 1025/2003].

<sup>731</sup> El art. 296 RD 2/2011 establece “1. Las funciones de policía especial, enunciadas en el art. 4.1 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, atribuidas a la Autoridad Portuaria por la presente ley, corresponden a su Consejo de Administración. 2. Dichas funciones serán ejercidas, en la forma que determine el Reglamento de Explotación y Policía, por el personal de la Autoridad Portuaria, debidamente cualificado y adscrito al Servicio de Policía, a cuyo efecto tendrá la consideración de agente de la autoridad de la Administración portuaria en el ejercicio de las potestades públicas recogidas en la presente ley, sin perjuicio de la obligación de colaborar siempre que sea preciso con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.”

<sup>732</sup> La SAP Cádiz (Sección 7ª) núm. 360/2003, de 4 de diciembre, F.J. 2º (Ponente: Manuel Gutiérrez Luna), [ROJ: SAP CA 2211/2003], insinúa el cambio como consecuencia de la entrada en vigor de la Disposición Decimotercera de la Ley 48/2003, de Régimen económico y de prestación de los puertos de interés general que otorga la consideración de agente de la autoridad a los guardamuelles en el ámbito portuario.

adelante, LSP) conllevó un importante cambio jurisprudencial<sup>733</sup>. Esta nueva Ley no reconoce el carácter de agentes de la autoridad, lo que originó una serie de sentencias en las que de forma sistemática se les niega este carácter, son ejemplo de ello, entre otras, las Sentencias 6 de mayo de 1992<sup>734</sup> y 18 de noviembre de 1992<sup>735</sup>, que niegan la condición de agentes de la autoridad a los vigilantes de seguridad. En la actualidad tanto la LOFCSE como la LSP consideran esos servicios privados como complementarios y subordinados respecto de la seguridad pública. Por consiguiente, los sujetos que sean profesionales de la seguridad privada quedarían excluidos de la esfera de posibles autores del delito cualificado. Sin embargo, el actual Proyecto de Ley de Seguridad Privada cuya aprobación se prevé para el primer semestre de 2014 puede modificar esta conclusión al otorgarle la consideración de agentes de la autoridad a efectos del delito de atentado y desobediencia cuando desarrollen sus actividades de seguridad privada en cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad<sup>736</sup>.

Para la aplicación del subtipo agravado no es suficiente acreditar que el sujeto activo ostente la condición de autoridad, agente o funcionario público, sino que el tipo cualificado determina que estos deben realizar la acción *“prevaliéndose de su condición de autoridad, funcionario o agente de la autoridad”*.

Al exigir el tipo penal que el sujeto actúe con prevalimiento de su condición es necesario acreditar que la condición de funcionario es real y efectiva, que se produzca un abuso de poderes o deberes inherentes a esa condición y, por último, que los ponga al servicio del propósito criminal, aprovechando las ventajas que el cargo le ofrece para ejecutar el hecho delictivo con mayor facilidad y menor riesgo<sup>737</sup>. Por tanto, es necesario que se produzca un aprovechamiento de la función pública que posee para perpetrar el delito con mayor facilidad<sup>738</sup>, sirviéndose de ella para delinquir.

A diferencia de otros tipos penales, este subtipo cualificado se refiere de forma genérica al prevalimiento de la condición de funcionario sin exigir ningún otro elemento adicional. Mientras que otros tipos penales exigen que el delito se realice en el ejercicio del cargo, de sus funciones o de su competencia o bien que se produzca un

---

<sup>733</sup> Sin embargo, ya con anterioridad a la entrada en vigor de la LSP STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª), núm. 3317/1991, de 25 de octubre de 1991 (Ponente: Enrique Bacigalupo Zapater [ROJ: STS 8127/1991] dio lugar al cambio jurisprudencial y en base al principio de reserva de ley en materia penal niega la condición de agente de la autoridad a los vigilantes de seguridad.

<sup>734</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1476/1990, de 6 de mayo de 1992, F.J. 2º, (Ponente: Ilmo. Sr. Eduardo Moner Muñoz) [ROJ: STS 14332/1992].

<sup>735</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 3573/1992, de 18 de noviembre de 1992, F.J. 3º, (Ponente: José Augusto de Vega Ruíz), [ROJ: STS 13785/1992].

<sup>736</sup> BOCG. Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 50, de 21 de junio de 2013.

<sup>737</sup> Vid. DE LEÓN VILLALBA, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, op.cit., p. 270; SERRANO-PIEDECASAS, “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, op.cit., p.396.

<sup>738</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª), núm. 943/2006, de 2 de octubre, F.J. 3º, (Ponente: José Antonio Martín Pallín) [ROJ: STS 6069/2006].

abuso del cargo<sup>739</sup>, obligando a que los hechos de los que se deriva la responsabilidad penal se realicen en el concreto ámbito de sus funciones. Por el contrario, este tipo penal cualificado al igual que ocurre, entre otros, en el art. 318 bis. 3 CP, nada dice al respecto. El tenor literal del tipo penal lleva a la ampliación del ámbito de aplicación del subtipo, siendo posible su aplicación a aquellos sujetos que aprovechen su condición pública, sin que sea exigible que actúen en el estricto ámbito de su competencia<sup>740</sup>. Así, mientras que todo abuso de cargo implica prevalerse del carácter público del culpable no es posible mantener lo contrario, en cuanto no todo prevalimiento puede ser considerado como un abuso del cargo<sup>741</sup>. El prevalimiento es diferente del abuso de la función en cuanto implica que el sujeto actúa como un particular aunque apoyándose en su condición oficial para alcanzar con mayor facilidad su objetivo; aprovechándose de la cualidad de funcionario, pero no necesariamente dentro de la actividad que le es inherente<sup>742</sup>.

Para apreciar la cualificación agravatoria es suficiente con que se utilicen las ventajas que el ejercicio genérico de la función pública proporciona para facilitar el éxito de la operación, dentro o fuera de las funciones que le son inherentes por razón de su cargo<sup>743</sup>, al igual que ocurre para la aplicación de la circunstancia agravante genérica del art.22.7 CP<sup>744</sup>. No obstante, si la conducta subsumible en el delito de

---

<sup>739</sup> Entre otros, los arts. 390 CP (falsedad documental), 419 y 421 (delito de cohecho) y art. 405 (delito de prevaricación), exigen que el funcionario realice el acto delictivo en el ejercicio de sus funciones, de su cargo o de sus competencias.

<sup>740</sup> En este sentido se ha pronunciado la doctrina mayoritaria. Entre otros, vid. CONDE PUMPIDO-TOURÓN Cándido, “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en MARTÍN PALLÍN, José Antonio (dir.), *Extranjeros y Derecho penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 4, 2003, Consejo general del poder judicial, Madrid, p. 313; VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, “Titulo XV bis. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros” en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), *Comentarios al nuevo Código penal*, 3ª Edición, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005, p. 1679; PADILLA ALBA, “La inmigración clandestina”, en op.cit., p. 241; DAUNIS RODRÍGUEZ, *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*, op.cit., p.137; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Protección y expulsión del extranjero en derecho penal*, op.cit. p. 248; GUARDIOLA LAGO, *El tráfico de personas en el derecho penal español*, op.cit. , p 216; MORÓN LERMA, GARCÍA ARÁN y JIMÉNEZ VILLAREJO, “Los tipos penales acogedores del tráfico de personas”, en op.cit., p. 236;

<sup>741</sup> RODRÍGUEZ MESA, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, op.cit., p. 113.

<sup>742</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1077/2012, de 28 de diciembre, F.J. 4º, (Ponente: Antonio del Moral García), [ROJ: STS 9147/2012].

<sup>743</sup> Este también es el criterio recogido en la Circular de la FGE 2/2006, de 27 de julio, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España, en la que se refiere expresamente a la STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 727/2004, de 10 de junio, F.J. 1º, (Ponente: José Manuel Maza Martín) [ROJ: STS 4023/2004], que reconoce que el prevalimiento concurre, “*al exhibir ante los responsables de los controles policiales sus credenciales como funcionario de policía, con la intención de beneficiarse indudablemente, de ese modo, de la confianza que su conducta podía generar ante quienes, en definitiva, eran sus propios compañeros. Comportamiento que debe considerarse como una forma de ese “prevalerse”, o aprovecharse, de la condición de policía para facilitar la ejecución del delito, que es la verdadera razón de ser del subtipo agravado*”.

<sup>744</sup> Sobre la agravante genérica vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1453/2002, de 13 de septiembre, F.J. 7º, (Ponente: Julián Artemio Sánchez Melgar), [ROJ: STS 5848/2002]; STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 93/2007, de 1 de febrero de 2007, F.J. 2º, (Ponente: Joaquín Giménez García), [ROJ: STS 718/2007]; STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 63/2010, de 1 de febrero, F.J. 3º, (Ponente: Francisco Monterde Ferrer), [ROJ: STS 1100/2010] SAP de Madrid (Sección 15ª) núm.

trata se realiza con abuso del cargo, el delito podrá concurrir con otra serie de delitos como el cohecho, la prevaricación o la falsedad documental. Ciertos autores, por el contrario, han intentado limitar el ámbito de aplicación de esta clase de subtipos agravados exigiendo que el hecho delictivo se perpetre por el sujeto activo que ostente la condición dentro del ejercicio del cargo, mediante el empleo de medios sólo disponibles para quien los ejerce o bien exigiendo que las funciones del cargo del que se prevale el sujeto sean idóneas para ser utilizadas ilícitamente<sup>745</sup>.

Dada la estructura de la agravación, que no restringe su ámbito de aplicación a situaciones de abuso del cargo o en el ejercicio de las funciones propias, no será posible que este subtipo concorra con la apreciación de la circunstancia genérica de prevalimiento del carácter público del culpable del art.22.7 CP que queda consumida por él<sup>746</sup>.

Para finalizar, es necesario precisar que únicamente será posible aplicar el subtipo agravado, cuando el funcionario público sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario. El tipo penal exige no sólo la cualidad personal del sujeto activo del delito, sino que estos deben ser los que *realicen los hechos* subsumibles en el tipo básico del delito de trata de personas. Por ello, si la participación es calificada jurídicamente como de complicidad, estos sólo podrán ser perseguidos como cómplices del tipo básico, pues no puede entenderse que un cómplice realiza las conductas típicas del delito de trata<sup>747</sup>, aunque se le podrá aplicar la agravante genérica de prevalimiento del carácter público del culpable.

### ***1.2.2. Pertenencia a una organización o asociación criminal***

El apartado 6 del precepto recoge otra agravación de la pena 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.

---

540/1997, de 17 de noviembre, F.J. 1º (Ponente: Alberto Gumersindo Jorge Barreiro), ROJ: SAP M 5541/1997].

<sup>745</sup> Vid. PÉREZ CEPEDA, *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, op.cit., p. 275; GARCÍA ESPAÑA y RODRÍGUEZ CANDELA, *Actualidad Penal*, núm. 29, 2002, pp. 732-734, restringe la agravante a los funcionarios o autoridades que posean competencias en materia de control de fronteras. Matizando esta postura RODRÍGUEZ MESA, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, op.cit., p. 113 que no exige que el autor participe en “funciones relacionadas directamente con el tránsito de extranjeros, siendo suficiente con que sus atribuciones le permitan realizar el hecho con mayor facilidad.

<sup>746</sup> CONDE PUMPIDO-TOURÓN, Cándido, “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en AAVV, *Extranjeros y Derecho penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 4, 2003, CGPJ, Madrid, p. 313.

<sup>747</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 438/2004, de 29 de marzo, F.J. 19º, (Ponente: Francisco Monterde Ferrer) [ROJ: STS 2141/2004]. En este sentido se pronuncia la Circular de la FGE 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración, p. 29.

Existe en el ámbito internacional una constante preocupación por la criminalidad organizada relacionada con determinados delitos especialmente graves, entre los que se incluye la trata de seres humanos. Los instrumentos internacionales parecen establecer una indubitada relación entre la trata de seres humanos y la criminalidad organizada, por lo que no es de extrañar la previsión de este subtipo agravado.

Principalmente en sus inicios, la lucha contra la trata de personas se configuró como una de las múltiples manifestaciones de la lucha contra la delincuencia organizada. El Protocolo de Palermo, el primero de los instrumentos internacionales adoptados para la lucha contra la trata de seres humanos, es un claro reflejo de esta conexión entre trata y delincuencia organizada transnacional, pues éste se adopta como instrumento complementario a la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional. Esta complementariedad muestra la íntima relación existente entre ambos fenómenos e implica que los Protocolos se interpreten de acuerdo con la Convención, siendo aplicables sus disposiciones *mutatis mutandi* a los mismos. Consecuencia directa de la complementariedad es que la incriminación realizada del delito de trata de seres humanos en relación con la propia Convención de delincuencia organizada configura la participación del grupo delictivo en el delito como un elemento inherente al tipo básico y no como una circunstancia agravante, aunque dicha exigencia de la complementariedad ha sido matizada. A medida que la lucha contra la trata de seres humanos comienza a centrarse en los derechos de las víctimas del delito, la organización criminal como principal sujeto activo del delito de trata se diluye para pasar a un segundo plano. Por ese motivo no es de extrañar que en los instrumentos posteriores, adoptados a nivel europeo tanto en el seno de la Unión Europea como del Consejo de Europa, la participación de una organización criminal en la comisión del delito de trata se configure como una circunstancia que agrava la responsabilidad penal y no como un elemento intrínseco a la misma. Así, el Convenio de Varsovia y la Directiva 2011/36 se limitan a establecer como circunstancia agravante del delito su perpetración en el marco de una organización criminal.

A estos mandatos internacionales responde el subtipo cualificado del apartado 6 del precepto, a través del cual, el Legislador parece dar cumplimiento. La circunstancia de agravación se fundamenta en la mayor peligrosidad y lesividad para el bien jurídico tutelado, en cuanto las organizaciones criminales mínimamente estructuradas disponen de una mayor capacidad para desarrollar el plan delictivo con independencia de las personas que lo integran, refuerzan la voluntad criminal de sus miembros e implican una mayor facilidad para la comisión del delito por parte de los autores<sup>748</sup> asegurando su realización reiterada<sup>749</sup>, así como pueden implicar una mayor

---

<sup>748</sup> GRIMA LIZANDRA, “Lección X. Delitos contra la integridad moral”, en op.cit., p. 306.

<sup>749</sup> GUARDIOLA LAGO, *El tráfico de personas en el derecho penal español*, op.cit., p. 218.



intensidad en el ataque al bien jurídico protegido y una mayor dañosidad en relación con las víctimas del delito.

Sin embargo, el subtipo agravado obliga a realizar algunas precisiones previas en cuanto al tratamiento penal previsto para la lucha contra la criminalidad organizada que permitirá delimitar su alcance y contenido. Para delimitar el ámbito de aplicación del subtipo cualificado previsto en el apartado 6 del art. 177 bis CP, deben precisarse previamente ciertas cuestiones. En primer lugar, la aplicación del subtipo agravado exige la existencia de una organización o asociación criminal, aunque sea de carácter transitorio. Para ello será necesario delimitar el concepto de organización criminal, para lo que es imprescindible recurrir a la normativa internacional y europea existente al respecto para posteriormente acudir al texto penal nacional que concreta estos mandatos internacionales

### **A) Organización o asociación criminal**

El creciente carácter transnacional del fenómeno de la delincuencia organizada ha generado un cuerpo normativo de carácter supranacional tendente a combatirlo que permite identificar las definiciones que de grupo organizado se manejan en el ámbito supranacional, sobre las que parece existir un mínimo consenso, y que han sido plasmados con mayor o menor intensidad en el Derecho penal nacional.

En el ámbito internacional destaca la Convención de Naciones Unidas contra la criminalidad transnacional organizada, en la que se define al **grupo delictivo organizado** como aquel “grupo estructurado<sup>750</sup> de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves<sup>751</sup> o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”. Dicha Convención establece entre las obligaciones de los Estados Parte la tipificación como delito, junto con otros hechos como el blanqueo de capitales, la corrupción y la obstrucción a la justicia, la participación activa en actividades del grupo delictivo organizado.

En el seno del Consejo de Europa es la Recomendación (2001) 11 del Comité de Ministro de los Estados miembros sobre principios rectores en la lucha contra el crimen organizado la que otorga una definición de grupo criminal organizado, como “grupo estructurado de tres o más personas, existente durante cierto tiempo y que

---

<sup>750</sup> Se define el “grupo estructurado” de forma amplia como un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada.

<sup>751</sup> El delito grave se identifica con aquellos delitos penados con una pena privativa de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave.

actúen concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves, con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero o material”.

De forma coincidente se refiere la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada<sup>752</sup>, a la que se remite al propia Directiva 2011/36, a la organización delictiva, cuando la identifica con una “asociación estructurada”<sup>753</sup> de más de dos personas, establecida durante un cierto período 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 de un máximo de al menos cuatro años o con una pena aun más severa, con el objetivo de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”. Esta Decisión Marco obliga a tipificar la participación en una organización criminal<sup>754</sup> con una pena máxima de reclusión de al menos entre dos y cinco años.

Parece existir un cierto consenso respecto a la conceptualización de los grupos organizados, pues se ofrecen definiciones coincidentes de “grupo criminal” y “asociación estructurada”. De ellas es posible extraer una serie de elementos comunes que parecen caracterizar, por tanto, a toda organización delictiva. Así, será necesario que nos encontremos ante una pluralidad de personas, como mínimo tres (elemento estructural), que con la finalidad de cometer delitos de especial gravedad y la

---

<sup>752</sup> Esta Decisión Marco sustituye a la temprana Acción común 98/733/JAI, de 21 de diciembre de 1998 adoptada por el Consejo sobre la base del art.K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea. Esta Acción común en su art. 1 entendía por organización delictiva a la “*asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo, y que actúe de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años como mínimo o con una pena aún más severa, con independencia de que esos delitos constituyan un fin en sí mismos o un medio de obtener beneficios patrimoniales y, en su caso, de influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad pública*”. La principal diferencia entre la Acción Común y el resto de instrumentos internacionales y la propia Decisión Marco es la inclusión en el ámbito de la organización delictiva de aquellos grupos cuya finalidad era influir indebidamente en el funcionamiento de las Instituciones, por tanto, de los grupos terrorista.

<sup>753</sup> Junto al concepto de organización criminal, la mencionada DM se refiere al concepto de asociación estructurada, en su art. 1.2 que identifica con una “organización no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito ni que necesite haber asignado a sus miembros funciones formalmente definidas, continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada”.

<sup>754</sup> El art. 2 de la Decisión Marco obliga a tipificar *la conducta de toda persona que, de manera intencionada y a sabiendas de la finalidad y actividad general de la organización delictiva o de su intención de cometer los delitos en cuestión, participe activamente en las actividades ilícitas de la organización, incluida la facilitación de información o de medios materiales, reclutando a nuevos participantes, así como en toda forma de financiación de sus actividades a sabiendas de que su participación contribuirá al logro de la finalidad delictiva de esta organización; Así como la conducta de toda persona que consista en un acuerdo con una o más personas para proceder a una actividad que, de ser llevada a cabo, suponga la comisión de delitos considerados en el artículo 1, aún cuando esa persona no participe en la ejecución de la actividad.*

persecución de beneficios económicos o materiales (elemento finalista), se conciertan de forma estructurada, organizada y jerarquizada en el tiempo (elemento temporal)<sup>755</sup>.

Son precisamente los elementos característicos que se plasman en estas conceptualizaciones de las organizaciones criminales los que permiten delimitar la organización criminal del ámbito propio de la mera coautoría y de ciertos actos preparatorios como la conspiración. En ningún caso, la mera existencia de una pluralidad de personas concertadas para la comisión de un delito implica automáticamente la existencia de una organización criminal, es necesaria la concurrencia de otros elementos o requisitos que permitan superar el ámbito propio de la mera coautoría.

Estas disposiciones europeas e internacionales tienen su reflejo en el ámbito nacional, pues estas notas características de la organización criminal están presentes en mayor o menor medida en las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales en relación con el delito de asociación ilícita y ciertos subtipos agravados en los que el delito se comete al amparo de una organización criminal o bien perteneciendo el culpable a una de este tipo, así como en los nuevos delitos de pertenencia o participación en organización o grupo criminal.

En el ámbito nacional hasta la reforma penal de 2010, únicamente era posible encontrar una definición de delincuencia organizada en el apartado 4 del art.282 bis LECrim, fruto de la reforma introducida por la Ley Orgánica 5/1999 de 13 de enero, entendida como la asociación de tres o más personas para realizar de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno de los delitos que se establecen de forma tasada en el mencionado precepto<sup>756</sup>. Esta definición

---

<sup>755</sup> GUARDIOLA LAGO, *El tráfico de personas en el derecho penal español*, op.cit. , p. 222.

<sup>756</sup> Los delitos previstos, de acuerdo con la actualización realizada por el apartado dos de la Disposición final primera de la LO 5/2010 son: a) Delitos de obtención, tráfico ilícito de órganos humanos y trasplante de los mismos, previstos en el art. 156 bis del Código Penal; b) Delito de secuestro de personas previsto en los arts. 164 a 166 del Código Penal; c) Delito de trata de seres humanos previsto en el art. 177 bis del Código Penal; d) Delitos relativos a la prostitución previstos en los arts. 187 a 189 del Código Penal; e) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los arts. 237, 243, 244, 248 y 301 del Código Penal; f) Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los arts. 270 a 277 del Código Penal; g) Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los arts. 312 y 313 del Código Penal; h) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previstos en el art. 318 bis del Código Penal; i) Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los arts. 332 y 334 del Código Penal; j) Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo previsto en el art. 345 del Código Penal; k) Delitos contra la salud pública previstos en los arts. 368 a 373 del Código Penal; l) Delitos de falsificación de moneda, previsto en el art. 386 del Código Penal, y de falsificación de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje, previsto en el art. 399 bis del Código Penal; m) Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los arts. 566 a 568 del Código Penal; n) Delitos de terrorismo previstos en los arts. 572 a 578 del Código Penal; y, o) Delitos contra el patrimonio histórico previstos en el art. 2.1.e de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre.

recoge alguna de las notas características de la organización criminal en el ámbito internacional, aunque no es del todo coincidente pues desaparece cualquier tipo de referencia a la estructura de la organización, así como a uno de los elementos finalistas de las organizaciones criminales como es el propósito de obtener beneficios económicos o materiales. A pesar de que no se trata de una definición a efectos penales sino procesales, pues establece el régimen aplicable para el denominado agente encubierto, esta definición ha sido utilizada como criterio orientativo por el Tribunal Supremo en múltiples ocasiones<sup>757</sup>.

Entre las obligaciones que imponen los instrumentos europeos e internacionales a los Estados se encuentra la de tipificar como delito en sus ordenamientos internos determinadas conductas relacionadas con la formación, pertenencia y cooperación con estos grupos delictivos organizados. En esta materia la principal reforma realizada por el Legislador español se ha producido, precisamente, con la reforma penal de 2010, pues de forma específica se introdujo el delito de pertenencia a organización criminal, que se complementa con el delito pertenencia.

Con anterioridad a la reforma, la lucha contra la criminalidad organizada y su tratamiento penal se articulaba alrededor de dos vías. Por un lado, una de carácter general mediante el delito de asociación ilícita (arts. 515 a 521 CP) y, por otra parte, mediante la previsión de ciertos subtipos agravados en algunos tipos penales referidos a la pertenencia del culpable a una organización criminal o a la perpetración del delito en el marco de una organización criminal. Estos tipos penales de la Parte Especial originaron un importante y consolidado cuerpo jurisprudencial dirigido a concretar los elementos necesarios para apreciar la existencia de una asociación criminal y proceder a aplicar el delito de asociación ilícita o la correspondiente agravación.

Estas dos vías coexisten, en la actualidad, con una tercera vía, también de carácter general, mediante la introducción entre los delitos contra el orden público, de los nuevos delitos relativos a las organizaciones y grupos criminales. Precisamente, una de las principales novedades de la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010 ha sido la introducción de una definición auténtica de organización criminal. La supuesta ineficacia del delito de asociación ilícita para dar respuesta a la criminalidad organizada y los compromisos internacionales fueron las justificaciones utilizadas por el Legislador penal para proceder a incorporar un nuevo Capítulo VI rubricado “De las organizaciones y grupos criminales” en el Título XXII que engloba

---

<sup>757</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª), núm. 808/2005, de 23 de junio, F.J. 2º, (Ponente: José Ramón Soriano Soriano) [ROJ: STS 4156/2005; STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1127/2006, de 28 de octubre de 2006, F.J. 8º, (Ponente: Carlos Granados Pérez), [ROJ: STS 6966/2006].

los delitos contra el Orden Público. Parte el Legislador de que las organizaciones y grupos criminales no son asociaciones que delinquen, sino agrupaciones de naturaleza originaria e intrínsecamente delictiva, que carecen de apariencia jurídica o a las que se dota de la misma con el único propósito de ocultar su actividad ilícita y facilitar su impunidad.

La incorporación de estos nuevos delitos de organización y grupo criminal no ha ido acompañada de la correspondiente derogación de los subtipos agravados que durante las últimas décadas se han incorporado al texto penal para otorgar un tratamiento penal específico a la actividad de estas organizaciones criminales en determinadas actividades ilícitas. Asimismo, tampoco se ha derogado el tipo penal genérico de asociación para delinquir. Por consiguiente, conviven en nuestro texto penal una pluralidad de tipos penales cuya finalidad es la misma, responder penalmente al fenómeno criminal de la delincuencia criminal sancionando la constitución, integración y colaboración con organizaciones criminales, lo que origina dificultades a la hora de delimitar el alcance de cada uno de estos preceptos y crea problemas concursales de difícil solución en algunos casos, que obliga a analizar mínimamente cada una de estas vías de reacción.

### **a) *Delito de asociación ilícita***

Antes de entrar en el concreto subtipo agravado del art. 177 bis. 6 CP, objeto de estudio, es necesario hacer una breve referencia a los delitos de asociación ilícita y delitos de organización y grupo criminal tipificados en nuestro ordenamiento penal, que permitirá entender cuando es de aplicación este subtipo y los problemas concursales que pueden originarse como consecuencia de la existencia de subtipos agravados basados en la pertenencia del culpable a una organización o asociación criminal.

El ordenamiento penal español, hasta la reforma de 2010, se caracterizaba por la ausencia de tipos penales específicos que penasen la pertenencia a una organización criminal, así como de una definición auténtica de la misma. Por consiguiente se dio respuesta penal al fenómeno de la delincuencia organizada a través del delito de asociación ilícita, principalmente el del art.515.1 CP, y mediante la previsión de ciertos subtipos agravados de algunos delitos en los que la presencia de una organización criminal suele ser habitual.

El art.515.1 CP integrado en el Capítulo IV de los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas del Título XXI sobre los Delitos contra la Constitución, califica como ilícitas ciertas asociaciones que por sus fines o

por los medios utilizados merecen reproche penal. Se entiende por asociación ilícita, entre otras, aquellas que “tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión, así como las que tengan por objeto cometer o promover la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada” (art. 515.1.1º CP). Su ubicación sistemática y la rúbrica del Capítulo relacionan este tipo penal con el derecho de asociación consagrado constitucionalmente en el art.22 de nuestra Carta Magna. El precepto constitucional tras reconocer el derecho de asociación en su apartado 1º, obliga a considerar ilegales a aquellas asociaciones que persigan o utilicen medios tipificados como delito y prohíbe las asociaciones secretas y de carácter paramilitar (art. 22. 2 y 5 CE). El tipo penal parece responder a estos mandatos constitucionales penando el ejercicio abusivo o desviado del derecho de asociación consagrado constitucionalmente, aunque esta opción legislativa no ha sido ajena a críticas por parte de la doctrina<sup>758</sup>. De acuerdo con este bien jurídico no toda agrupación de personas para realizar una actividad delictiva podría conceptuarse como asociación al no ser posible mantener que está ejercitando un derecho fundamental como el de asociación. Tanto es así, que tradicionalmente el delito de asociación para delinquir encuentra su origen en la lucha contra la resistencia y delincuencia política<sup>759</sup>.

No obstante, este tipo penal se convirtió, como consecuencia de la adopción de los mencionados instrumentos internacionales y europeos de lucha contra la criminalidad organizada y la necesidad de dar respuesta a este fenómeno criminal en alza, en el precepto estrella para sancionar de forma genérica la pertenencia a agrupaciones delictivas dedicadas a cometer delitos. La amplitud con la que se encuentra redactado el precepto permitió extender el ámbito de aplicación del delito de asociación ilícita a la delincuencia organizada, obligando a identificar un bien jurídico que no limitase su aplicación. Por un lado, el derecho de asociación y, por otro lado, el orden público<sup>760</sup>.

La existencia en el Código Penal del delito de asociación ilícita y de una cualificación específica en ciertos delitos identificada con la pertenencia a una

---

<sup>758</sup> Así QUINTERO OLIVARES pone de manifiesto que estos mandatos constitucionales no requieren necesariamente un tipo penal como el previsto en el art. 515 CP. En parte porque difícilmente puede considerarse que detrás del delito de pertenencia a grupo terrorista se encuentra el derecho de asociación. Vid. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita”, en FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos y ANARTE BORRALLA, Enrique (coord.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, Huelva, 1999 p. 181. Asimismo, MUÑOZ CONDE mantiene que el mandato de prohibición de las asociaciones paramilitares podría cumplirse sin necesidad de recurrir al derecho penal, siendo suficiente el recurso al derecho administrativo. Vid. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, op.cit., p. 848.

<sup>759</sup> SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, “Función político criminal del delito de asociación para delinquir: desde el derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado” en ARROYO ZAPATERO, Luis y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos “in memoriam”*, Ediciones Univ. Castilla La Mancha /Univ. De Salamanca, 2001, Vol. II, pp. 648 y ss.

<sup>760</sup> En este sentido, la STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 745/2008, 25 de noviembre de 2008, F.J. 8º, (Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre) [ROJ: STS 6627/2008].

organización o la perpetración del delito en marco de una organización o asociación criminal, unido a la ausencia de una definición legal, provocó que la jurisprudencia se centrara en los elementos que debían concurrir para entender que estábamos en presencia de una asociación para delinquir. La remisión que los subtipos agravados específicos realizaban a la organización u asociación criminal, era una remisión a la propia asociación ilícita pues era la única que en ese momento se encontraba tipificada en nuestro ordenamiento penal. De la redacción del art.515.1 CP pocas conclusiones pueden extraerse para identificar los elementos inherentes a la misma, pues únicamente hace referencia a la finalidad de cometer delitos, y, a partir de 2003 también faltas.

Ante la amplitud e indefinición de la asociación ilícita los tribunales han exigido una serie de requisitos que reservaban el tipo penal a casos graves de delincuencia organizada. De acuerdo con este cuerpo jurisprudencial, para que exista una asociación ilícita se exigen una serie de elementos<sup>761</sup>, como son: a) una pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una actividad delictiva; b) la existencia de una organización más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista; c) permanencia de la misma, debiendo ser el acuerdo asociativo duradero y no puramente transitorio; y d) en los supuestos de asociación ilícita para delinquir, el fin de la asociación debe ser la comisión de delitos o la reiteración de faltas<sup>762</sup>.

En relación con la finalidad de cometer delitos, ésta se refiere a la comisión de delitos, con independencia de su gravedad; no siendo ilícita la asociación cuya finalidad es la comisión de una falta. No obstante, la comisión organizada, coordinada de faltas, si formaría parte de este elemento finalista, aunque ésta suponga obviar las exigencias de la proporcionalidad<sup>763</sup>.

Estos requisitos no previstos legalmente en el tipo penal se hacen imprescindibles si se quiere diferenciar entre asociación ilícita y codeincuencia o conspiración para delinquir. Mientras que la asociación ilícita responde a la estabilidad y permanencia del acuerdo de la asociación junto con la concreción de los delitos a ejecutar. La codeincuencia y la conspiración se caracterizan por la inestabilidad y la concreción del delito a cometer. En la conspiración los sujetos convienen la comisión de un concreto delito, para después ejecutarlo y resolverlo. Presentando como rasgos de diferenciación la inestabilidad y la concreción de la infracción delictiva.

---

<sup>761</sup> Doctrinalmente, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, op.cit., p. 846.

<sup>762</sup> Vid, entre otras, STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 234/2001, de 3 de mayo, F.J. 9º, (Ponente: Adolfo Prego de Oliver Tolivar); STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 421/2003, de 10 de abril, F.J. 6º, (Ponente: Juan Saavedra Ruiz), [ROJ: STS 2539/2003].

<sup>763</sup> La ampliación a los supuestos de comisión de faltas ha sido duramente criticada por la doctrina. Entre otros vid. TAMARIT SUMALLA, Josep María, "Título XXI. Delitos contra la Constitución", en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, (dir.) y MORALES PRATS, Fermín (coord.), *Comentarios al nuevo Código penal*, 4ª Edición, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005, p.2382;

En cualquier caso la consumación del delito de asociación ilícita no requiere que el delito perseguido llegue a cometerse, el delito de asociación es, en este sentido, independiente del delito que se comete a través de ella. De forma general, cuando se consume el delito concreto podrá apreciarse un concurso entre el delito de asociación y los concretos delitos perpetrados por los miembros de la asociación<sup>764</sup>.

En relación con la penalidad, debe destacarse que si bien el art. 515.1 de CP declara punibles las asociaciones ilícitas, en realidad los responsables penales son las personas físicas que la conforman y no la propia asociación como persona jurídica. Serán penados los fundadores, directores y presidentes de estas asociaciones<sup>765</sup>. Así como los miembros activos de éstas<sup>766</sup> y los cooperadores económicos o de cualquier otra clase que de forma relevante favorezcan la fundación, organización o actividad de la asociación.

### ***b) Delito de pertenencia a organización criminal y grupo criminal***

La reforma penal de 2010 traslada el tratamiento de las organizaciones criminales del marco tradicional de las asociaciones ilícitas a los delitos contra el orden público e introduce una definición auténtica tanto de organización como de grupo criminal. La reforma se justifica acudiendo al manido argumento de la necesidad de adaptar nuestro texto penal a las normas de derecho internacional público y a las disposiciones europeas. Sin embargo, aunque la influencia de los instrumentos internacionales está presente, nuestro Legislador ha optado por incorporar un concepto más amplio que el exigido internacionalmente, cuya

---

<sup>764</sup> Vid. TAMARIT SUMALLA “Título XXI. Delitos contra la Constitución”, en op.cit., p.2382; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, op.cit., p. 847.

<sup>765</sup> Los fundadores se identifican con los promotores o creadores de la asociación. Los directores con quienes gobiernan de hecho y los presidentes con quienes ostentan los más altos cargos en la organización criminal, aunque su mando efectivo sea limitado. Con frecuencia la dirección y la presidencia concurrirán en unas mismas personas. Vid. MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, *Código Penal (adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, (comentarios y jurisprudencia)*, t (II). *Parte Especial. (Artículos 138 a 639)*, Ed. Comares, Granada, 2010, p. 517. Vid. CÓRDOBA RODA recoge la interpretación doctrinal tradicional definiendo a los fundadores como los creadores de la asociación, a los directores a los que gobiernan, rigen u ordenan la actuación de ésta y como presidentes a quienes desempeñan la plaza principal o superior de la misma vid. CÓRDOBA RODA, Juan, “ Libertad de asociación y ley penal: Un estudio sobre el núm. 5 del art. 172 del Código penal”, *ADPCP*, núm. 30, 1977, pp. 5-18.

<sup>766</sup> Los miembros activos son aquellos que realizan determinadas acciones conforme a los fines de la asociación, además de integrarse formalmente en ella. Los meros afiliados son miembros pasivos cuya actividad será impune. Vid. TAMARIT SUMALLA “Título XXI. Delitos contra la Constitución”, en op.cit., p.2388. Vid. MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, *Código Penal (adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, (comentarios y jurisprudencia)*, t (II). *Parte Especial. Artículos 138 a 639)*, Ed. Comares, Granada, 2010, p. 517.



capacidad de concreción es limitada y en el que los elementos característicos de la organización criminal se flexibilizan.

Si bien, la reforma de 2010 ha introducido tres clases de asociaciones criminales: organización criminal, grupo criminal y organizaciones o grupos terroristas, se prescindirá de hacer referencia a esta tercera modalidad, por no influir en el objeto de estudio dada las particularidades de estos grupos delictivos.

De acuerdo con el art.570 bis. 1 CP, párrafo segundo, la **organización criminal** se identifica con *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 llevarse a cabo la perpetración reiterada de faltas*".

Esta organización criminal parece identificarse con los conceptos manejados a nivel supranacional. Sin embargo, no se trata de conceptos totalmente coincidentes. De la definición legal es posible extraer una serie de requisitos que toda organización debe cumplir para ser calificada como organización criminal. Estas notas características son: a) pluralidad de personas, más de dos personas (elemento cuantitativo), b) concertadas con la finalidad de cometer delitos o reiterar la comisión de faltas (elemento finalista); c) con carácter estable o por tiempo indefinido (elemento temporal); d) con reparto de tareas y funciones (elemento instrumental).

Por otro lado, el elevado número de miembros, la detentación de armas o instrumentos peligrosos, el uso de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte que por sus características resulten especialmente aptos para facilitar la ejecución de delitos o la impunidad de los culpables, o el tipo de delitos concretos a que se dediquen, se convierten en agravaciones específicas, que implican una mayor punición.

En esta definición *ex lege* de organización criminal, al igual que ocurría en las definiciones supranacionales, existen unos elementos inherentes como son la pluralidad de personas, el reparto de tareas, el carácter estable y la finalidad de realizar actividades delictivas, aunque existen ciertas diferencias en su concretización. Las principales diferencias entre los conceptos de organización criminal manejados en el ámbito internacional y en el nacional radican en el elemento finalista de comisión de delitos. Mientras los textos internacionales y europeos exigen que los delitos perseguidos por la organización sean de carácter grave con la ulterior finalidad de obtener un beneficio económico o material, en nuestro ordenamiento desaparece cualquier mención a este fin de obtención de beneficios y no exige que los delitos perseguidos por la organización criminal sean de carácter grave. Por un lado, respecto a la obtención de beneficios económicos o materiales, la propia Decisión Marco 2008/841 señala que los Estados miembros tienen libertad para tipificar como organizaciones delictivas a aquellos grupos cuya finalidad no sea la obtención de un beneficio económico u otro beneficio de orden material. A esta opción parece haberse

acogido el Legislador español con la intención de ampliar el concepto de organización criminal. Por otro lado, no es ésta la única ni más importante divergencia con las definiciones internacionales. La principal característica de la organización criminal en nuestro ordenamiento es su mayor amplitud como consecuencia de prever como finalidad la comisión de delitos o la reiteración de faltas, incluyendo a las organizaciones orientadas a la comisión de cualquier delito, con independencia de su gravedad, e incluso aquellas dirigidas a la reiteración de simples faltas, distorsionándose completamente el elemento finalista presente en los documentos internacionales.

Ya la reforma operada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, introdujo la finalidad de cometer faltas de forma organizada, coordinada y reiterada en el delito de asociación ilícita. Sin embargo el Tribunal Supremo fue reticente a la aplicación del delito cuando la finalidad fuese la comisión de faltas<sup>767</sup>. Parece que con esta previsión legal respecto al delito de organización criminal, lo que se pretende es reiterar la voluntad de perseguir penalmente a aquellas organizaciones cuya finalidad sea la perpetración reiterada de faltas. Parece reaccionar el Legislador a las interpretaciones restrictivas, fundamentadas en requisitos no presentes en el precepto penal, como la estabilidad y funcionamiento jerárquico con reparto de tareas de sus miembros, realizadas por nuestros tribunales que limitaban la aplicación a aquellos casos de delincuencia grave, pues desde un punto de vista de la proporcionalidad de las penas dicha previsión era y es totalmente desproporcionada. Sin embargo, el art.570 bis CP no tiene por qué tener un efecto expansivo, pues las notas de estructura organizada y permanencia se configuran ahora como elementos exigidos por el propio tipo penal<sup>768</sup>, coincidiendo con los que ya manejados por el Tribunal Supremo para aplicar el delito de asociación para delinquir. Si se retoma la construcción jurisprudencial realizada para aplicar el tipo de asociación ilícita con finalidad de cometer delitos o los diferentes subtipos agravados, parece que el Legislador ha querido plasmarla legalmente en un nuevo tipo penal.

---

<sup>767</sup> En este sentido, vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1075/2006, de 23 de octubre, F.J. 2º (Ponente: José Antonio Martín Pallín) [ROJ: STS 6951/2006], pone de manifiesto la indeterminación utilizada en el tipo penal de asociación ilícita con fines de delinquir que permitiría que todos los delitos tipificados en el Código Penal, cometidos por una asociación de personas, fuesen automáticamente considerados como asociación ilícita, para evitar esta ampliación del ámbito de aplicación del delito recurre al principio de proporcionalidad que “descarta las asociaciones dedicadas a la comisión de faltas y a los grupos de personas (copartícipes) que puedan dedicarse a cometer delitos para cuya consumación no sea necesaria la utilización de estructuras asociativas” e imposibilita la aplicación del delito de asociación ilícita a un grupo de descuidadas dedicadas a la práctica reiterada de hurtos por el procedimiento del clavel a los turistas.

<sup>768</sup> En este sentido, VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el derecho internacional*”, op.cit., p.464

El afán punitivista puesto de manifiesto en el Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010 en la que claramente se establece que la voluntad de la reforma, entre otras, es la de perseguir la delincuencia organizada de carácter leve, aunque repetitiva en el tiempo, es decir, la delincuencia profesionalizada, se materializa en la tipificación como delito de la participación en grupo criminal, sin que los textos internacionales obliguen a ello. El grupo criminal es conceptualizado en paralelo a las organizaciones criminales de forma residual, en el apartado 1 de art.570 ter CP, al definirlo *como la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas*.

Parece identificar el grupo criminal organizado con la asociación estructurada a la que se refiere la legislación europea. Los grupos criminales coinciden con las organizaciones criminales en la existencia de una pluralidad de personas y en la finalidad de cometer delitos o reiteración de faltas, por lo que parece que la carencia se relacionaría con alguna de las restantes características de las organizaciones criminales. Por lo tanto, de la estabilidad y/o del reparto de tareas, exigidas a las organizaciones criminales, aunque la legislación europea al conceptualizar la asociación estructurada se refiere a la necesidad de cierta permanencia en el tiempo de la asociación. La amplitud e indeterminación del este tipo penal obliga a realizar una interpretación restrictiva del mismo, al igual que el realizado en relación con las organizaciones transitorias, que permita su diferenciación de formas coautoría y participación, así como de la conspiración para delinquir.

### ***c) Concurso entre asociación ilícita y organización criminal***

La no derogación del delito de asociación ilícita para delinquir tras la incorporación del nuevo tipo penal referente a la organización criminal, genera problemas a la hora de determinar el ámbito de aplicación de cada uno de estos tipos penales, provocando problemas concursales que serán objeto de análisis a continuación.

La reforma penal operada por la Ley Orgánica 5/2010 ha suprimido los arts. 515.2 y 516 CP que definían y sancionaban como asociaciones ilícitas “las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas”, trasladando su contenido al nuevo art.571 CP junto a los delitos de terrorismo. Sin embargo se mantienen inalterados los restantes apartados del art.515 CP<sup>769</sup>. La coexistencia del delito de asociación ilícita

---

<sup>769</sup> Estos apartados califican como asociaciones ilícitas: “1º las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas promuevan su comisión, así como las que tengan por objeto cometer o promover la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada; 3º las que, aún teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución; 4º las organizaciones de carácter paramilitar; y 5º las que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o

para delinquir con la consiguiente aplicación jurisprudencial que del mismo se ha realizado junto con el delito de organización criminal originará un conflicto de normas entre delito de asociación ilícita (art. 515.1 CP) y el delito de organización criminal (art. 570 bis CP), cuando el supuesto pueda ser calificado.

Como ha podido comprobarse, la consolidada jurisprudencia ha identificado una serie de elementos que caracterizan a este tipo de asociaciones ilícitas y que, esencialmente, coinciden con las notas características de las organizaciones criminales. Esta identificación no se producirá con los grupos criminales, previstos en el art. 570 ter CP, que por definición carecen de alguno de los requisitos exigidos. Tampoco se produce el solapamiento entre el delito de organización criminal y el resto asociaciones ilícitas punibles de acuerdo con los restantes apartados del art. 515 CP que se caracterizan por tratarse de asociaciones ilícitas cuya finalidad no es la comisión de delitos sino el empleo de medios ilícitos o la promoción de la discriminación, el odio o la violencia contra las personas, mereciendo por ello el reproche penal. Cuando nos encontremos ante una asociación ilícita de las establecidas en estos apartados se aplicarán los correspondientes tipos penales de asociación ilícita. Lo mismo debe predicarse de las asociaciones que después de su constitución promuevan la comisión de delitos o faltas, previstas en el propio art. 515.1 CP. Estas asociaciones inicialmente lícitas devienen ilegales tras su constitución por los fines perseguidos no coincidiendo con el hecho típico del art. 570 bis CP, siendo aplicable en estos casos en art. 515.1, párrafo 2 en relación con el art. 517.1 ó 2<sup>770</sup> CP , se trata de un precepto especial en relación con el de organización criminal.<sup>771</sup>

No obstante, el solapamiento entre el art. 515.1 y 570 bis CP es una realidad<sup>772</sup>, que explica que ciertos autores aboguen por la derogación del delito de asociación ilícita, lo que evitaría los problemas concursales originados por la coexistencia de ambos tipos penales<sup>773</sup>. No obstante, ante la reforma penal, se intenta realizar una reinterpretación del delito de asociación ilícita del art. 515.1 CP en un intento de

---

*creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía o inciten a ello”.*

<sup>770</sup> Vid. RIVERO ORTÍZ, Rafael, " Las asociaciones criminales en la modificación del nuevo código penal. Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio: ¿es la reforma añorada?, *La ley penal*, núm., 78, Sección estudios, enero 2011, p. 6

<sup>771</sup> CUENCA GARCÍA, M<sup>a</sup> José, “La criminalidad organizada tras la reforma del código español: una visión desde el derecho italiano”, *La Ley penal*, núm. 93, Sección Legislación aplicada a la práctica, Mayo 2012, p.8.

<sup>772</sup> Vid. GARCÍA RIVAS, “Organizaciones y grupos criminales”, en ÁLVAREZ GARCÍA y GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Comentarios a la reforma de 2010*, 2010, pp. 517-518; RIVERO ORTIZ, Rafael, " Las asociaciones criminales en la modificación del nuevo código penal. Ley orgánica 5/2010 de 22 de junio: ¿es la reforma añorada?, en *La ley penal*, núm., 78, Sección estudios, enero 2011, p. 6.

<sup>773</sup> CUENCA GARCÍA, *La Ley penal*, núm. 93, 2012, p.8.

establecer un ámbito de punición propio retornándolo a sus orígenes históricos<sup>774</sup>. En este sentido la STS 544/2012, de 2 de julio, reinterpreta el alcance del delito de asociación ilícita del art. 515 CP tras la introducción de los nuevos arts. del Capítulo VI del Título XXII del Libro II del Código Pena, acudiendo para ello a la ubicación sistemática del delito de asociación dentro del capítulo de los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas<sup>775</sup>. De acuerdo con esta reinterpretación el tipo penal del art. 515.1 CP se configuraría como la contrapartida al derecho de asociación, por lo que las características del mismo, condicionarían la aplicación de dicho tipo penal. En sentido similar a lo mantenido en el propio Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010, el mantenimiento del art. 515 CP se hace necesario para proteger exclusivamente el bien jurídico asociativo concebido por el art. 22 CE, mientras que las organizaciones y grupos criminales carecen de cualquier ideología, limitándose a la pura comisión de delitos y atacando al orden público y no al derecho de asociación. Parece que el bien jurídico protegido en el delito de asociación ilícita para delinquir se limitaría ahora, al derecho de asociación, abandonando la existencia de un bien jurídico como el orden público.

Se pretendería con ello restringir el ámbito de aplicación del delito de asociación ilícita, abandonando la interpretación extensiva que del mismo se ha realizado para que el tipo penal pudiese actuar contra criminalidad organizada, para limitarlo a aquellas agrupaciones criminales que actúen bajo el amparo del derecho de asociación, reprimiendo con ello la extralimitación o ejercicio abusivo del derecho de asociación. Sin embargo, este criterio tampoco parece el más adecuado pues conllevaría privilegiar con una pena inferior, a aquellas agrupaciones que ostentasen formalmente una apariencia jurídica de asociación, pues el marco penal del delito de asociación es inferior al previsto para los delitos de participación en organización criminal<sup>776</sup>.

Ante la dificultad de establecer un ámbito propio de aplicación para cada uno de estos delitos, la resolución del concurso de normas exige acudir a los criterios

---

<sup>774</sup> SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, “Capítulo VI. De las organizaciones y grupos criminales. Artículos 570 bis a 570 quáter”, en GÓMEZ TOMILLO, Manuel (dir.), *Comentario al Código Penal*, 2ª ed., Ed. Lex Nova, Valladolid, 2011, p.1922. .

<sup>775</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 544/2012, de 2 de julio, F.J. 3º, (Ponente: Julián Artemo Sánchez Melgar), [ROJ: STS 4686/2012], El art. 515 CP incrimina como asociaciones ilícitas a aquellas “*agrupaciones estables que traten de atentar contra el bien jurídico protegido por tal delito, que no es otro que la conculcación del derecho de asociación, cristalizando la criminalidad en el empleo de medios violentos o en la perversión de la personalidad de los componentes, aunque tales asociaciones tuvieran fines lícitos, o bien en las organizaciones de carácter paramilitar, o las que se promuevan para atentar contra valores constitucionales, a las que ha de añadirse la primera, que permanece, objeto de nuestra atención, y que se corresponde con la asociación que tenga por finalidad la comisión de algún delito o, que después de constituida, promueva su comisión, junto a las que pretendan la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada*”.

<sup>776</sup> MARTEL PÉREZ-ACALE, Cristóbal y QUINTERO GARCÍA, Débora, “De las organizaciones y grupos criminales”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentario*, Ed. Aranzadi-Thompson Reuters, Navarra, 2010, p. 360.

establecidos en la Parte General del Código Penal para su resolución. Sin embargo, el art. 570 quáter CP establece una cláusula concursal específica. De acuerdo con esta cláusula cuando las conductas tipificadas en los arts. 570 bis y 570 ter CP, estuvieren comprendidas en otro precepto del Código Penal, será de aplicación lo dispuesto en el regla 4ª del art. 8. La específica cláusula concursal prescinde del orden establecido en el art. 8 de forma general para la resolución de los concursos de leyes, remitiendo directamente al principio de alternatividad y convirtiendo en prioritario un principio que posee un carácter residual o de recogida.

De acuerdo con este principio de alternatividad el concurso de leyes debe resolverse a favor del tipo penal más grave. Nuevamente, el Legislador opta por la introducción de cláusulas concursales *ad hoc* que implican excepciones a las reglas generales establecidas en el art. 8 CP, cuya finalidad es solucionar las posibles incoherencias que pueden generarse como consecuencia de marcos penales irreflexivos. Sin olvidar, que en relación con el delito de asociación ilícita para delinquir la resolución del concurso de leyes de acuerdo con el principio de alternatividad implica la derogación fáctica de este delito.

Si se atiende a las penalidades previstas en ambos tipos penales, el art. 515.1 y 570 bis, el concurso de leyes se resuelve a favor del art. 570 bis CP, en virtud del principio de alternatividad. El art. 570 bis impone una pena de prisión de cuatro a ocho años para promotores, coordinadores o directores, entre otros, de una organización criminal cuya finalidad sea la comisión de delitos graves y de tres a seis años en los demás casos. Mientras que para esos mismos sujetos el art. 517 CP impone una pena de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para el empleo o cargo público por tiempo de seis a doce años. La pena de prisión prevista para la organización criminal es muy superior a la prevista para el delito de asociación ilícita, obligando, por tanto, el principio de alternatividad a resolver el concurso a favor del primero.

Para los miembros activos de la organización, el art. 570 bis CP, fija un marco penal más leve que va de dos a cinco años de prisión si la finalidad es la comisión de delitos graves, y de uno a tres años en los demás casos. En contraposición, las penas previstas para los miembros activos en el art. 517.2 es de uno a tres años de prisión y multa de doce a veinticuatro meses. El art. 518 CP establece una pena de prisión de uno a tres años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años para cooperadores económicos o de otra clase, que favorezcan la fundación, organización o actividad de las asociaciones. Mientras que en el art. 570 bis los cooperadores económicos o de otra clase tienen prevista una pena de dos a cinco años o de uno a tres años de prisión, según la finalidad sea la comisión de delitos graves o no.

Aunque en principio pudiese parecer que en los supuestos de miembros activos y cooperadores económicos de una organización que no tuviera por finalidad la comisión de delitos graves deberían aplicarse los art. 517.1 ó 518 CP, según el caso, pues siendo la pena de prisión coincidente, estos preceptos añaden una pena de multa e incluso una pena de inhabilitación para empleo o cargo público, no es ésta la conclusión que debe alcanzarse. El art.570 quáter en su apartado segundo impone a los responsables de las conductas descritas en el art. 570 bis y ter CP la pena de inhabilitación especial para todas aquellas actividades económicas o negocios jurídicos relacionados con la actividad de la organización o grupo criminal, por un tiempo superior entre 6 y 20 años al de la pena de privación de libertad, por lo que la pena a imponer será la prevista en el art. 570 bis en relación con el art 570 quáter CP.

Como consecuencia del principio de alternatividad prevalece la aplicación en todos los supuestos del art. 570 bis CP, lo que puede implicar una derogación tácita del art. 515.1 CP, pues será aplicable lo dispuesto para las organizaciones criminales.

## **B) Subtipos agravados de pertenencia a organización criminal: apartado sexto del art. 177 bis del Código Penal**

Una vez analizados los ámbitos de aplicación y evolución de los delitos de asociación ilícita y organización criminal es posible entrar en el tratamiento que a través de los subtipos agravados de ciertos tipos penales, dispersos en la Parte Especial del código penal, se le otorga a la delincuencia organizada.

En este sentido, el concreto subtipo agravado del apartado sexto del art. 177 bis CP, se refiere a la pertenencia del culpable a una organización o asociación, incluso transitoria, que se dedique a tales actividades, es uno más de los múltiples ejemplos que pueden encontrarse en el Código Penal. La reforma de 2010, lejos de eliminar estos subtipos agravados, ha venido a introducir nuevos supuestos<sup>777</sup>, que

---

<sup>777</sup> El **art. 183.4 CP** en relación con los delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de trece años, prevé una agravación cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal que se dedicaren a la realización de tales actividades. Los **arts. 187. 4 y 188.4 CP** en el delito de determinación al ejercicio de la prostitución, cuando concurra violencia, intimidación o engaño o abuso de situación de necesidad o superioridad o vulnerabilidad de la víctima, prevén agravaciones específicas en caso de que el culpable pertenezca a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, dedicada a la realización de tales actividades. También el **art. 189. 3. e) CP** para el delito de utilización de menores en espectáculos exhibicionistas o pornográficos y en la elaboración de material pornográfico. El **apartado 8 del art. 197**, establece un subtipo agravado en relación con el delito de descubrimiento y revelación de secretos cuando los hechos tipificados en ese precepto se cometan en el seno de una organización o grupo criminales. Los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, **arts. 271. c) y 276. c) CP**, prevén como tipo agravado si el sujeto pertenece a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuvieran como finalidad la realización de las actividades descritas en los tipos referidos. El **art. 302. 1 CP** prevé un subtipo agravado del delito de blanqueo de capitales por pertenencia a organización dedicada a tales fines, distinguiendo entre la responsabilidad de los miembros y la de los “jefes, administradores o

multiplicarán los problemas concursales ya existentes cuando la actividad delictiva se comete en el marco de una organización criminal.

La jurisprudencia tuvo ocasión de pronunciarse sobre estos subtipos cualificados en múltiples ocasiones, principalmente en el delito de tráfico de drogas<sup>778</sup>. Ante la ausencia de un concepto legal de asociación criminal, a partir del tipo penal genérico de asociación ilícita y de estos subtipos agravados desplegó una importante labor interpretativa dirigida a conceptualizar a la organización criminal y con ello determinar el ámbito de aplicación de estos subtipos. De acuerdo con la jurisprudencia el concepto de organización como tipo de agravación exige la acreditación de una serie de elementos, coincidentes con la asociación ilícita para delinquir, para entender que existe una organización o asociación criminal a la que perteneciese el culpable. Se interpretó que dicha organización o asociación concurría cuando<sup>779</sup>: a) existiese una pluralidad de personas previamente concertadas<sup>780</sup>; b) existiese una estructura más o menos normalizada y compleja<sup>781</sup> en función de la

---

encargados” de la organización. El **art. 305.1.b CP** para el tipo de defraudación a la Hacienda Pública y el **art. 307.1.b** en relación a la defraudación a la Seguridad Social, prevén una agravación en caso de existencia de una estructura organizativa que afecte o pueda afectar a una pluralidad de obligados tributarios o frente a la Seguridad Social. El **art. 318 bis 4 CP** respecto al delito de tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, establece una agravación para el caso de pertenencia del culpable a organización o asociación, incluso de carácter transitorio, diferenciando la responsabilidad de los miembros y la de los jefes, administradores o encargados. El nuevo **art. 369 bis CP** en relación con el delito de tráfico de drogas agrava la pena por pertenencia a organización delictiva, agravando todavía más la penalidad para jefes, encargado o administradores de la organización, modificando el subtipo agravado que con anterioridad a la reforma se encontraba en el art. 369.1 apartado 2º. E **art. 370 CP** establece una agravante específica cuando se trate de redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades. Asimismo el **art. 371. 2 CP** prevé una agravación por pertenencia a una organización dedicada a la fabricación, transporte, distribución, comercio o posesión de los equipos y sustancias enumeradas en los cuadros I y II de la Convención de Naciones Unidas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y los que se incluyan en el mismo u otras Convenios ratificados por España como se especifica en el apartado 1 del mismo precepto. Se aplicará la pena superior en grado cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones.

<sup>778</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 293/2011, de 14 de abril de 2011 (Ponente: Colmenero Menéndez de Lúcar) [ROJ: STS 2476/2011].

<sup>779</sup> Sintetizan los elementos concurrentes, entre otras, la STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 899/2004, de 8 de julio, F.J. 7º (Ponente: Miguel Colmenero de Lúcar), [ROJ: STS 4916/2004]; STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1167/2004, de 22 de octubre, F.J. 20º (Ponente: Juan Berdugo Gómez de la Torre), [ROJ: STS 6726/2004]; STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 883/2010, de 4 de octubre, F.J. 3º (Ponente: Alberto Gumersindo Jorge Barreiro), [ROJ: STS 5631/2010] STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 749/2009, de 3 de julio, F.J. 3º, (Ponente: Francisco Monterde Ferrer), [ROJ: STS 4693/2009] y STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 938/2013, de 10 de diciembre, F.J. 2º, (Ponente: Andrés Martínez Arriet), [ROJ: STS 6208/2013].

<sup>780</sup> Sin embargo, la figura delictiva no dependerá del mayor o menor número de personas que integren la organización, siendo suficiente que sean dos los acusados, tal y como establece la STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1040/2003, de 16 de julio de 2003, F. J. 11º, (Ponente: Excmo. Sr. Juan Saavedra Ruiz), [ROJ: STS 5060/2003] o como acepta la STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 940/2011, de 27 de septiembre de 2012 (Ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre), [ROJ: STS 5865/2011]. Lo decisivo es que se posibilite el desarrollo del plan delictivo de manera independiente de las personas individuales, pues ello es lo que permite hablar de una empresa criminal”.

<sup>781</sup> La jurisprudencia cuando se refiere a la complejidad de la estructura introduce ciertas notas, tales como la existencia de un modelo jerárquico piramidal con distribución de cometidos entre los integrantes, plan determinado en cuyo desarrollo se actúa, medios asignados al fin delictivo, la



actividad delictiva perseguida, normalmente con una estructura jerárquica<sup>782</sup> y caracterizada por la existencia de un centro de decisiones<sup>783</sup> y c) que tuviese cierta estabilidad temporal suficiente para la efectividad del resultado jurídico apetecido d) cuando la finalidad o el propósito sea la comisión de delitos, que en el caso de los subtipos agravados se identifican con la conducta o alguna de las conductas típicas penadas. Por el contrario, no es necesario que la organización posea carácter transnacional, que adopte apariencia jurídica ni posea organigrama complejo tipo "mafia", o que se dedique a más de una pluralidad de actividades delictivas o incluso lícita<sup>784</sup>.

En cualquier caso, tras la reforma de 2010, la definición legal de organización criminal plasmada en el art. 570 bis CP se convierte en el punto de referencia para la aplicación de estos subtipos agravados<sup>785</sup>, sin que ello suponga en realidad un gran cambio pues la definición legal viene a plasmar legalmente la construcción jurisprudencial.

No obstante debe tenerse presente que determinados subtipos agravados se refieren a las **organizaciones o asociaciones, incluso de carácter transitorio**, por lo que esta previsión parece chocar con la definición de organización que exige cierta estabilidad y permanencia en el tiempo. Si bien esta referencia a la transitoriedad facilita los medios de prueba, a su vez genera problemas dogmáticos de difícil resolución.

---

distribución de tareas o reparto de funciones, la existencia de una coordinación. Además, se añaden, aunque de manera no constante, otras notas como la utilización de medios de comunicación no habituales o la fungibilidad de los integrantes, para hablar de "empresa criminal. En este sentido, STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1579/1999, de 10 de marzo, F.J. 4º, (Ponente: Excmo. Sr. Adolfo Prego de Oliver Tolivar), [ROJ: STS 1905/2000] establece que *"sin confundirse con la situación de coautoría o coparticipación, requiere que los autores hayan actuado dentro de una estructura caracterizada por un centro de decisiones y diversos niveles jerárquicos con posibilidad de sustitución de unos a otros mediante una red de reemplazos que asegure la supervivencia del proyecto criminal con cierta independencia de las personas integrantes en la organización dificultando la persecución del delito y aumentando el daños causado; siendo lo decisivo esta posibilidad de desarrollo del plan delictivo independientemente de las personas individuales, que es lo que permite hablar de una empresa criminal"*..

<sup>782</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1º) núm. 187/2013 de 11 de febrero de 2013 (Ponente: Luciano Varela Castro) [ROJ: STS 1914/2013]; La STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 110/2012, de 29 de febrero, (Ponente: Perfecto Agustín Andrés Ibáñez), [ROJ: STS 1418/2012] matiza en su fundamento jurídico cuarto que nada impide que todos los que se integran en un proyecto de esta clase lo hagan en un plano de horizontalidad, aunque lo más normal, a tenor de la experiencia, es que entre ellos rija un cierto principio de jerarquía, encarnado en quien ejerce el papel directivo, generalmente determinado por el control de los recursos.

<sup>783</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm.322/2013, 16 de abril, (Ponente: Andrés Martínez Arrieta), [ROJ: STS 1941/2013].

<sup>784</sup> Entre otras, STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 940/2011, de 27 de septiembre de 2012, F.J. 2º (Ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre), [ROJ: STS 5865/2011] y STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 57/2003, de 23 de enero, F.J. 4º, (Ponente: Andrés Martínez Arriet), [ROJ: STS 295/2003].

<sup>785</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 322/2013, 16 de abril, (Ponente: Andrés Martínez Arrieta), [ROJ: STS 1941/2013].

Para evitar desvirtuar el concepto de organización podría entenderse la transitoriedad como una referencia a la actividad de las organizaciones o a los propios miembros de la organización, y no a la organización en sí misma<sup>786</sup>. Así, por un lado, la transitoriedad referida a la actividad de la organización se centraría en la idea de que la organización puede dedicarse de forma estable a la comisión del delito agravado o bien tan sólo de forma transitoria, perpetrando otras actividades delictivas o, incluso lícitas. Sin embargo, el Legislador cuando quiere introducir esta idea hace uso de otras expresiones, tales como la ocasionalidad de la actividad. Por otro lado, relacionar la transitoriedad con la pertenencia del culpable a la organización permitiría mantener inalterada la característica de estabilidad de la organización. Ello implicaría entender que son los miembros que integran la organización los que se relacionan con ella de forma transitoria, poniendo de manifiesto la fungibilidad de la mayor parte de los sujetos que la integran. Así, resulta posible que una organización contenga la nota de cierta permanencia y, no obstante, los sujetos que la integran puedan variar. Sin embargo, la literalidad de los subtipos agravados no favorece esta interpretación, pues supondría entender que la agravación está prevista para todos aquellos miembros de la organización, tanto aquellos que se integran de forma permanente como de forma ocasional en la organización con la finalidad de cometer el delito<sup>787</sup>.

Ante las dificultades de estas interpretaciones alternativas del término transitoriedad lo cierto es que éste se refiere a la estructura de la propia organización. Para evitar deformar el concepto de organización que como característica inherente exige cierta permanencia en el tiempo, se ha optado por interpretar restrictivamente la transitoriedad mencionada en los subtipos agravados. Es necesario, si se quiere seguir hablando de organización criminal, un mínimo de estabilidad temporal<sup>788</sup>, que además evitará equiparar estos tipos de asociaciones con supuestos de mera codelinuencia. Así, se hablará de asociación de carácter transitorio siempre que se aprecien los elementos propios de la organización delictiva. Igualmente, se ha precisado que la

---

<sup>786</sup> Vid. GUARDIOLA LAGO, *El tráfico de personas en el derecho penal español*, op.cit. , p. 223 y ss.

<sup>787</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª), núm. 1095/2001, de 16 de julio de 2001, F.J. 7º (Ponente Cánido Conde-Pumpido Tourón), [ROJ: STS 6202/2001] establece respecto al art. 369. 6 CP, que la transitoriedad a la que se refiere... *no hay que proyectarla sobre la relación más o menos ocasional del acusado con alguna de las operaciones de la organización sino que se refiere a la asociación u organización en sí misma y la ocasionalidad también se refiere a los fines que la organización persigue y no a la relación del acusado con la misma. Lo que pretende el precepto es sancionar más gravemente el aprovechamiento por sus integrantes de redes estructurada, más o menos formalmente, que sean utilizadas en el concreto supuesto enjuiciado, con independencia de la duración en el tiempo de dichas redes o de que los fines perseguidos por la asociación no sean en exclusiva los de difusión de la droga, confluyendo con otros que pueden ser legales. Pero en cualquier caso el ámbito subjetivo de la agravación se limita por el Legislador, de forma expresa a los pertenecientes o integrantes de la organización y no de los meros colaboradores ocasionales*".

<sup>788</sup> La STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1177/2003, de 12 de septiembre (Ponente: Joaquín Delgado García), [ROJ: STS 5465/2003] entiende en el fundamento jurídico sexto que "*pese a los términos incluso de carácter transitorio y aun de modo ocasional es imprescindible para su aplicación el mencionado requisito de carácter temporal*". No cabe interpretar la "organización o asociación" si no es con una duración más o menos prolongada.

agravación no debe ser aplicada a todos los casos en los que concurren varias personas para la ejecución de un plan de cierta complejidad, insistiendo en que lo decisivo es, precisamente, la posibilidad de desarrollo del plan delictivo de manera independiente de las personas individuales, pues ello es lo que permite hablar de una "empresa criminal"; La transitoriedad ha permitido que se acepte la existencia de una organización criminal cuando ésta se haya constituido para una operación específica, siempre que concurren los elementos propios de la organización criminal: un centro de decisiones y diversos niveles jerárquicos, con posibilidad de sustitución de unos a otros mediante una red de reemplazo que asegure la supervivencia del proyecto criminal con cierta independencia de las personas, pues esto es lo que dificulta la prevención y persecución de los delitos cometidos por una organización criminal y agrava el daño ocasionado por su actividad, permitiendo hablar de una "empresa criminal"<sup>789</sup>.

**a) El subtipo agravado de pertenencia del culpable a organización criminal en el delito de trata de seres humanos**

En el delito de trata de seres, a diferencia de otros introducidos o modificados en 2010, mantiene en relación con la criminalidad organizada las expresiones utilizadas con anterioridad a la reforma, sin hacer ninguna remisión clara a la organización y grupo criminal. Sin embargo, si con anterioridad a la reforma, la asociación ilícita era el referente para los subtipos agravados de pertenencia a organización o asociación criminal, en la actualidad será el tipo penal de organización criminal el marco de referencia para éste, y otros subtipos agravados<sup>790</sup>. Cuando la remisión que hacen los subtipos agravados es a las asociaciones y organizaciones criminales deberá acudir a lo dispuesto en el art. 570 bis CP para saber si nos encontramos ante una organización criminal o no, quedando fuera del ámbito de aplicación de los subtipos agravados los integrantes de los "grupos criminales" que perpetren esa actividad delictiva.

No obstante, algunos subtipos agravados, como ocurre en el que es objeto de estudio en este momento, no sólo se refieren a la organización criminal sino también a las asociaciones, incluso de carácter transitorio, los límites se difuminan y la capacidad de restringir la aplicación del subtipo se reduce a niveles mínimos<sup>791</sup>. Conforme a la nueva regulación estas organizaciones o asociaciones de carácter transitorio podrían identificarse con los grupos criminales<sup>792</sup>. Por lo que deberá atenderse a la literalidad del precepto para determinar si los subtipos agravados

---

<sup>789</sup> Vid. STS (Sala Penal. Sección 1ª), núm. 1095/2001, de 16 de julio de 2001, F.J. 7º (Ponente Cándido Conde-Pumpido Tourón), [ROJ: STS 6202/2001].

<sup>790</sup> LLORIA GARCÍA, "Lección XI. Trata de seres humanos, en op.cit., p. 305.

<sup>791</sup> , TERRADILLOS BASOCO, "Capítulo 24. Trata de seres humanos" en op.cit., p. 214,

<sup>792</sup> QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español: Parte Especial*, op.cit., p. 188.

castigan únicamente a las asociaciones y organizaciones criminales o también a los grupos criminales<sup>793</sup>.

En el caso del art. 177 bis CP, la referencia a la pertenencia del culpable a una organización o asociación de carácter transitorio, se remite no sólo a la organización criminal sino también al grupo criminal, aunque a ello no obligue la Directiva 2011/36. Una vez analizado el concepto de asociación, organización y grupo criminal es más fácil determinar cuando resulta aplicable el tipo cualificado.

La aplicación de este subtipo agravado exige acreditar la existencia de una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, por tanto, de una organización criminal o de un grupo criminal. Es obligado comprobar la concurrencia de los requisitos exigidos legalmente para ello, conforme a los arts. 570 bis y 570 ter CP. Sin embargo, no será suficiente la presencia de una organización criminal, sino que el precepto exige que la organización esté dedicada a “tales actividades”. Es decir, la organización debe dedicarse a la realización de la conducta típica de trata de personas. Esta exigencia no implica que la organización deba tener como finalidad única y exclusiva la trata de personas, siendo posible que una asociación realice además de ésta otras actividades delictivas e incluso legales<sup>794</sup>. A lo que obliga este elemento es que la organización se dedique a la comisión reiterada de delitos de trata de personas<sup>795</sup>, requiriéndose la realización de más de una actividad de trata por parte de la organización<sup>796</sup>, que no se trate de una actividad ocasional. La realización de un único delito de trata de personas impediría que pueda hablarse de una organización dedicada a ello y, por tanto, impide la aplicación del subtipo agravado<sup>797</sup>. En estos supuestos debería apreciarse un concurso de delitos entre el tipo básico correspondiente y el de dirección o participación en un grupo criminal si éste participa<sup>798</sup>.

Pero además, el tipo cualificado exige la pertenencia del culpable a la organización. Esta exigencia implica, por una parte, que el autor pertenezca a la organización, es decir, que sea miembro o integrante de la misma. Esta pertenencia conlleva algo más que mera colaboración ocasional con la organización. El Legislador, en cualquier caso, limita el ámbito subjetivo de la agravación a los “pertenecientes” o integrantes de la organización y no a los meros colaboradores

---

<sup>793</sup> GONZÁLEZ RUS, Juan José, “La criminalidad organizada en el Código penal español. Propuestas de reforma”, *Anales de Derecho*, núm. 30, 2012, p. 32. [ <http://dx.doi.org/10.6018/analesderecho>].

<sup>794</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1095/2001, de 16 de julio de 2001, F.J. 7º (Ponente Cándido Conde-Pumpido Tourón), [ROJ: STS 6202/2001].

<sup>795</sup> Vid. TERRADILLOS BASOCO, “Capítulo 24. Trata de seres humanos”, *op. cit.*, p. 213.

<sup>796</sup> SANTANA VEGA, *CPC, Número 104, II Época* 2011, p. 103

<sup>797</sup> Vid. TERRADILLOS BASOCO, “Capítulo 24. Trata de seres humanos”, *op. cit.*, pp. 213-214

<sup>798</sup> GONZÁLEZ RUS, *Anales de Derecho*, núm. 30, 2012, p. 32.

ocasionales<sup>799</sup>. Por otra parte, no a todo miembro o integrante de la organización criminal dedicada a la comisión del delito de trata se le aplicará el subtipo agravado, sino tan sólo a aquél que adquiriera la consideración dogmática de culpable y que, por tanto, haya realizado actos típicos de trata. La aplicación del subtipo agravado requiere, en todo caso, prueba de la comisión de la conducta típica de prevista en el art. 177 bis CP. La mera pertenencia a una organización de este tipo se encuentra tipificada en el propio art. 570 bis<sup>800</sup> y no en el subtipo agravado, que lo que pretende es punir con mayor pena el aprovechamiento que el autor de la conducta típica realiza de las estructuras organizadas que conllevan una mayor potencialidad lesiva para los bienes jurídicos protegidos por su capacidad de asegurar en mayor medida el resultado típico.

En relación con la penalidad impuesta por el tipo cualificado debe decirse que éste impone una pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 del artículo e **inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio** por el tiempo de la condena. Esta agravación implica, por tanto, la imposición de una pena de prisión de 8 años y un día a doce años, a la que se añade la pena de inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena. Al no haberse establecido una duración determinada de la pena de inhabilitación, ésta se extenderá durante el tiempo de la condena.

En relación con esta pena de inhabilitación especial prevista para los autores del delito que pertenezcan a una organización de criminal debe destacarse una importante incongruencia en relación con el régimen general que exigiría en aras de una mayor coherencia una revisión<sup>801</sup>. Así, el régimen general establecido en los arts. 55 y 56.1.3º CP en relación con las penas accesorias de inhabilitación, entre otras, faculta a jueces y tribunales a imponer, en penas de prisión inferiores a 10 años, como pena accesoria la inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, industria o comercio, entre otros, si estos hubieran tenido relación directa con el delito cometido. Nada destacable si se relaciona con el subtipo agravado que en cualquier caso implica la imposición de la pena de inhabilitación que está prevista como pena principal. Sin embargo, en las penas superiores a 10 años de prisión, el art. 55 CP establece que la pena de prisión irá acompañada por una pena de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, mientras que el tipo cualificado impone, con

---

<sup>799</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1095/2001, de 16 de julio de 2001, F.J. 7º (Ponente Cándido Conde-Pumpido Tourón), [ROJ: STS 6202/2001].

<sup>800</sup> GUARDIOLA LAGO, *El tráfico de personas en el derecho penal español*, op.cit., p 227; SERRANO-PIEDCASAS, “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en op.cit., p342; RODRÍGUEZ MESA, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, op.cit., p. 116. DE LEÓN VILLALBA, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, op.cit., p.273, PÉREZ CEPEDA, *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, op.cit., p. 276

<sup>801</sup> En este sentido, TERRADILLOS BASOCO, “Capítulo 24. Trata de seres humanos”, *op. cit.*, p. 214

independencia de la duración de la pena de prisión, una pena de inhabilitación especial. Se establecen consecuencias penológicas distintas que benefician a aquel autor del delito de trata al que se le imponga una pena superior a 10 años de prisión, que en lugar de verse afectado por una pena de inhabilitación absoluta será sancionado con una pena de inhabilitación especial. Considero que es el subtipo agravado el que debe aplicarse en estos supuestos, pues se trata de una ley especial, que vendría confirmado por la propia redacción del art. 55 CP que se refiere a la pena accesoria, salvo que ésta ya estuviera prevista como pena principal para el concreto supuesto. Si se pretende otorgar coherencia al sistema y no privilegiar con una pena de menor afección a quien es condenado con una pena superior es necesaria una reforma penal que tenga en cuenta estas contradicciones internas, sin que pueda mantenerse que la regla del art. 55 CP deba prevalecer sobre la del art. 177 bis. 6 CP

Por otro lado y también en relación con el marco penal fijado en el subtipo agravado, debe ponerse de manifiesto la confusa redacción utilizada para su establecimiento cuando concurren junto a la pertenencia a organización criminal otras circunstancias agravantes previstas en los apartados precedentes del precepto penal. Si además de la pertenencia a organización criminal concurrese alguna de las circunstancias de agravación del apartado 4 (grave peligro de la víctima, minoría de edad o especial vulnerabilidad por razón de enfermedad, discapacidad o situación) el precepto fija la pena a imponer en la mitad superior. La dificultad a la hora de determinar la pena concreta a aplicar tiene su origen en la redacción del precepto, que no especifica si la pena a imponer en su mitad superior es la prevista en el apartado 4 o en el propio apartado 6. Las penas de prisión previstas en ambos apartados son coincidentes, pues se trata de la pena superior en grado a la prevista para el tipo básico del apartado 1, centrándose las dificultades en la pena privativa de derechos que no está prevista en el apartado 4 del precepto. Ante la ausencia de esta pena en los restantes subtipos agravados parece que la solución más adecuada es fijar el apartado 6 como el marco punitivo de referencia, pues de otra manera no se aplicaría la pena de inhabilitación especial prevista de forma general cuando concurre en la perpetración del delito una organización criminal. No obstante esta solución impide apreciar el doble nivel agravatorio previsto en el apartado 4 para aquellos casos en los que concurra más de una circunstancia agravante. Con todo ello, el marco penal en estos supuestos sería de 10 años y un día a 12 años de prisión e inhabilitación especial por el tiempo de la condena<sup>802</sup>.

Una situación similar se produce si la pertenencia a organización criminal concurre con la circunstancia prevista en el apartado 5, pues se establece que se impondrán las penas señaladas en éste en su mitad superior. La referencia a “éste” puede ser una remisión tanto al apartado 5 como al propio apartado 6. En este caso

---

<sup>802</sup> Esta es la solución presente en la Circular de la FGE 5/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio fiscal en materia de Extranjería e inmigración.

concreto parece que lo adecuado es acudir al marco penal fijado en el apartado 5, por un lado, porque si la remisión fuese a la propia pena del apartado 6 hubiese sido suficiente con una inclusión en la frase precedente de las circunstancias agravatorias del apartado 5. Salvo que el marco de referencia sea el apartado sexto una vez agravada la pena en su mitad superior, lo que implicaría que el prevalimiento de la condición de funcionario daría lugar a una pena consistente en la mitad superior de la mitad superior de la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1, conclusión que no parece la más adecuada, pues la inhabilitación especial por tiempo de la condena como pena privativa de estos derechos no parece la adecuada cuando nos encontramos ante un funcionario público. Por ello, si se recuerda que el marco punitivo previsto en el apartado 5 de este precepto penal fija una pena superior en grado a la prevista en el tipo básico a la que debe añadirse una pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años, mientras que el apartado sexto establece la misma pena de prisión acompañada de una pena de inhabilitación especial. El Legislador al remitirse al apartado quinto da prioridad a la pena de inhabilitación absoluta, estableciendo un marco penal de 10 años y un día a 12 años de prisión, acompañada de una pena de inhabilitación absoluta de 9 a 12 años.

En cualquiera de los supuestos, nos encontramos ante un marco punitivo que excede con creces los mandatos internacionales. El art. 4 de la Directiva 2011/36 obliga a los Estados miembros a tipificar el delito con una pena de duración máxima de al menos 10 años cuando la infracción, entre otras, se cometa en el marco de una organización delictiva de acuerdo con lo dispuesto en la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo sobre la lucha contra la delincuencia organizada. En contraposición, el tipo cualificado presente en el art. 177 bis CP parte de un marco penal de 8 años y un día a 12 años de pena privativa de libertad que puede alcanzar hasta un máximo de 18 años cuando se trate de jefes, administradores o encargados. Si a este amplio marco le unimos que en el ámbito nacional, como se verá a continuación, la cualificación punitiva no se limita a los integrantes o a quienes dirigen una organización delictiva, sino también a quienes forman parte o dirigen un grupo criminal, el marco penal establecido en el tipo cualificado parece excesivo.

### ***b) Concurso entre organización criminal y subtipo agravado***

El subtipo agravado del apartado sexto del art. 177 bis CP puede entrar en conflicto con el delito de asociación ilícita u organización criminal como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia. Debido a la solución concursal otorgada entre el delito de asociación ilícita y organización criminal, los problemas concursales se producirán con el delito de organización criminal y no con el de asociación ilícita al prevalecer aquél en virtud del principio de alternatividad.

Cuando se ejecuta la actividad delictiva en el seno de una organización criminal la punición del delito de pertenencia a organización criminal pierde su sentido si existe un subtipo agravado de esta naturaleza en el tipo penal concreto. Así, cuando una organización cuya finalidad es la comisión de los delitos de trata de personas ha dado comienzo a su actividad delictiva, realizando el sujeto o sujetos que pertenecen a ella y en su seno actos típicos de trata debería aplicarse en exclusiva el supuesto agravado. La agravación de la pena del delito específico de trata de personas obedece al aumento del injusto que supone la pertenencia a una organización, por lo que si se castigasen ambos comportamientos, por la vía de los arts. 570 bis o 570 ter en concurso de delitos con el subtipo agravado específico se vulneraría el principio *non bis in idem*, al encontrarnos ante un claro concurso de leyes.

La relación concursal existente entre el delito de asociación ilícita y los correspondientes subtipos agravados por pertenencia del culpable a organización o asociación criminal presentes en el CP es la propia de un concurso de leyes. La resolución del conflicto concursal se resuelve de forma satisfactoria acudiendo al principio de especialidad, pues los tipos cualificados son ley especial frente al régimen general de los arts. 570 bis y ter CP<sup>803</sup>. Sin embargo, el Legislador ha optado por establecer una cláusula concursal *ad hoc* que prescinde del criterio de la especialidad para la resolución de estos conflictos normativos, remitiendo al principio de alternitud<sup>804</sup>. El principio de especialidad parece el más adecuado para resolver los conflictos generados por la coexistencia de esta pluralidad de tipos penales<sup>805</sup>, siendo éste, tradicionalmente, el criterio utilizado doctrinal y jurisprudencialmente para dar respuesta a estos conflictos concursales<sup>806</sup>.

---

<sup>803</sup> En el mismo sentido, la Circular 1/2002, de 19 de febrero de, de la Fiscalía General del Estado, frente al problema concursal planteado entre el art. 318 bis. 5 y el 515 Cp.

<sup>804</sup> No obstante, la reciente STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 322/2013, de 16 de abril de 2013 (Ponente: Andrés Martínez Arrieta) [ROJ: STS 1941/2013], establece que el concurso de normas que puede producirse con el nuevo subtipo agravado de organización (art. 369 bis), de una parte, y de otra el concurso del delito contra la salud pública (arts. 368 y 369) con el nuevo tipo de organización criminal, con sus relevantes agravaciones específicas de penas ( art. 570 bis, apartados 1 y 2) deberá dirimirse, con arreglo al art. 570 quáter.2, aplicando el supuesto que tenga asignada una mayor pena ( art. 8.4 del C. Penal ). En el mismo sentido, MAYORDOMO RODRIGO, *EPC*, núm. XXXI, 2011, p. 365, considera aplicable el subtipo agravado en virtud del art 570 quater CP al establecer el delito de trata que la pertenencia a organización o asociación conlleva una pena mayor. Vid. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, op.cit., p. 914, que establece que la relación concursal se dará en los casos en que se haya cometido un delito que contenga una cualificación específica por pertenencia a organización. Será aplicable lo dispuesto en el art. 570 quater. 2 CP.

<sup>805</sup> Vid. SANTANA VEGA, *CPC, Número 104, II Época* 2011, p.104. Críticamente MUÑOZ CUESTA, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, julio, 2011, p. 17 que mantiene que debe apreciarse el delito de organización y de trata de seres humanos sin la aplicación de la agravante de organización. Se basa para ello en que el Legislador ha dado primacía a esta forma de delincuencia que deberá sancionarse en todo caso y evitar la creación de un régimen sancionador distinto para los delitos agravados por organización, y aunque los que no tiene la agravación de organización se les aplicaría el 570 bis además del delito cometido. Aunque reconoce que la opción del principio de alternitud es más acorde con la legalidad y perfectamente aplicable.

<sup>806</sup> GARCÍA RIVAS, Nicolás y LAMARCA PÉREZ, Carmen “Organizaciones y grupos criminales (arts. 570 bis, 570 ter y 570 quáter)”, en ÁLVAREZ GARCÍA y GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Comentarios a la reforma de 2010*, 2010. La opinión mayoritaria entendía que la relación entre la figura del 515.1 y 318



Sin embargo la reforma penal ha introducido nuevos problemas concursales, que si bien no afectan directamente al apartado 6 del art. 177 bis, es imprescindible mencionar como muestra del contexto punitivista en el que nos encontramos y la irreflexión con la que se realizan algunas reformas penales. El problema radica en que si analizamos algunos subtipos agravados por pertenencia a una organización o grupo criminal es posible comprobar que se genera la paradójica situación que algunos de estos subtipos agravados establecen una pena inferior<sup>807</sup> a la que correspondería si aplicásemos un concurso de delitos entre el tipo básico correspondiente al concreto delito y el delito de organización criminal o grupo criminal. La aplicación del principio de especialidad para resolver el concurso de leyes, generaría un privilegio penológico injustificable en estos casos. Consciente el Legislador de estas incongruencias internas prevé en su art. 570 quáter *in fine* una regla expresa para solucionar el concurso de normas en estos supuestos, acudiendo al principio de alternatividad de forma directa y no subsidiaria, obligando a imponer el tipo penal con una pena mayor. Por tanto, de acuerdo con este principio procedería aplicar un concurso de delitos entre el art. 570 bis o ter CP con el correspondiente tipo delictivo cometido con todas sus circunstancias si bien prescindiendo de la agravación específica de organización, cuando la pena así aplicada sea superior a la que prevé el subtipo agravado. No parece ésta la solución más respetuosa con los principios penales pues el subtipo agravado debería abarcar el desvalor de la concreta conducta típica y el desvalor de la participación en la organización debiendo aplicarse el subtipo agravado en virtud del principio de especialidad. Por otro lado, la aplicación del concurso de delitos entre el tipo básico del delito y el art. 570 bis, conllevaría inaplicar de *facto* el subtipo agravado.

Como el art. 177 bis 6 CP se trata de un subtipo agravado que comprende no sólo la pertenencia a organización criminal sino parece que también al grupo criminal, no sólo puede producirse un conflicto de normas en relación con el art. 570 bis CP, sino también con el 570 ter CP. Por ese motivo, la resolución de este conflicto viene dada por el principio de especialidad en los mismos términos, siendo aplicable el subtipo agravado en detrimento del régimen punitivo general previsto para los grupos

---

bis era de concurso de normas y consideraba a estos últimos, normas especiales. En este sentido, PÉREZ CEPEDA, *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, op.cit., p. 276; RODRÍGUEZ MESA, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, op.cit., p. 115; GUARDIOLA LAGO, *El tráfico de personas en el derecho penal español*, op.cit., p. 229; SÁNCHEZ GARCÍA PAZ, “Protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros (con atención a las reformas introducidas por la LO 15/2003 y 11/2003)”, en op.cit., p. 834.

<sup>807</sup> Ocurre esto en los delitos contra la propiedad intelectual o industrial, arts. 271 y 276.c) CP, cometidos por un coordinador o director de una organización dedicada a éstas actividades, puesto que la pena privativa de libertad señalada para aquellos tipos agravados, es de 1 a 4 años, mientras que la prevista en el art. 570 bis CP es de 3 a 6 años. También en los delitos relativos a la prostitución y a la corrupción de menores de los art. 187, 188 y 189, receptación y blanqueo de capitales del art. 302. 1, por citar algunos ejemplos más.

criminales<sup>808</sup>. Esto implica la previsión de una misma pena cuando el culpable pertenece a una organización criminal que cuando pertenece a un grupo criminal, existiendo una clara desproporcionalidad ya que la pena generalmente prevista para el delito de grupo criminal es inferior a la prevista para el delito de organización criminal.

Para concluir, en cuanto el delito de pertenencia a organización criminal es un delito en el que se sanciona la agrupación de una pluralidad de personas con la finalidad de cometer delitos. En ningún caso es necesario para entender consumado el delito que se lleve a cabo la actividad delictiva inicialmente prevista. Así, cuando estemos en presencia de una organización o asociación que tenga como finalidad cometer los delitos de trata, pero éstos aun no se han comenzado a ejecutar, debería aplicarse el art. 570 bis CP y no el subtipo agravado, dada la imposibilidad de sancionar de forma agravada el delito de trata por pertenencia a una organización o asociación si la ejecución del delito todavía no se ha producido. La misma solución correspondería cuando no pueda probarse en el proceso penal la actividad pero sí la existencia y pertenencia del sujeto a una organización o grupo criminal.

Sin embargo, tanto el art. 570 bis como el ter CP se refieren expresamente al delito de trata de seres humanos, imponiendo la pena en su mitad superior a las penas previstas si el delito que persigue cometer la organización criminal es, entre otros, el de trata de seres humanos<sup>809</sup>. Esta previsión puede originar otro solapamiento normativo no previsto con los actos preparatorios punibles de conspiración, proposición y provocación previstos en el delito de trata de seres humanos que darán lugar a la imposición de la pena inferior en uno o dos grados a la del correspondiente tipo. Atendiendo al elevado marco penal previsto en el delito de trata de seres humanos que se eleva considerablemente en los subtipos agravados cabe la posibilidad de que corresponda la aplicación del núm. 8 del art. 177 bis en lugar de los delitos previstos en el art. 570 bis y ter CP.

---

<sup>808</sup> No obstante, no todos los subtipos agravados se refieren a los grupos criminales sino tan sólo a las organizaciones criminales. Cuando éste sea el caso la solución propuesta no será la misma. En estos casos no existirá un concurso de leyes sino que estaremos ante un concurso real de delitos entre el tipo penal concreto, apreciando las circunstancias agravantes que concurren salvo el de pertenencia a organización criminal, y el art. 570 ter cuando el miembro del grupo realice alguna de las conductas típicas. Esta misma solución de concurso de delitos será la aplicable cuando alguno de los miembros de una organización o grupo criminal cometa un delito en el que no se haya previsto ningún tipo agravación específica por el hecho de pertenecer el culpable a una organización o grupo criminal. Deberá apreciarse un concurso real de delitos entre el art. 570 bis ó 570 ter y los concretos ilícitos penales ejecutados en el seno de la organización o grupo criminal o a través de la misma, pues el desvalor de pertenecer a una organización criminal o grupo criminal no puede ser abarcado con la aplicación del delito concreto y viceversa. Esta será la solución en los supuestos de tráfico de menores para su adopción ilegal en los que no existe una previsión análoga de agravación.

<sup>809</sup> El apartado 3 del art. 570 bis CP establece “ *Se impondrán en su mitad superior las penas respectivamente previstas en este artículo si los delitos fueren contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexual o la trata de seres humanos* ”.

## B) Jefes, encargados y administradores

Para finalizar el apartado 6 del art. 177 bis CP introduce un subtipo hiperagravado. Nos encontramos ante una agravante de segundo grado, que prevé la imposición de la pena en su mitad superior por tanto, de 10 a 12 años de prisión e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, siendo posible su elevación a la superior en grado, cuando se trate de los **jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones**. En todo caso, se prevé la elevación de la pena a la inmediatamente superior en grado, cuando concurren las circunstancias previstas en el apartado 4 y 5 del art. 177 bis CP. Si ya con la agravación de primer nivel se ha podido constatar que la clarificación del concreto marco punitivo era una ardua tarea, lo mismo ocurre en esta agravación de segundo nivel cuando concurren otras circunstancias. La lógica del precepto exige que la pena superior en grado a la que se refiere esa agravación parta de los marcos resultantes de las previas agravaciones realizadas, por lo que el marco penal se fija en una pena de prisión y de inhabilitación especial de 12 a 18 años cuando concorra alguna de las circunstancias del apartado 4, mientras que si concurre la circunstancias del apartado 5 se generaría un marco penal de 12 a 18 años de prisión acompañada con una inhabilitación absoluta de también de 12 a 18 años.

No existe jurisprudencialmente una definición clara de lo que debe entenderse por jefe, administrador o encargado, si bien se trata de personas que poseen un mayor control en el seno de la organización criminal. **Jefes, administradores o encargados** son aquellas personas con capacidad decisoria y poder en la organización, con un poder fáctico de mando, con capacidad de decisión, de impartir órdenes, de distribuir las funciones y organizar las operaciones<sup>810</sup>. Lo característico de todos ellos es ostentan un poder fáctico en la organización, son los dirigentes de la organización destacando por “*dar instrucciones, facilitar medios de cualquier índole, incluso financieros, preparar alojamiento o impartir órdenes o dirigir las actuaciones de otros*”<sup>811</sup>. En contraposición, los partícipes obedecen órdenes, son mandados y aceptan el resultado de sus actos, que nunca son coyunturales o episódicos pero suficientes para que la asociación continúe su actividad delictiva.

En el ámbito del tráfico de drogas, se hace referencia a la jefatura de la organización que ostentan aquellas personas que en el entramado organizativo poseen una posición superior con una mayor capacidad de decisión que los demás, con mayor

---

<sup>810</sup> GUARDIOLA LAGO, *El tráfico de personas en el derecho penal español*, op.cit. , p. 228; ARROYO ZAPATERO, “Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos”, en op.cit., p. 43; PÉREZ CEPEDA, *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, op.cit., p.277.

<sup>811</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª), núm. 808/2005, de 23 de junio, (Ponente: José Ramón Soriano Soriano), [ROJ: STS 4156/2005] y STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 921/2009, 29 de octubre, (Ponente: Diego Antonio Ramos Gancedo), [ROJ: STS 6307/2009].

conocimiento del entramado de la acción, los distintos intervinientes y su respectiva acción<sup>812</sup>. La doctrina ha identificado **al jefe** como la persona que manda en otras o que es seguida por otras que se someten voluntariamente o no a su autoridad; al **administrador** como el que dirige la economía de una persona o una entidad, y al **encargado como aquel que tiene cierta cosa a su cuidado** o persona que dirige un negocio en representación del dueño de él<sup>813</sup>.

La jurisprudencia ha entendido que esta calificación concurre en aquellas personas que poseen una mayor capacidad de afectación del bien jurídico protegido al ostentar puestos de mando en la organización, estando facultados para tomar decisiones, dar órdenes y exigir explicaciones. Esta circunstancia agravante no resulta aplicable a todos los sujetos que integran la organización sino únicamente al que posea de facto un papel relevante y decisorio en la organización<sup>814</sup>. En cuanto la agravación se fundamenta en un circunstancia personal, la de ser jefe, administrador o encargado, no son posibles formas de participación, aplicándose únicamente en aquel sujeto que concurra la circunstancia. No obstante, la aplicación no tiene porque concretarse en una única persona sino que pueden ser varias las personas que en el seno de una organización ostenten estas facultades de dirección. En este sentido, el texto legal no limita a una sola persona, la condición de jefe, encargado o administrador, pudiendo ser las funciones de este tipo compartidas entre varias personas tanto horizontalmente como en forma de ejercicio de funciones de este tipo coincidente con una subordinación a otros que operen a niveles de decisión superior, siempre que los jefes de esos niveles medios destaquen por dar instrucciones, facilitar los medios o actuar de otras formas que consistan en dirigir la actualización de otras personas que sean meros ejecutores, se han de aplicar la agravante específica<sup>815</sup>.

Se trata de una circunstancia hiperagravante que supone la imposición de la pena máxima a aquellas personas que dentro de la organización o asociación poseen un mayor control, aunque no se pueda llegar constatar la intervención material en el delito. Debiendo aplicarse también a los mandos intermedios, que en organizaciones criminales de este tipo suelen estar presentes y que se caracterizan por detentar facultades de dirección sobre ciertos miembros de la organización, mientras que a su vez reciben órdenes de otros.

---

<sup>812</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 322/2013, de 16 de abril de 2013, F.J. 3º, (Ponente: Andrés Martínez Arrieta) [ROJ: STS 1941/2013].

<sup>813</sup> DAUNIS RODRÍGUEZ, *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*, op.cit., p. 145; GALLEGO SOLER, José-Ignacio, *Los delitos de tráfico de drogas II: (un estudio analítico de los arts. 369, 370, 372, 374, 375, 377 y 378 CP, y tratamientos jurisprudenciales)*, Ed. J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1999, p. 256,

<sup>814</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 340/2001, de 30 de julio, (Ponente: Julián Artemio Sánchez Melgar), [ROJ: STS 6690/2001].

<sup>815</sup> STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1020/1996, de 10 de febrero, (Ponente: Joaquín Martín Canivell), [ROJ: STS 841/1997] y STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 340/2001, de 30 de julio, (Ponente: Julián Artemio Sánchez Melgar), [ROJ: STS 6690/2001].

En general, la ausencia de intervención material en el delito concreto de jefes, directivos o encargados de la organización genera problemas dogmáticos en sede de autoría propios de la autoría en caso de aparatos organizados de poder. Estos miembros de la organización se caracterizan por encontrarse en la cúspide de la organización criminal tomando decisiones, pero separados espacio-temporalmente de las personas que ejecutan materialmente el hecho delictivo y que son responsables penalmente por el mismo<sup>816</sup>. La solución dogmática a este problema es variada<sup>817</sup>, desde acudir al tipo de inducción, a la coautoría o a la autoría mediata<sup>818</sup> para articular la culpabilidad de los mismos en el hecho delictivo concreto.

Desde la perspectiva de la parte subjetiva de la agravación, ésta es claramente dolosa. Debe acreditarse que los sujetos son conocedores de su pertenencia a la organización criminal y que su aportación a la misma lo es en concepto de jefe, administrador o encargado<sup>819</sup>. La imprudencia no está prevista por lo que ante un comportamiento imprudente la conducta será atípica, generando a su vez cualquier error de hecho o de derecho las mismas consecuencias.

## 2. Circunstancias modificativas de la responsabilidad penal

El Código Penal recoge en su parte General una serie de circunstancias atenuantes, art. 21 CP, y agravantes, art. 22 CP, que disminuyen o aumentan la pena cuando concurren en el caso concreto.

En relación con las atenuantes no existen particularidades, por lo que éstas podrán apreciarse siempre que concurren los requisitos exigidos para ello. En este sentido, no hay problema en admitir la atenuación de la pena como consecuencia de la confesión cuando el autor o partícipe del delito confiese el delito a las autoridades antes tener conocimiento del procedimiento judicial que se dirige contra él (art. 21. 4ª

---

<sup>816</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el derecho internacional*, op.cit., p. 467.

<sup>817</sup> Vid. CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, "Criminalidad organizada. Concepto. La Asociación ilícita. Problemas de autoría y participación", en GRANADOS PÉREZ, Carlos (dir.), *La Criminalidad Organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, CGPJ, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2001, pp. 260 y ss.

<sup>818</sup> Sobre las distintas soluciones puede verse, SANCHEZ GARCIA PAZ, *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Ed. Dykinson, Madrid, 2006, [Recurso electrónico. Acceso restringido Base de datos Vlex libros]; MUÑOZ CONDE, Francisco, "Problemas de autoría y participación" en FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos y ANARTE BORRALLA, Enrique (coord.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, Huelva, 1999, pp. 151 y ss.; ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, trad. a la 7ª edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2000, p. 196. ROXIN, Claus, "Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada" en *RP*, núm. 2, 1998, pp. 61-66; VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el derecho internacional*, op.cit., p. 468.

<sup>819</sup> GALLEGOS SOLER, *Los delitos de tráfico de drogas II*, op.cit., p. 259.

CP). También será posible apreciar la atenuante por reparación del daño ocasionado a la víctima con anterioridad a la celebración del juicio oral (21. 5ª), así como la nueva atenuante por dilaciones indebidas en la tramitación del procedimiento.

En relación con las agravantes, se producen ciertas particularidades derivadas de la estructura tanto del tipo básico del delito de trata de personas como por el gran número de subtipos agravados previstos en el precepto penal. Así, el principio de *non bis in idem* impide la apreciación conjunta con el delito de alguna de las circunstancias agravantes previstas de forma general, tales como el abuso de superioridad o de confianza (art. 22.2 y 6 CP) o el prevalimiento del carácter público que tenga el culpable (art. 22.7 CP).

No obstante, la agravante por reincidencia del art. 22. 8 CP merece una especial mención, puesto que el apartado 10 del art. 177 bis CP reconoce la eficacia de la reincidencia internacional, ampliando y matizando el contenido de la agravante genérica de reincidencia prevista.

Es habitual en los delitos cometidos por organizaciones criminales cuya actividad delictiva posee una dimensión transnacional, como en el tráfico de drogas o los delitos relativos a la prostitución, una previsión específica sobre la eficacia del antecedente extranjero no cancelado como circunstancia que agrava la responsabilidad penal<sup>820</sup>. Criminalizar estas conducta a nivel internacional implican no sólo una armonización de las normas penales, una ampliación de las normas de competencia judicial sino también atender a la reincidencia internacional como circunstancia agravante. En este sentido, el Convenio de Varsovia, en su art. 25, prevé la adopción de las medidas necesarias para tener en cuenta, dentro del marco de la apreciación de la pena, las condenas firmes dictadas en otros Estados parte.

En cumplimiento de esta obligación internacional, el apartado 10 del art. 177 bis CP introduce una regla especial en materia de reincidencia internacional indicando que a tal efecto se tendrán en cuenta *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.*

Este apartado del precepto se relaciona con la agravante genérica de reincidencia. Por ese motivo, debe tenerse en cuenta que deberá prescindirse de los antecedentes penales que hayan sido cancelados o que estén en condición de serlo de

---

<sup>820</sup> Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el derecho internacional*, op.cit., p. 473; CUGAT MAURI, “La trata de seres humanos: la universalización del tráfico de personas y su disociación de las conductas infractoras de la política migratoria (arts. 177 bis, 313, 318 bis)”, en *op.cit.*, p. 163

acuerdo con la legislación española. El debido respeto a los principios de reinserción social y de cosa juzgada obliga a que los antecedentes penales puedan ser cancelados cuando se haya extinguido la responsabilidad penal. Son los arts. 136 y 137 del Código penal los que recogen los requisitos que deben cumplirse para proceder a la cancelación de los mismos.

Destaca la necesidad de haber satisfecho las responsabilidades civiles derivadas del delito, salvo casos de insolvencia declarada. Además, debe haber transcurrido determinado período de tiempo desde que se declare extinguida la pena, que variará según la gravedad de la pena, sin delinquir

### **3. Provocación, conspiración y proposición**

El precepto objeto de estudio prevé expresamente la posibilidad de sancionar penalmente la provocación, conspiración y proposición para cometer el delito de trata de seres humanos, fijando una pena inferior en uno o dos grados a la prevista para el delito correspondiente.

Ni la Directiva 2011/36 y el Convenio de Varsovia se refieren a la tipificación de la provocación, conspiración y proposición. En relación a momentos previos a la consumación del delito, estos instrumentos únicamente obligan a sancionar la tentativa del delito. De acuerdo con las reglas generales sobre la tentativa, art. 16 CP se cumple con esa obligación.

La punibilidad de los actos preparatorios en este delito es excesiva, pues no olvidemos que el propio delito de trata supone un adelantamiento de las barreras de protección, siendo en sí mismo un acto preparatorio del delito de explotación. Con esta previsión se amplía en exceso el campo punitivo previsto lo que puede generar problemas de delimitación entre actos preparatorios, tentativa y delito consumado<sup>821</sup>, así como con el delito de organización y grupo criminal<sup>822</sup>.

Para la delimitación entre actos preparatorios punibles, la tentativa y la consumación. Así, las conductas consistentes en la preparación del viaje, del lugar en el que se van a alojar<sup>823</sup>, son ejemplos de actos preparatorios punibles. Mientras que si la captación o el traslado ya se han producido estaremos ante un delito consumado de trata<sup>824</sup>. La tentativa se producirá, por ejemplo, cuando a pesar de haber desarrollada

---

<sup>821</sup> Vid. TERRADILLOS BASOCO, PORTILLO CONTRERAS, POMARES CINTRAS y GUARDIOLA LAGO, “Trata de seres humanos: art. 177 bis CP”, en op.cit. p. 202. MARTOS NÚÑEZ, *EPC*, vol. XXXII, 2012, p. 117.

<sup>822</sup> TERRADILLOS BASOCO, PORTILLO CONTRERAS, POMARES CINTRAS y GUARDIOLA LAGO, “Trata de seres humanos: art. 177 bis CP”, en op.cit. p. 202; MARTOS NÚÑEZ, *EPC*, vol. XXXII, 2012, p. 117

<sup>823</sup> MARTOS NÚÑEZ, *EPC*, vol. XXXII, 2012, p. 117.

<sup>824</sup> MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, op.cit., p. 208.

las actividades necesarias (anuncio en internet, contacto con la potencial víctima, ofrecimiento de ofertas fraudulentas), la víctima todavía no ha sido captada por no haberse puesto a disposición del mismo.





## CAPÍTULO V

### RELACIONES CONCURSALES

#### 1. Introducción

Como consecuencia de la naturaleza compleja y de la estructura típica del delito de trata de seres humanos, configurado como un delito mutilado en dos actos, y de la exigencia de la concurrencia de ciertos medios comisivos, son variadas las cuestiones concursales, siendo difícil la delimitación respecto de figuras afines al delito de trata de seres humanos. Las relaciones concursales que pueden originarse entre este tipo penal y otros dispersos en el CP son múltiples, atendiendo a las diferentes fases en las que se desarrolla el proceso de trata de seres humanos, tales como el momento de captación, el traslado, así como la ulterior etapa de explotación.

En la inicial fase de captación, los medios comisivos utilizados en la trata son inherentes o medios adecuados para la perpetración de otros delitos, tales como el delito de amenazas, coacciones o detenciones ilegales. Asimismo, medios comisivos como la violencia o la intimidación son susceptibles de lesionar bienes jurídicos de carácter individual como la vida o la salud, siendo susceptible de provocar la conducta resultados constitutivos de un delito de lesiones o, incluso de homicidio

Sin embargo, es precisamente en la fase de explotación de la víctima de trata donde se generarán los mayores problemas concursales. Al configurarse el delito de trata de seres humanos como un delito mutilado en dos actos y exigir el tipo penal un elemento subjetivo adicional consistente en la finalidad de explotación sexual o laboral que debe presidir la conducta típica, conllevará un variado número de relaciones concursales con los subsiguientes delitos de explotación que se materialicen.

Además, si durante la fase de traslado se atiende a la nacionalidad de la víctima puede comprobarse que la trata de personas implica en la mayoría de ocasiones un cruce irregular de fronteras por lo que generalmente el delito de trata de seres humanos concurrirá con el delito de favorecimiento de la inmigración clandestina. Así cuando la víctima de trata de personas sea un ciudadano extranjero extracomunitario (sujeto pasivo del delito del art. 318 bis CP) que es traslado a España sin su consentimiento, y por tanto, concurriendo violencia, intimidación, engaño, o abuso de una situación de vulnerabilidad o superioridad, todos ellos medios comisivos

previstos en el subtipo agravado del apartado 2º del art. 318 bis CP, con finalidad de explotación, se generará una concurrencia de tipos penales.

A estas dificultades concursales derivadas principalmente de la estructura compleja del delito de trata de seres humanos se le unen las incertidumbres provenientes de las constantes reformas penales que se abordan el fenómeno de forma parcial. El reciente delito de trata de seres humanos convive con supuestos específicos de trata de personas que desde la década de los 90 el Legislador ha ido introduciendo en el Código Penal, tales como delito de tráfico de menores con fines de mendicidad, la captación de menores de edad o incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos y el más reciente delito de tráfico de órganos, conductas delictivas en las que se produce un claro solapamiento normativo.

Ante esta situación el Legislador no ha dejado pasar la oportunidad para introducir una regla concursal *ad hoc* que cierra la regulación del delito de trata de seres humanos. Cláusula en la que se especifica que las penas del art. 177 bis CP se impondrán “*sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el art. 318 bis de este código penal y otros delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación*”.

Con cada reforma penal aumenta el número de reglas concursales específicas que se encuentran dispersas en la Parte especial del Código Penal y que conviven junto a las normas concursales de carácter general previstas en el texto penal. La introducción de estas cláusulas ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina, ya sea por la concreta redacción utilizada para su introducción<sup>825</sup> o bien por su carácter problemático e innecesario ante la existencia de normas generales encargadas de resolver los posibles conflictos concursales<sup>826</sup>.

La vaguedad y ambigüedad de la que se hace uso en estas cláusulas concursales *ad hoc* dificultan su delimitación y alcance, por lo que se hace imprescindible realizar un análisis de las figuras delictivas implicadas para averiguar

---

<sup>825</sup> CUERDA RIEZU, Antonio, “El concurso de delitos en el Borrador de anteproyecto del Código Penal de 1990”, *ADPCP*, núm. 44, 1991, p. 863, se pronuncia a favor de la existencia de reglas concursales específicas ya que en ocasiones puede ser adecuado excepcional o especificar el régimen general concursal, otorgando mayor seguridad jurídica en el ámbito de la teoría del concurso. Sin embargo, para ello considera imprescindible el autor que se deje clara la modalidad concursal que se está regulando, la utilización de términos idénticos cuando se haga referencia a una misma modalidad concursal y se especifique si quedaban o no excluidas las restantes posibilidades genéricas de concurso.

<sup>826</sup> Fuertemente crítico con estas cláusulas concursales al considerar que lo adecuado sería dejar al arbitrio del juez y a las normas generales de la interpretación la decisión de cuándo existe una infracción o cuando una hipótesis concursal. Vid. SANZ MORÁN, Ángel José, *Las reglas relativas a la unidad y pluralidad*, p. 509. El mismo, “Acerca de algunas cláusulas concursales recogidas en el Código penal”, en AAVV, *Libro Homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 217. También GARCÍA ALBERO, Ramón, *Non bis in idem material y concurso de leyes*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1995, p. 389.

la concreta relación concursal que se plantea<sup>827</sup>. Tan sólo mediante esta interpretación se podrá concluir si el Legislador pretende imponer la aplicación conjunta, remitiendo a un concurso de delitos, o si simplemente advierte de la frecuencia con la que el delito concurre con otros, debiéndose analizar de conformidad con las reglas generales qué tipo de concurso debe aplicarse en cada caso.

De la literalidad de esta cláusula concursal *ad hoc* parecería desprenderse la necesidad de que las penas del art. 177 bis CP se impongan a su vez con las penas que corresponderían por cualquier otro delito que con ocasión de la trata de personas se haya cometido. Parece remitirse el Legislador a una acumulación de penas propia del concurso real de delitos. Se excluirá, por un lado, la aplicación de las reglas generales que rigen en los supuestos de concurso de leyes y, por otro lado, la de las reglas propias del concurso de delitos medial o ideal a favor del tratamiento propio de los concursos reales<sup>828</sup>. La cláusula parece tener como finalidad determinar que el delito de trata no queda abarcado por las posibles conductas posteriores de explotación no implicando una realización progresiva del tipo<sup>829</sup>.

Sin embargo, esta literalidad no puede llevar a mantener en ningún caso que en este concreto ámbito delictivo deban obviarse principios básicos como el *non bis idem* que es el fundamento del concurso aparente de leyes<sup>830</sup>. Estas cláusulas *ad hoc* introducidas por el Legislador no pueden entenderse como una excepción al concurso de leyes, pues si tratándose de un concurso de leyes se aplicasen las disposiciones del concurso de delitos se produciría una doble sanción inadmisibles de los hechos. Por consiguiente, no es posible interpretar que con esta regla concursal especial se esté obligando a apreciar siempre un concurso de delitos entre el delito de trata de personas y los posibles delitos que concurran con él, descartando la apreciación de las disposiciones sobre concurso de leyes.

Una vez limitada en estos términos esta cláusula concursal queda por determinar si ante una situación de concurso de delitos, ésta obliga a aplicar, como si de un concurso real se tratase, las penas previstas en el art. 177 bis CP y las que correspondan por el delito de inmigración clandestina o por los subsiguientes delitos de explotación. Desde esta perspectiva implicaría entender que la cláusula concursal obliga a apreciar un concurso de delitos, específicamente, un concurso real de delitos,

---

<sup>827</sup> Vid. ESCUCHURI AISA, Estrella, *Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica*, Ed. Comares, Granada, 2004, p. 82; SANZ MORÁN, Ángel José, “Acerca de algunas cláusulas concursales recogidas en el Código penal” en AA.VV, *Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 215.

<sup>828</sup> ORTS BERENGUER, “Lección X. Torturas y otros delitos contra la integridad moral. Trata de seres humanos”, en op.cit., p.10.

<sup>829</sup> SANTANA VEGA, *CPC, Número 104, II Época* 2011, p. 105.

<sup>830</sup> CUERDA RIEZU, *ADPCP*, núm. 44, 1991, pp. 847-848; MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, op.cit., p. 638.

impidiendo la aplicación de las reglas propias del concurso ideal o medial<sup>831</sup> en aquellos supuestos en los que correspondería su apreciación. Un obligado concurso real entre el delito de trata de personas y todos y cada uno de los delitos que pudiesen concurrir, no sólo implicaría un desconocimiento absoluto de los criterios establecidos en la teoría del concurso sino que generaría una pena totalmente desproporcionada como consecuencia de la acumulación de penas resultantes de un único episodio delictivo.

No creo conveniente que las cláusulas concursales, sobre todo cuando los términos de su redacción son ambiguos, deban conllevar un total desconocimiento de los principios generales. Además, la solución que se otorgue a los posibles concursos no debería justificarse acudiendo a cuestiones de mayor o menor penalidad o incluso desproporcionalidad de las penas resultantes. La inaplicación de los principios generales de resolución de concurso de delitos, excluyendo el art. 77 CP automáticamente cuando se cumplen sus presupuestos, no pueden ser la solución a los problemas concursales existentes tendentes en muchas ocasiones a dar coherencia a reformas penales que con endurecimientos penológicos irreflexivos generan problemas de difícil resolución.

La ardua tarea de los operadores jurídicos se pone especialmente de manifiesto en el contexto de las relaciones concursales en el que las dificultades existentes en la interpretación y delimitación del delito de trata de seres humanos se unen a la problemática propia de otros tipos penales estrechamente relacionados. Habrá que esperar para conocer como los jueces y tribunales concretan el alcance de esta disposición. El Tribunal Supremo en su reciente sentencia de 4 de febrero de 2014 se ha pronunciado sobre la relación existente entre el delito de trata de seres humanos y el posterior delito de explotación considerando que entre ambos delitos existe un concurso medial<sup>832</sup>. Parece descartarse con ello una interpretación tendente a la aplicación de las reglas propias del concurso real en estos supuestos. No obstante, la elección de esta solución al igual que ocurrió con el art. 318 bis CP no se encuentra fundamentada ni explícitamente justificada, no siendo de extrañar que la opción por unas reglas concursales u otras varíen a lo largo del tiempo sin que ello vaya acompañado de la necesaria explicación que justifique el cambio de criterio, por lo que debe relativizarse la importancia que se le otorga a los Acuerdos de Sala adoptados en Plenos no jurisdiccionales, en los que se trata de determinar la solución al conflicto normativo planteado, variando de parecer sin explicación.

---

<sup>831</sup> Considera TERRADILLOS BASOCO, “Capítulo 24. Trata de seres humanos” en op.cit., p. 216, que con esta clausula concursal se veta la apreciación del concurso medial de delitos.

<sup>832</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 53/2004, de 4 de febrero, F.J. 12º, (Ponente: Cándido Conde-Pumpido Tourón), [ROJ: STS 487/2014].

## **2. El delito de trata de seres humanos y los delitos contra la vida y la integridad.**

Como ya se puso de manifiesto en el correspondiente apartado dedicado a los medios comisivos del delito de trata de personas, la utilización de alguno de éstos puede conllevar la concurrencia de otros tipos penales. Así, el uso de violencia, intimidación o engaño pueden configurarse como conductas susceptibles de ser subsumidas en otros tipos penales posibilitando la concurrencia de otros delitos, como el delito de amenazas, el delito de coacciones o detenciones ilegales que integran en su tipo de manera inherente estos medios típicos. Además, la utilización de medios violentos o intimidatorios puede originar lesiones o puestas en peligro de la vida de la víctima, por lo que el delito de lesiones u homicidio podrá concurrir fácilmente con el delito de trata de seres humanos.

El engaño es un elemento esencial del delito de estafa. Sin embargo cuando la víctima de trata realice bajo engaño alguna disposición patrimonial anticipando alguna cantidad de dinero no será posible apreciar el delito de estafa en concurrencia con el de trata de personas. El engaño y el ánimo de lucro son elementos inherentes al delito de trata de seres humanos en cuanto la finalidad de explotación conlleva la finalidad de lucrarse con la misma. Por consiguiente si ambos son valorados para aplicar el tipo de trata de personas ello impide su nueva valoración para apreciar la concurrencia del delito de estafa.

Los principales problemas relacionados con los medios comisivos son resultantes del uso de violencia o intimidación. En estos casos la conducta puede ser constitutiva de un delito de amenazas, coacciones o incluso de detenciones ilegales. El delito de trata exige que la violencia o intimidación, como medio comisivo despliegue una entidad suficiente como para anular o limitar seriamente la libertad de acción y decisión de la personas. De acuerdo con las reglas generales, en estos supuestos, tanto el delito de amenazas como el de coacciones quedarían consumidos en la acción típica de la trata, en virtud del principio de absorción.

Durante la captación y recepción se utilizan normalmente medios especialmente violentos o intimidatorios siendo posible lesionar o poner en peligro bienes jurídicos de primer orden como la salud o la vida, así como su libertad ambulatoria. La violencia como medio comisivo no es necesario que se traduzca en lesiones ni en una conducta atentatoria de la libertad ambulatoria que deba calificarse como detención ilegal. Por ese motivo, cuando se produzca una situación de privación física de la libertad de la víctima, impidiéndole decidir sobre el lugar donde desea

permanecer o a dónde dirigirse, extendiéndose dicha privación durante un período mínimamente relevante deberá apreciarse la concurrencia del delito de trata de seres humanos con el delito de detención ilegal. Así, si la víctima es retenida, impidiéndole ir libremente a donde quiera, mediante amenazas, retención de documentación de identidad y sometiéndola a constante vigilancia existirá un concurso ideal entre el delito de trata y el delito de detención ilegal del art. 163 por excederse de lo necesario para la comisión del delito de trata de seres humanos. Por el contrario, cuando la privación de libertad ambulatoria sea fugaz o la estrictamente necesaria para la comisión del delito de trata será absorbida por el delito de trata de personas.

En segundo lugar, durante el traslado pero también durante la captación o la recepción, puede afectarse a la vida o salud de las víctimas. En estos casos debe tenerse en especial consideración la agravación prevista en el 177 bis CP referente a la puesta en grave peligro de la víctima con ocasión de la trata, lo que puede generar situaciones concursales especialmente problemáticas.

Si la víctima fallece con ocasión de la trata de personas, la pena a imponer será la resultante de apreciar el delito de trata de seres humanos en su tipo básico en concurso ideal con el correspondiente delito de homicidio. A pesar de lo dispuesto en la regla concursal específica, las reglas generales de concurrencia del delito de peligro en relación con el delito de lesión, impiden apreciar la agravante de puesta en grave peligro para la vida al quedar absorbida esa puesta en peligro por el delito de lesión, en este caso el de homicidio doloso o imprudente<sup>833</sup>. Lo mismo puede mantenerse en relación con las posibles lesiones ocasionadas. En este mismo sentido, se pronuncia la FGE<sup>834</sup> al determinar que si se produce la muerte o graves lesiones de la víctima no será de aplicación esta circunstancia calificadora lo cual supondría valorar dos veces la misma circunstancia, sino el tipo básico de trata en concurso ideal con correspondiente delito de resultado.

Sin embargo, con ocasión de la comisión del delito de trata de personas es posible la perpetración de otra serie de delitos no inherentes al delito de trata, como puede ser el tráfico de drogas o la falsificación de documentos de identidad. En este sentido, si el tratante ha facilitado drogas a la víctima de trata o la utiliza para que la traslade o bien aprovecha el traslado de las víctimas de trata para trasladar la droga será posible apreciar un concurso medial con el delito de tráfico de drogas del art. 368 CP, procediendo la misma solución concursal cuando a la víctima se le facilita documentación falsa.

---

<sup>833</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el derecho internacional*, op.cit., p.456.

<sup>834</sup> FGE, *Circular 5/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración*, p.27

Atendiendo al bien jurídico protegido identificado de forma mayoritaria con la dignidad de las personas, es posible encontrarnos también ante un delito contra la integridad moral. Si se mantiene que es precisamente la integridad moral el bien jurídico protegido en la trata de personas, corresponderá aplicar las reglas del concurso aparente de normas siendo aplicable el delito de trata de personas en virtud del principio de especialidad. Sin embargo, si la dignidad se separa completamente de la integridad moral, algo relativamente complicado debido a la interpretación que se realiza de este último bien jurídico, cabría apreciar un delito contra ésta cuando concurren los requisitos exigidos por el tipo penal<sup>835</sup>.

Por último y sin entrar en cuestiones ya analizadas en otros apartados de esta tesis<sup>836</sup>, el subtipo agravado del apartado sexto del art. 177 bis CP referido a la pertenencia del culpable a una organización o asociación, incluso transitoria, que se dedique a tales actividades, puede entrar en conflicto con el delito de asociación ilícita u organización criminal. Al ser el delito de pertenencia a organización criminal un delito en el que se sanciona la agrupación de una pluralidad de personas con la finalidad de cometer delitos, no es necesario para la consumación del delito que se haya cometido la actividad delictiva inicialmente prevista. En presencia de una organización o asociación que tenga como finalidad cometer los delitos de trata pero que no ha iniciado su actividad delictiva deberá aplicarse el art. 570 bis y no el subtipo agravado, dada la imposibilidad de sancionar de forma agravada el delito de trata por pertenencia a una organización o asociación si la trata no se ha ejecutado. Sin embargo debe tenerse en cuenta la punibilidad de los actos preparatorios del delito de trata de seres humanos que puede desplazar el delito de organización criminal como consecuencia del elevado marco penal previsto en el delito de trata de seres humanos que puede desplazar a éste como consecuencia del principio de alternatividad<sup>837</sup>.

Por el contrario, cuando ya se ha iniciado la actividad delictiva en el seno de una organización criminal la punición del delito de pertenencia a organización criminal carece de sentido cuando existe un subtipo agravado de esta naturaleza en el tipo penal concreto. Así, cuando una organización cuya finalidad es la comisión de los delitos de trata ha dado comienzo a su actividad delictiva, realizando el sujeto o sujetos que pertenecen a ella a actos típicos de trata debería aplicarse en exclusiva el supuesto agravado, al encontrarnos ante un concurso de normas que de forma general se resolvería de acuerdo con el principio de especialidad, al considerar que los tipos

---

<sup>835</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el derecho internacional*, op.cit., p. 480

<sup>836</sup> Vid. Capítulo IV, pp. 266 y ss.

<sup>837</sup> El apartado 3 del art. 570 bis establece “ *Se impondrán en su mitad superior las penas respectivamente previstas en este artículo si los delitos fueren contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexual o la trata de seres humanos*”.



cualificados son ley especial frente al régimen general de los arts. 570 bis y ter<sup>838</sup>, aunque la cláusula concursal del art. 570 quáter in fine se remite de forma expresa y directa al criterio de la alternatividad para solucionar el concurso de normas en estos supuestos, imponiéndose el tipo penal con una pena mayor.

Como el art. 177 bis 6 CP se trata de un subtipo agravado que comprende no sólo la pertenencia a organización criminal sino también al grupo criminal, no sólo puede producirse un conflicto de normas en relación con el art. 570 bis CP, sino también con el 570 ter CP. Por ese motivo, la resolución de este conflicto viene dada por el principio de especialidad en los mismos términos, siendo aplicable el subtipo agravado en detrimento del régimen punitivo general previsto para los grupos criminales. Esto implica la previsión de una misma pena cuando el culpable pertenece a una organización criminal que cuando pertenece a un grupo criminal.

Por último, estaremos ante un concurso de delitos cuando la organización a la que pertenece el autor del hecho, se dedicare a "otras actividades", además de la contemplada en el tipo agravado imputado al autor. Si la organización criminal, tiene como finalidad la comisión de otros delitos que incluyen no sólo aquél que ha servido de fundamento a la aplicación del subtipo agravado, sino también otros distintos, la condena también, por los delitos previstos en los arts. 570 bis o 570 ter CP, no conculcaría este principio, en aquellos supuestos, mayoritarios, en los que al describir el subtipo agravado, el Legislador se refiere a organizaciones, asociaciones o grupos criminales "que se dedicaren a tales actividades", pues el desvalor de una organización más compleja, dedicada también a otro tipo de actividades delictivas, no quedaría incluido en ésta agravación.

### **3. El delito de trata de seres humanos y los delitos de explotación posterior**

Además de la finalidad de explotación laboral, tal y como se conceptualizará con posterioridad, una de las finalidades de trata de personas puede ser precisamente el ejercicio de actividades delictivas, así como el matrimonio forzado. Por tanto, de producirse la trata de personas y la posterior perpetración de delitos por parte de la víctima, queda claro que el delito de trata de personas concurrirá con la inducción o autoría mediata del tratante en el delito obligado a cometer a la víctima.

---

<sup>838</sup> En el mismo sentido, la Circular 1/2002, de 19 de febrero de, de la Fiscalía General del Estado, frente al problema concursal planteado entre el art. 318 bis. 5 y el 515 Cp.

### 3.1. Explotación laboral

La denominada trata laboral del art. 177.1. a) bis CP es aquella cuya finalidad es la imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o la servidumbre, así como prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad.

La finalidad de esta modalidad de trata se circunscribe únicamente a estas formas graves de explotación y no a cualquier tipo de explotación laboral derivada de la imposición de condiciones laborales manifiestamente ilegales<sup>839</sup>. Sin embargo, nuestro ordenamiento penal se caracteriza por no otorgar una respuesta específica a estas graves formas de explotación de la persona. Por consiguiente, cuando a la víctima de trata de seres humanos se le impongan efectivamente trabajos o servicios forzados, prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre, se la reduzca a esclavitud o a mendicidad, deberá acudir a los genéricos delitos contra los trabajadores para sancionar estas conductas, en cuanto estos recogen como conductas típicas, entre otras, la imposición de condiciones laborales contraviniendo la legislación laboral, implicando la esclavitud y el trabajo forzado condiciones manifiestamente ilegales. Sin embargo, los delitos contra los derechos de los trabajadores no plasman el desvalor total de estas graves conductas consistentes en someter a esclavitud a una persona<sup>840</sup>.

En cualquier caso no debe olvidarse que cuando la finalidad perseguida sea meramente la explotación laboral mediante la imposición de condiciones laborales ilegales que no puedan alcanzar la calificación de trabajo forzoso, esclavitud o prácticas similares, no será aplicable el delito de trata de seres humanos por carecer la conducta del elemento subjetivo exigido en la trata. En este caso, nos encontraríamos ante un delito contra los derechos de los trabajadores, el previsto en el 311.1 y 3 CP ó en el art. 312.2 *in fine* CP según corresponda.

Cuando la víctima de trata de personas sea sometida a esclavitud, trabajo forzado o prácticas similares, así como a mendicidad la trata concurrirá con alguno de los delitos contra los trabajadores, principalmente, los arts. 311 y 312 CP, así como con el delito del art. 232 CP cuando se trate de menores e incapaces utilizados para mendicidad, aunque con ello no se abarque todo el desvalor de la acción. En el Título XV CP que recoge los delitos contra los derechos de los trabajadores que tipifican una serie de conductas que de forma más o menos intensa pueden verse relacionadas con el delito de trata de seres humanos y que será necesario analizar mínimamente.

---

<sup>839</sup> Vid. POMARES CINTAS, *El derecho penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, op.cit., p.136.

<sup>840</sup> En este sentido, IGLESIA SKULJ, *Trata de mujeres con fines de explotación sexual. Análisis político-criminal del Código penal*, op.cit. p. 265; VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el derecho internacional*, op.cit., p. 479.

Paradójicamente estos delitos contra los derechos de los trabajadores utilizados para sancionar la explotación de la víctima de trata tienen previsto un marco penológico muy inferior al fijado en el delito de trata. Se castiga con mayor pena la captación, traslado o recepción de personas con la finalidad de explotación mediante el uso de una serie de medios comisivos (violencia, intimidación, engaño o abuso) que el sometimiento efectivo a esclavitud, trabajos forzados o prácticas similares, como consecuencia de la ausencia de un tratamiento penal específico de estas formas de explotación.

### **3.1.1. Delito de tráfico ilegal de mano de obra (art. 312.1 CP)**

En primer lugar, el art. 312. 1 CP recoge el delito de tráfico ilegal de mano de obra estableciendo una pena de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses para aquellos que trafiquen de manera ilegal con mano de obra.

El bien jurídico protegido en este delito es plural al identificarse con el interés estatal en controlar el mercado laboral y la protección de los derechos de los trabajadores como colectivo<sup>841</sup>.

A diferencia de lo que a primera vista pudiese parecer este delito no entra en conflicto con el delito de trata de seres humanos, ya que en este precepto el tráfico no se entiende como traslado de trabajadores de un país a otro país, sino que éste incluye dos modalidades delictivas relacionadas con la función de intermediación laboral. Por un lado, la colocación de trabajadores al margen de los mecanismos legales y, por otro lado, la cesión ilegal de mano de obra.

De acuerdo con la normativa laboral la contratación del trabajador debe realizarse o bien directamente por el empresario o bien con la intermediación del Servicio Público de Empleo u otras agencias privadas de colocación<sup>842</sup> debidamente autorizadas, así como indirectamente a través de las ETTs.

En primer lugar, la colocación del trabajador al margen de los mecanismos legales se produce cuando el trabajador es captado fuera de los servicios legales

---

<sup>841</sup> Vid. ORTUBAY FUENTE, Miriam, *La tutela penal de las condiciones de trabajo: un estudio del art. 311 del Código penal*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2000, p. 196; DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, op.cit., p. 277. PÉREZ MANZANO, Mercedes, “Los delitos contra los derechos de los trabajadores” en *Relaciones laborales*, núm.3, 1997, p. 29.

<sup>842</sup> El RD 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación, las define como entidades públicas o privadas, con o sin ánimo de lucro, que, en coordinación y, en su caso, colaboración con el servicio público de empleo correspondiente, realicen actividades de intermediación laboral que tengan como finalidad proporcionar a las personas trabajadoras un empleo adecuado a sus características y facilitar a los empleadores las personas trabajadoras más apropiadas a sus requerimientos y necesidades.

previstos para ello, con la finalidad de que presten servicios a un tercero. A efectos del delito que aquí nos ocupa, será considerado tráfico ilegal de mano de obra la colocación de cualquier trabajador mediante la intermediación de una persona, física o jurídica, que no cumpla con los requisitos legalmente exigidos, especialmente que carezca de autorización administrativa para el ejercicio de la actividad o cuando solicite precio o contraprestación por los servicios prestados.

En segundo lugar, la cesión ilegal de trabajadores supone la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa. La legislación laboral autoriza únicamente a las ETT a contratar a trabajadores con la finalidad de cederlos a terceros. Cualquier cesión temporal de trabajadores fuera de estas empresas constituiría la conducta típica prevista en este delito.

Estas conductas de colocación y cesión ilegal de trabajadores suponen un incumplimiento de la normativa laboral, motivo por el cual ambas conductas están previstas como infracciones graves en la RD Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (en adelante, LISOS). En este sentido, el ejercicio de actividades de intermediación laboral con la finalidad de colocación de los trabajadores sin la preceptiva autorización o la solicitud de precio a los trabajadores es una infracción muy grave (art. 16.1 LISOS). La misma calificación merece la cesión de trabajadores en los términos prohibidos por la legislación vigente (art. 8.2 LISOS).

Por consiguiente, la calificación como delito de estas conductas exige no sólo el incumplimiento de la normativa laboral sino un plus de lesividad. Este plus lo identifica la jurisprudencia en la puesta en peligro de los derechos laborales de los trabajadores, exigiendo que el tráfico ilegal suponga la explotación de los trabajadores cedidos o colocados. Si se considerase que el precepto penal tiene como bien jurídico protegido solamente el orden del mercado laboral toda cesión ilegal sería típica sin necesidad de que se produjese ningún tipo de perjuicio para el trabajador, esto supondría la imposibilidad de diferenciar entre la infracción administrativa y el delito. Pero en el precepto se tutelan además los derechos de los trabajadores, siendo exigible que la conducta consista en un tráfico de trabajadores calificado como ilegal, en cuanto debe ser contrario a la normativa laboral, y que además se produzca una explotación de los trabajadores cedidos o colocados y por tanto una vulneración de sus derechos laborales. En este sentido, la STS de 10 de marzo de 2005<sup>843</sup> exige que el tráfico sea ilegal y que éste implique la supresión o perjuicio de los derechos de los

---

<sup>843</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 321/2005, de 10 de marzo, F.J. 2º (Ponente: Carlos Granados Pérez), [ROJ: STS 1503/2005] in fiere del epígrafe del título en el que se inserta el delito que el bien jurídico protegido está constituido por un conjunto de intereses concretos y generales que protegen la indemnidad de la propia relación laboral mediante la sanción de conductas que atentan contra los derechos y condiciones laborales de los trabajadores, con independencia de que el contrato de trabajo sea válido o nulo y abstracción hecha de que el trabajador esté en situación legal o sea un inmigrante ilegal.

trabajadores, convirtiéndose la explotación de trabajadores en el elemento esencial de la conducta<sup>844</sup>.

### ***3.1.2. Delito de recluta de trabajadores (art. 312. 2 primer inciso CP)***

La recluta falsa de trabajadores, prevista en el art. 312.2 primer inciso CP sanciona con pena de dos a cinco años de prisión a quienes recluten a personas o las determinen a abandonar su puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas.

Se trata de un tipo penal alternativo en el que se prevén dos modalidades típicas, la recluta y la determinación a abandonar el puesto de trabajo. Mientras que el término reclutar se refiere a lograr la aceptación del trabajador para desempeñar el trabajo, la determinación se identifica con la toma de una resolución, en este caso, la resolución de abandonar su puesto de trabajo para incorporarse a otro, haciendo surgir el sujeto activo en otro la idea que le conduce a adoptar una decisión perjudicial para sus derechos.

El hecho punible consiste en la utilización del engaño o falseamiento de la verdad para lograr la captación de un nuevo trabajador, con independencia de que éste se encontrase trabajando con anterioridad o no, así como del lugar en el que se encuentre y su nacionalidad. Si mediante el engaño o falseamiento se logra que el trabajador abandone un trabajo previo nos encontraremos ante la segunda de las conductas, mientras que si el trabajador no se encontraba en situación activa con anterioridad pero acepta el nuevo puesto de trabajo ofrecido nos encontramos ante la primera de las conductas, consistente en el reclutamiento. Con la tipificación del reclutamiento hubiese sido suficiente, pues en el término es posible incluir sin necesidad de forzar el lenguaje tanto la captación de quien abandona su puesto de trabajo como la del desempleado que carece de esa relación laboral previa.

El engaño o falsedad puede recaer sobre la existencia misma del puesto de trabajo o sobre cualquier condición esencial de éste. Su similitud con el delito de estafa exige que el engaño sea suficiente e idóneo para causar error en la voluntad del trabajador y que sea determinante para su captación o para la finalización de la relación laboral previa. Las afirmaciones engañosas o falsas deben tener entidad suficiente para que el trabajador decida acceder al ofrecimiento. La consumación del delito en el caso de recluta se produce cuando el trabajador acepta efectivamente el empleo ofrecido, con independencia de que se produzca o no la contratación del trabajador, puesto que en caso de inexistencia del puesto de trabajo nunca llegaría a

---

<sup>844</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 995/2000, de 30 de junio, F.J. 4º (Ponente: Joaquín Giménez García), [ROJ: STS 5351/2000].

consumarse el delito por la inexistencia del propio trabajo ofrecido. Mientras que en el caso de la determinación la consumación se produce cuando el trabajador abandona el puesto de trabajo que venía ocupando.

Nos encontramos ante una figura penal que presenta como objeto de protección el buen funcionamiento del mercado laboral y los derechos de los trabajadores en su esfera colectiva. Más allá de un atentado a la dignidad de la persona, la prohibición se aproxima al delito de estafa, al descansar en la oferta falsa de trabajo o con unas condiciones que no existen sin llegar a exigirse en el tipo penal que se explote a los trabajadores de forma abusiva y en contra de su voluntad.

El delito de recluta o captación de trabajadores mediante engaño recuerda en su estructura a la trata de personas, pues si bien el art. 312.2 primer inciso no se refiere a ninguna finalidad posterior de explotación sí es posible que ésta concurra, motivo por el cual podremos encontrarnos ante un delito de trata de seres humanos. Por tanto, cuando la recluta del trabajador a través de una oferta de trabajo falsa o engañosa, por tanto, mediante engaño, tenga como finalidad su explotación laboral en alguna de las modalidades especialmente graves exigidas por la trata de personas, el concurso de leyes entre ambos es inevitable. Mientras que cuando no sea posible acreditar la existencia de la finalidad de explotación de la víctima será sin duda posible su aplicación, cuando la captación se haya realizado mediante engaño.

De acuerdo con el art. 8 CP, el art. 177 bis CP absorbe el desvalor de la conducta del contenida en el 312.2 CP, por lo que será aplicable de forma preferente el art. 177 bis CP. En efecto, al sancionarse a través de la trata la lesión de la dignidad humana y la puesta en peligro de los derechos laborales, se desvalora la afección que se produce a los derechos laborales del trabajador. Respecto a la afección al buen funcionamiento del mercado laboral que también se ve afectado por la conducta descrita, puede entenderse que por sí sola no merece un reproche penal, por lo que la posibilidad de establecer un concurso de delitos entre el 312.2.1 CP y el 177 bis CP se desvanece. Circunstancia que no impide que se activen las correspondientes normas del derecho laboral para sancionar el incumplimiento de las reglas que presiden la contratación y colocación de trabajadores<sup>845</sup>.

---

<sup>845</sup> En este sentido, DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto, *El delito de trata de personas*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013..

### ***3.1.3. Contratación de extranjeros sin autorización de trabajo***

Al clásico delito de imposición de condiciones laborales contrarias al régimen legalmente establecido, se añade en virtud de la Ley Orgánica 7/2012<sup>846</sup>, una nueva conducta típica en el art. 311.2º CP consistente en dar ***ocupación simultáneamente a una pluralidad de trabajadores sin comunicar su alta en el régimen de la Seguridad Social que corresponda o, en su caso, sin haber obtenido la correspondiente autorización de trabajo, siempre que el número de trabajadores afectados sea al menos de: a) el veinticinco por ciento, en las empresas o centros de trabajo que ocupen a más de cien trabajadores b) el cincuenta por ciento, en las empresas o centros de trabajo que ocupen a más de diez trabajadores y no más de cien, o c) la totalidad de los mismos, en las empresas o centros de trabajo que ocupen a más de cinco y no más de diez trabajadores.***

La contratación de trabajadores sin ser dados de alta en la Seguridad social puede dar lugar a la aplicación del tipo penal contemplado en el apartado 1 del art. 311 CP al implicar una imposición de condiciones que perjudican o suprimen sus derechos. Mientras que la contratación de ciudadanos extranjeros sin autorización de trabajo podría ser incluida en el tipo penal contemplado en el art. 312.2 *in fine* CP siempre y cuando se verifique que los derechos de estos trabajadores, legalmente reconocidos se hayan visto perjudicados o suprimidos. No obstante, entre estos preceptos y las nuevas conductas delictivas introducidas en el art. 311. 2ª CP se produce una importante diferencia. En relación con los trabajadores nacionales y extranjeros regulares no será necesario que la restricción de derechos sea consecuencia de la utilización de engaño o abuso de necesidad, elementos que sí exige el art. 311.1 CP, así como en relación con los ciudadanos extranjeros sin permiso de trabajo no será ahora necesario que se acredite la imposición de condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidas por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual. Será suficiente, en ambos casos, con que se cumplan los requisitos exigidos en el nuevo tipo penal relacionados con el peso que estos trabajadores tienen en el número total de empleados de la empresa.

Lo que parece claro es que en el tipo penal se sanciona la mera contratación de trabajadores extranjeros sin la correspondiente autorización para trabajar, en los casos de que ésta sea exigible por la legislación de extranjería, así como la contratación de nacionales o extranjeros con autorización laboral sin ser dados de alta en el correspondiente régimen de la Seguridad social, sin necesidad de que se produzca una situación de explotación ni unos concretos medios comisivos.

---

<sup>846</sup> LO 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social.

La contratación de trabajadores en estos términos se había caracterizado hasta ahora por ser constitutiva de una infracción administrativa. Estas conductas están previstas como infracciones muy graves en el art. 54.1. d) de la LODYLE<sup>847</sup>, constituyendo a su vez una infracción grave para el extranjero que se encuentre trabajando en España sin haber obtenido la autorización de trabajo cuando no cuente con autorización de residencia válida (art. 53.1.b) LODYLE). En el mismo sentido el art. 37.1 de la LISOS considera como infracción muy grave la utilización por parte del empresario de extranjeros que no hayan obtenido previamente la autorización de residencia y trabajo, incurriendo en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados, asimismo igual calificación tendrá para los extranjeros el ejercicio de cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia, sin haber obtenido el preceptivo permiso de trabajo, o no haberlo renovado. El art 22 de la LISOS recoge como infracciones graves la no afiliación inicial o alta de trabajadores en la seguridad social. Por consiguiente, desde el ámbito sancionador administrativo se da respuesta a estos casos de forma amplia y múltiple, generándose entre ellos dificultades de aplicación como consecuencia de la concurrencia normativa.

Ahora el Legislador ha decidido introducir estas conductas en el ordenamiento penal, dificultando todavía más el marco sancionador existente. La sanción penal se hace depender de un determinado número de trabajadores ocupados y afectados, permitiendo la imposición de una pena máxima de seis años. La diferencia, por tanto, establecida entre infracción administrativa y delito penal es de carácter cuantitativo, basada en el número de trabajadores contratados simultáneamente en estas condiciones. Mientras que se incurriría en una infracción por cada uno de los trabajadores contratados.

Si tanto la legislación de extranjería como la legislación laboral prevén la conducta consistente en la contratación irregular por ausencia de permiso de trabajo como infracción administrativa muy grave, la inclusión de esta conducta en el Código Penal necesitaría de un plus de lesividad para justificar el reproche penal de la conducta. De otra forma nos encontraríamos ante un claro ejemplo de criminalización de ilícitos administrativos.

En la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 7/2012 el Legislador justifica la introducción de este nuevo tipo penal en la negación de derechos que en materia de seguridad social les corresponden a los trabajadores durante el período de tiempo por el que prestan sus servicios, así como en una clara existencia de competencia desleal, al producirse los bienes y servicios a un coste laboral muy inferior en relación con los

---

<sup>847</sup> La contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo la correspondiente autorización de residencia y trabajo, incurriéndose en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados, siempre que el hecho no constituya delito.



empresarios que cumplen con las obligaciones legales. Si bien no le falta razón en este sentido al Legislador, estos perjuicios no pueden justificar por sí mismos el reproche penal de estas conductas si atendemos a los principios fundamentales del Derecho penal de intervención mínima y proporcionalidad, y mucho menos, si la gravedad de la conducta se fundamenta únicamente en el número de trabajadores contratados. La inclusión de este nuevo apartado en el precepto viene a corroborar la clara expansión del Derecho penal a ámbitos propios del derecho administrativo sancionador, que se exaspera cuando la conducta se refiere a extranjeros en situación irregular.

El control de la política migratoria y la lucha contra la inmigración irregular es uno de los ámbitos en los que el Legislador no ha querido dejar pasar la oportunidad de actuar mediante el ordenamiento penal. Junto al tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina y otras previsiones legales directamente relacionadas con la inmigración irregular como la expulsión judicial de extranjeros del art. 89 CP, se añade ahora un nuevo delito como es la contratación de extranjeros sin autorización de trabajo en un intento de criminalizar cualquier conducta que pueda ayudar o favorecer el mantenimiento de flujos migratorios de carácter irregular, obviando las dramáticas circunstancias que rodean en muchos casos la inmigración irregular. El Derecho penal se ha convertido en un instrumento más de la política migratoria, claramente sobrevalorado por el Legislador y la ciudadanía, pues su eficacia para la resolución de problemas sistémicos es limitada.

Llama la atención que el Legislador no se haya escudado en disposiciones europeas para justificar la reforma cuando la Directiva 2009/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de junio, por la que establecen normas mínimas sobre sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular, parece ser el origen, al menos en parte, de esta nueva reforma penal. Esta Directiva establece la prohibición general de contratar a trabajadores irregulares con el claro objetivo de luchar contra la inmigración clandestina que puede verse favorecida por la posibilidad de trabajar una vez alcanzado el país de destino. En el ámbito penal se prevé que los Estados miembros velen porque la infracción de esta prohibición si es intencionada, constituya delito cuando se trate de una infracción continua o reiterada de modo persistente, cuando la infracción se refiera al empleo simultáneo de un número importante de nacionales de un tercer país en situación irregular, cuando la infracción se acompañe de unas condiciones laborales particularmente abusivas, cuando el autor de la infracción es un empleador que, sin haber sido acusado o condenado por un delito establecido en virtud de la Decisión Marco 2002/629/JAI, hace uso del trabajo o los servicios de un nacional de un tercer país en situación irregular, sabiendo que esa persona es víctima de la trata de seres humanos, y, finalmente, cuando la infracción se refiere al empleo ilegal de un menor. Mediante la reforma de 2012 se introduce la segunda de las conductas previstas en la

Directiva<sup>848</sup> con una pena que a todas luces parece desproporcionada, pues se equipara a la prevista para la imposición de condiciones laborales ilegales mediando engaño o abuso de la situación de necesidad e incluso tiene una pena máxima superior a la prevista en el art. 312.2 *in fine* CP en los casos de contratación de ciudadanos extranjeros cuando vaya acompañada de una situación de explotación.

En este nuevo delito no hay referencia a ningún interés individual, se trata de conductas que no ponen en peligro el libre desarrollo del individuo por lo que su lesividad es discutible, existiendo en el ordenamiento medios más adecuados de salvaguardar esta función estatal.

La conducta de contratación de extranjeros sin autorización se equipara en el tipo penal a la contratación de ciudadanos nacionales o extranjeros con permiso de trabajo sin proceder a su correspondiente alta la seguridad social, ambas conductas no son equiparables en términos de lesividad. Existe entre ambas una clara diferencia consistente en el hecho de que en la primera es el empresario el que mediante su conducta decide no dar de alta a los trabajadores incumpliendo la normativa en materia de seguridad y privando de una serie de derechos a los trabajadores, mientras que en la segunda es la propia legislación la que impide a éstos su incorporación al sistema de la seguridad social. La propia legislación laboral diferencia entre los trabajadores regulares e irregulares en relación con algunos derechos<sup>849</sup>. Por ese motivo, la condición de trabajador extranjero sin permiso de trabajo supondrá en todo caso la imposibilidad de éste de disfrutar de todos los derechos reconocidos con carácter general a los trabajadores nacionales o extranjeros regulares. No debería imputarse al empleador la restricción de determinados derechos a los trabajadores que contrate sin autorización de trabajo, pues es resultado de la existencia de impedimentos legales derivados tanto de la legislación de extranjería como de la legislación en materia de seguridad social.

Por consiguiente, la vulneración de derechos durante el período disfrutado de los derechos en materia de seguridad a los que se refiere el Legislador en la exposición de motivos es en último término consecuencia del sistema legalmente establecido y no de una decisión del empresario, que únicamente se circunscribe a la voluntad de contratar a un extranjero sin permiso de trabajo.

---

<sup>848</sup> El anteproyecto de reforma CP de 2013 prevé la introducción de un nuevo tipo penal en el art. 311 bis cuyas conductas típicas son precisamente la contratación reiterada de ciudadanos extranjeros sin permiso de trabajo y el empleo de un menor de edad que carezca de permiso de trabajo. Las penas previstas para este delito son de tres a 18 meses de prisión o multa de 12 a 30 meses, salvo que los hechos estén castigados con una pena más grave en otro precepto del Código penal.

<sup>849</sup> POMARES CINTAS, Esther, *El derecho penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p.115.

La discusión doctrinal mantenida en relación con el art. 312.2 *in fine* sobre la legitimidad de una norma penal que sancione meramente la contratación irregular, sin que ésta implique explotación, vuelve a la actualidad. No le corresponde al Derecho penal proteger unos derechos que el ordenamiento laboral no le reconoce al sujeto pasivo, por lo que la política migratoria parece nuevamente en este delito, al igual que en art. 318 bis CP, el objeto de protección y de forma secundaria la competitividad leal en el mercado laboral.

Además, ni siquiera en la conducta típica consistente en la no incorporación al sistema de la seguridad social de trabajadores puede encontrarse una referencia individual, pues el plus de lesividad no se identifica con la protección de sus derechos. Si la protección de los trabajadores fuera el *leitmotiv* de este tipo penal por considerar que la conducta atenta contra sus derechos debería preverse un delito por cada trabajador contratado en estas condiciones con independencia del número de trabajadores simultáneamente contratados por la empresa.

### ***3.1.4. Delito de imposición de condiciones laborales (art. 311 y 312.2 in fine CP)***

El art. 311. 1º CP sanciona con penas de prisión de seis meses a seis años y multa de seis a doce meses a los que, *mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual*. Al que se añade una tipo autónomo aplicable cuando las condiciones ilícitas se impone con violencia o intimidación al que le corresponde una pena superior en grado<sup>850</sup>. Mientras que el art. 312.2. *in fine* sanciona con prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses a quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual.

Procede hacer referencia de forma conjunta a ambos delitos por las grandes similitudes entre ellos. Las conductas típicas contempladas en el art. 311. 1 y 312.2 *in fine* CP son esencialmente coincidentes, ambas consisten en la imposición de condiciones laborales que perjudican, suprimen o restringen los derechos que los trabajadores tienen reconocidos legalmente.

La diferencia entre ambos delitos se sustenta en que el primero exige que la imposición de las condiciones ilegales se lleve a cabo a través de una serie de medios

---

<sup>850</sup> POMARES CINTAS, *El derecho penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, op.cit., p.76.

comisivos, como el *engaño o abuso de situación de necesidad*, mientras que en el art. 312.2 *in fine* CP estos medios desaparecen identificando al sujeto pasivo del delito con un ciudadano extranjero sin permiso de trabajo. Además, el art. 311.1º CP hace referencia no sólo a las condiciones laborales sino a las condiciones de seguridad social a las que no se refiere el subsiguiente precepto. Atendiendo a que el sujeto pasivo del delito es un ciudadano extranjero sin permiso de trabajo y acudiendo a la legislación extrapenal en materia de seguridad social es lógica la omisión, pues los derechos reconocidos a los extranjeros sin permiso de trabajo en materia de seguridad social son muy limitados.

El art. 312. 2 *in fine* CP ha sido fuertemente criticado por la doctrina por suponer una reiteración innecesaria de conductas, siendo posible su subsunción en el art. 311. 1 CP. Su inclusión como delito autónomo puede encontrarse en la voluntad de clarificar que los extranjeros sin permiso de trabajo son titulares del derecho al trabajo y deben ser protegidos ante posibles vulneraciones de los derechos laborales, poniendo fin a la interpretación que parte de la doctrina y de los tribunales mantuvieron en relación con el anterior art. 499 bis de Código Penal de 1973 cuya redacción era muy similar a la del actual art. 311.1 CP. Inicialmente, se mantuvo que los inmigrantes irregulares no eran titulares del derecho al trabajo y, por tanto, sus derechos laborales no podían ser vulnerados. Fue el TS el encargado de poner fin a esta tesis al considerar que si bien es cierto que en *el artículo 35 de la Constitución española no se pueden incluir a los inmigrantes irregulares, también es cierto que este derecho se ejercita sólo frente a los poderes públicos no pudiendo alegarse como mecanismo de impunidad frente a quienes contratan a tales inmigrantes conscientes de su situación*. Cuando un particular, de forma consciente y voluntaria contrata a un inmigrante irregular, no por ello, puede imponerle condiciones claramente atentatorias contra la dignidad humana basándose en que éste no es titular de derecho al trabajo<sup>851</sup>.

Tradicionalmente se ha mantenido que los ciudadanos extranjeros sin permiso de trabajo son objeto de una mayor protección penal, al no exigir el tipo penal que las condiciones laborales sean impuestas mediante engaño o abuso de la situación de necesidad, por lo que la mera contratación de los mismos en condiciones ilegales determinaría la presencia de la conducta típica. Esta diferencia, se veía agravada antes de la reforma penal de 2012 por la existencia de un marco punitivo claramente diferenciado. El art. 311. 1 CP preveía unas penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses, mientras que las previstas en el 312.2 *in fine* iban de dos a cinco años de prisión y multa de seis a doce meses. Estos rasgos diferenciadores llevaban a interpretar que en el art. 312.2 *in fine* CP existía una presunción legal por la cual se consideraba que los trabajadores que carecen del permiso para trabajar se

---

<sup>851</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 995/2000, de 30 de junio, F.J. 4º (Ponente: Joaquín Giménez García), [ROJ: STS 5351/2000].

encuentran en una situación de necesidad y precariedad de tal envergadura que obligaba a considerarlos como personas más vulnerables ante posibles abusos o situaciones de explotación<sup>852</sup>, o bien que se producía el abuso de la situación de superioridad en la que se encuentra el empresario<sup>853</sup>. La ausencia de autorización para trabajar coloca al sujeto en una situación de necesidad de la que abusa quien lo contrata. No obstante, si ello es así, no se entiende, a no ser que sea por un olvido, que el Legislador tras la reforma de 2012 no haya al menos procedido a una equiparación de las penas para ambos delitos, pues el art. 311 CP tiene prevista ahora una pena máxima de hasta seis años.

Los derechos que deben perjudicarse o suprimirse son los reconocidos en disposiciones legales, convenios colectivos o en el contrato de trabajo. Se introduce una ley penal en blanco que remite a la legislación laboral y a las demás fuentes de la relación laboral que están establecidas en el art. 3 del Estatuto de los trabajadores, para determinar los derechos objeto de protección. Mientras que la mención que el Código Penal hace a las disposiciones legales y a los convenios colectivos no ha sido objeto de debate por parte de la doctrina puesto que se considera que el Derecho penal pretende prevenir las posibles restricciones de los derechos laborales más esenciales para los trabajadores; la mención que el precepto realiza al contrato individual ha sido una cuestión controvertida en cuanto se ha puesto en duda la posibilidad de proteger, tal y como literalmente parece establecer el precepto, todos los derechos reconocidos en el contrato individual.

Si los derechos reconocidos en el contrato son los mismos que reconoce la ley y el convenio colectivo, la mención a él carece de relevancia. Si en el contrato se imponen un condiciones inferiores a las legal y convencionalmente reconocidas éstas deberán considerarse nulas por ser contrarias a la ley (art. 3.1 ET), no siendo necesaria en este caso la mención al contrato porque la imposición de estas condiciones entraría ya dentro del ámbito del precepto penal por ser contrarias a disposiciones legales o a los convenios colectivos. La referencia al contrato de trabajo sólo tiene sentido si en él se reconocen unas condiciones y derechos laborales que mejoren las establecidas en la ley y el convenio que regula el sector laboral correspondiente. Esta interpretación no ha sido aceptada ni por la doctrina ni por la jurisprudencia pues conllevaría transformar el ordenamiento penal en el encargado de tutelar los incumplimientos contractuales, criminalizando estas conductas. Así, determinados supuestos se considerarían delito y otros no alcanzarían tal consideración, creándose situaciones de desigualdad de acuerdo con los derechos que se reconozcan a cada trabajador en su contrato laboral. La doctrina ha interpretado que la equiparación del contrato

---

<sup>852</sup> Vid. TERRADILLOS BASOCO, Juan María, “Los delitos de tráfico ilegal de mano de obra y abuso de mano de obra extranjera”, en LAURENZO COPELLO, Patricia (coord.), en *Immigración y Derecho Penal. Bases para un debate*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 389.

<sup>853</sup> DAUNIS RODRÍGUEZ, *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*, op.cit., p. 217

individual a las disposiciones legales y convencionales lo que pretende es proteger toda relación de prestación de servicios prestados con regularidad a cambio de una remuneración económica, prescindiendo de si el contrato de trabajo es válido o nulo o tiene un objeto ilícito o no.

Ni la doctrina ni la jurisprudencia se han encargado de sistematizar cuales son las condiciones susceptibles de perjudicar, suprimir o restringir los derechos reconocidos, sino que en cada caso concreto se ha analizado si dichas condiciones presentan una entidad suficiente como para conculcar los derechos reconocidos. Es principalmente el Estatuto de los trabajadores el que recoge los derechos y obligaciones de los trabajadores en España.

Entre los derechos reconocidos destacan la no discriminación en las relaciones laborales, el salario, la igualdad de remuneración por razón de sexo, la jornada de trabajo, las horas extraordinarias o las vacaciones anuales. Por el contrario, otra serie de derechos no entran en el ámbito de aplicación del art. 312. 2 *in fine* CP como los derechos derivados de la situación de alta del extranjero en la seguridad social por no poder legalmente afiliarse a la seguridad social<sup>854</sup>, ni tampoco a aquellos derechos que la propia legislación de extranjería niega a los extranjeros sin autorización laboral<sup>855</sup>.

Según la jurisprudencia son claros ejemplos de contratación abusiva el abono de una retribución inferior al salario mínimo legal o al establecido en el convenio regulador del sector laboral, así como la imposición de una jornada laboral muy superior a la establecida legalmente, ausencia de vacaciones y períodos de descanso.

La consumación del delito tiene lugar con la contratación en las condiciones laborales que perjudican, suprimen o restringen los derechos de los extranjeros sin permiso de trabajo, no requiriéndose un efectivo perjuicio material. Asimismo se perfeccionará en el momento en que se imponen o establecen tales condiciones desfavorables para el trabajador que se ve obligado a soportarlas, sin necesidad de que éstas una vez realizadas persistan a lo largo de toda la relación laboral. Además, si tratándose de ciudadanos extranjeros sin permiso de trabajo la imposición de estas condiciones se realiza mediante el uso de violencia o intimidación el delito concurrirá con los correspondientes delitos de coacciones o detenciones ilegales, mientras que si se trata de ciudadanos españoles o extranjeros con autorización para trabajar será

---

<sup>854</sup> CARDENAL MONTRAVETA, Sergi y CARDENAL ALEMÁN, Ferrán, “El delito contra los derechos de los trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo (art. 312.2 *in fine* CP). Especial referencia a su aplicación jurisprudencial”, *Revista del Poder judicial*, núm. 66, p. 238.

<sup>855</sup> POMARES CINTAS, *El derecho penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, op.cit., p.115.

posible la apreciación del subtipo agravado del art. 311. 3 CP que prevé el uso de violencia o intimidación para imponer la pena superior en grado.

### **3.2. Explotación sexual**

El delito de trata de seres humanos concurrirá normalmente con los delitos contra la libertad sexual, especialmente los contemplados en los arts. 187, 188.2 y 189 CP, en relación con las víctimas menores de edad, y el art. 188.1 CP cuando las víctimas sean mayores de edad.

La expresión “explotación sexual” utilizada en el tipo penal de la trata de personas se caracteriza por su gran amplitud. No se limita a la prostitución ajena sino que parece remitir a cualquier tipo de finalidad con carácter sexual, sin que se haga mención al carácter forzado de dicha finalidad.

La concreta redacción del tipo penal, que introduce junto a la trata forzada y a la fraudulenta, la trata abusiva, así como la literalidad del término de “explotación sexual” puede originar una interpretación extensiva del precepto tendente a criminalizar traslados de personas con la finalidad de ejercer la prostitución consentida, de acuerdo con los discursos neo abolicionistas que presiden el ámbito internacional en esta materia. Sin embargo es necesario recordar que las conductas relacionadas con la prostitución de adultos sólo alcanzan relevancia penal cuando ésta es coactiva. La mera existencia de una situación de necesidad o de penurias económicas no puede dejar sin efecto el consentimiento de la persona para el traslado y posterior ejercicio de la prostitución, en cualquier caso sería necesario acreditar la existencia de un abuso de la misma.

No obstante, el hecho de que la libertad sexual sea un bien jurídico individual y disponible por su titular y que esta finalidad sea una más de las previstas, junto a la esclavitud o prácticas similares hace imprescindible que en cualquier caso la conducta sexual buscada deba ser forzada y no consentida por la víctima.

#### ***3.2.1. Prostitución de mayores de 18 años***

El art. 188 CP prevé una pena de prisión de dos a cuatro años y multa de 12 a 24 meses para aquel 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.

De forma unánime la doctrina y la jurisprudencia identifica el bien jurídico penalmente protegido con libertad sexual al castigarse el ejercicio de la prostitución

sin el consentimiento de quien la ejerce, mediante la utilización de violencia, intimidación, engaño o bien abusando de su situación de necesidad<sup>856</sup>. La prostitución es una actividad irrelevante para el Derecho penal cuando es ejercida libremente por la persona que la practica.

Al ser un bien jurídico individual eminentemente personal habrá tantos delitos como sujetos pasivos, no siendo posible apreciar la continuidad delictiva, a pesar de que el art. 74.3 exceptúa del delito continuado los delitos contra bienes jurídicos eminentemente personales, salvo en las infracciones contra la libertad sexual, el TS ha mantenido que la continuidad delictiva no cabe como regla general en los delitos contra la libertad sexual<sup>857</sup>.

En el art. 188 CP se sancionan con la misma pena dos conductas típicas alternativas. Por un lado, determinar a persona mayor de edad, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a ejercer la prostitución. La consumación del delito se produce cuando la víctima mantiene, al menos, una relación sexual a cambio de precio determinada por alguno de los medios, aunque ésta no es una cuestión pacífica<sup>858</sup>. Y por otro lado, mantener a la persona en el ejercicio de la prostitución mediante los mismos medios comisivos. En ambos casos se fuerza a la víctima, que no decide libremente el ejercicio de la prostitución.

No existe una definición de prostitución en la normativa penal española entendiéndose ésta generalmente como la prestación de servicios sexuales a cambio de precio<sup>859</sup>. Por consiguiente, la nota característica es la existencia de contraprestación económica. Así, la prostitución consiste en la prestación de servicios de índole sexual con tendencia a la reiteración o a la habitualidad y mediante un precio consistente generalmente en una cantidad de dinero<sup>860</sup>. Se incluyen en la prostitución otras

---

<sup>856</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 416/2004, de 2 de abril, F.J. 2º (Ponente: Enrique Bacigalupo Zapater), [ROJ: STS 2296/2004]; STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 372/2005, de 17 de marzo, F.J. 4º (Ponente: Julián Artemio Sánchez Melgar), [ROJ: STS 1704/2005]; STS (Sala Penal. Sección 1ª) núm. 15/2008, de 17 de enero, F. J. 1º, (Ponente: Manuel Marchena Gómez), [ROJ: STS 659/2008].

<sup>857</sup> Vid. STS (Sala Penal. Sección 1ª) núm. 1588/2001, de 17 de septiembre, F.J. 9º, (Ponente: Juan Artemio Sánchez Melgar), [ROJ: STS 6859/2001]; STS (Sala Penal. Sección 1ª) núm. 1171/2009, de 10 de noviembre, F.J. 4º (Ponente: Carlos Granados Pérez), [ROJ: STS 7213/2009]; STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1045/2003, de 18 de julio, F.J. 1º, (Ponente: José Ramón Soriano Soriano), [ROJ: STS 5171/2003].

<sup>858</sup> Así, la STS (Sala Penal. Sección 1ª) núm. 350/2008, 17 de junio, F.J. 2º (Ponente: Enrique Bacigalupo Zapater), [ROJ: STS 3340/2008] declara que *“el delito del art. 188.1 CP no requiere que la persona determinada haya llegado a mantener relaciones sexuales por precio. Es suficiente con haberla colocado en la posición de tener que hacerlo en situaciones en las que su necesidad es clara”*. (F. J. 2º).

<sup>859</sup> Vid. STS (Sala Penal. Sección 1ª) núm. 1905/2001, de 22 de octubre, F.J. 4º, (Ponente: José Jiménez Villarejo), [ROJ: STS 8092/2001]; STS (Sala Penal. Sección 1ª) núm. 1310/2004, 5 noviembre, F.J. 1º, (Ponente: Perfecto Agustín Andrés Ibáñez), [ROJ: STS 7142/2004].

<sup>860</sup> En algunas sentencias es posible encontrar una definición de prostitución como la prestación de servicio de índole sexual con tendencia a la reiteración o a la habitualidad y mediante un precio,



actividades de carácter sexual como la actividad de alterne o los masajes eróticos<sup>861</sup> cuando éstos oculten auténticos casos de prostitución. Por el contrario, en el término explotación sexual del art. 177 bis CP podrían incluirse otra serie de conductas sexuales como los espectáculos exhibicionistas o la pornografía que no tienen cabida en la tipificación de la determinación coactiva a la prostitución del art. 188 CP, siempre y cuando éstos sean impuestos a la víctima<sup>862</sup>.

El propio art. 188.5 CP prevé una cláusula concursal que resuelve los supuestos en los que además de realizar alguna de las conductas castigadas en el art. 188 CP se realiza alguna conducta constitutiva de abusos o agresiones sexuales. Se aplicará un concurso de delitos entre el delito de prostitución y el correspondiente de abusos o agresiones sexuales. También cuando se causen resultados lesivos para la vida o salud de la víctima, aplicándose el supuesto agravado del art. 188.4 c) si sólo se pone en peligro la vida o salud de la víctima.

Si una víctima de trata ha sido efectivamente sometida a explotación sexual obligándola a ejercer o mantenerse en la prostitución, el delito de trata entrará en conflicto con el delito del art. 188.1 CP, en los supuestos de personas mayores de edad o con el art. 188. 2 ó 3 CP, si fueran menores de dieciocho o trece años respectivamente. De la cláusula concursal *ad hoc* del art. 177 bis CP parece extraerse que cabe apreciar el concurso de delitos entre el delito de trata y los concretos delitos de explotación a los que puede ser sometida la víctima de trata. La concreta relación concursal que parece establecerse entre ambos delitos parecería la propia del concurso real de delitos, siguiendo la inicial línea del Tribunal Supremo que establecía la existencia de un concurso real de delitos entre el anterior art. 318 bis. 2 y el art. 188.1 CP.

Con anterioridad a la entrada en vigor del art. 177 bis CP el inicial Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de 24 de abril de 2007<sup>863</sup> mantenía la existencia de un concurso entre el art. 188.1 CP y el subtipo agravado previsto en el apartado 2º del 318 bis CP, subtipo agravado por la finalidad de explotación sexual perseguida,

---

generalmente consistente en una cantidad de dinero. Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 378/2011, 17 de mayo, (Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre), [ROJ: STS 3111/2011]; STS (Sala Penal. Sección 1ª) núm. 484/2007, 29 de mayo, F.J. 1º, (Ponente: Andrés Martínez Arrieta), [ROJ: STS 4019/2007]; STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1080/2006, 2 noviembre, F.J. 2º, (Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca), [ROJ: STS 7451/2006].

<sup>861</sup> STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 728/2005, de 9 de junio, F.J. 3º (Ponente: José Ramón Soriano Soriano), [ROJ: STS 3723/2005]; STS (Sala Penal. Sección 1ª) núm. 1428/2000, 23 de septiembre, F.J. 16º, (Ponente: Roberto García- Calvo Montiel), [ROJ: STS 6659/2000].

<sup>862</sup> Vid. STS (Sala Penal. Sección 1ª) núm. 651/2006, de 5 de junio, F.J. 3º, (Ponente: Julián Artemio Sánchez Melgar), [ROJ: STS 3794/2006].

<sup>863</sup> Concretamente el Acuerdo de 24 de abril de 2007 sobre concurrencia de comportamientos tipificables como constitutivos del delito del art. 188.1 y del previsto en el art. 318 bis.2 CP determina que “*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*”.

generando una línea jurisprudencial que resolvió que éste se trataba de un concurso real de delitos. Con posterioridad el Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda del TS de 26 de febrero de 2008 vino a matizar que esta relación concursal entre el anterior art. 318 bis. 2 CP y el art. 188.1 CP era la propia de la progresión delictiva, en cuanto la imposición de la prostitución materializa la intención de explotación sexual. Por ese motivo y para evitar una doble valoración de la intención de explotación se afirmaba la existencia de un concurso real entre el art. 318 bis en su tipo básico y el delito de determinación coactiva de la prostitución<sup>864</sup>. Se recogía así, lo que con anterioridad había mantenido la doctrina mayoritaria en relación con la conducta de tráfico de personas con fines de explotación sexual tipificada en el art. 188.2 CP previamente a la incorporación del art. 318 bis. 2º CP. Este tráfico era identificado por la doctrina como una tentativa, convertida en delito autónomo, de la conducta del art. 188.1 CP acudiendo al concurso de leyes en virtud del principio de consunción cuando finalmente se materializaba la explotación perseguida, al quedar consumida la finalidad de explotación con la posterior determinación coactiva a la prostitución<sup>865</sup>.

La cláusula concursal *ad hoc* parece venir a confirmar el Acuerdo del Pleno de 2007 y la jurisprudencia que lo desarrolló, haciendo referencia indirecta a una acumulación de penas como consecuencia de la existencia de un concurso de delitos. Es precisamente en estos supuestos donde la cláusula concursal del art. 177 bis CP genera mayor controversia doctrinal. Fundamentándose en esta cláusula mantienen que la relación entre el delito de trata de seres humanos y el concreto delito de explotación, en este caso de determinación coactiva a la prostitución, es la propia de un concurso de delitos. La cláusula concursal vendría a impedir la consunción del delito de trata en el concreto delito de explotación obligando a penar ambas conductas delictivas.

La captación, traslado y alojamiento será relevante penalmente cuando objetivamente sean peligrosas para dignidad del sujeto pasivo. El delito se considera consumado con la realización de estas conductas con la finalidad, sin necesidad de que llegue a producirse la explotación. Si la explotación sexual, en este caso, fuese vista únicamente como un atentado a la dignidad nos encontraríamos ante un claro caso de

---

<sup>864</sup> El Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda, adoptado el 26 de febrero de 2008 acuerda que “La relación entre los arts. 188.1 y 318 bis CP, en los supuestos de tráfico ilegal o inmigración clandestina a la que sigue, ya en nuestro territorio, la determinación coactiva al ejercicio de la prostitución, es la propia del concurso real de delitos. Tales conductas serán calificadas con arreglo a los arts. 188.1 y 318 bis 1º, descartando la aplicación del art. 318 bis 2º, al tratarse de un supuesto de realización progresiva del tipo”.

<sup>865</sup> En este sentido, PÉREZ CEPEDA, *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, op.cit., nota a pie núm. 149, p. 217; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, op.cit., p. 203; GUARDIOLA LAGO, *El tráfico de personas en el derecho penal español*, op.cit., p. 337. Por el contrario, MAQUEDA ABREU, *Tráfico sexual de personas*, op.cit., p. 79, sostenía la aplicación de un delito medial entre el delito de tráfico y el determinación coactiva a la prostitución.

progresión delictiva, de profundización en el menoscabo del mismo bien jurídico que ostenta una mayor intensidad del ataque al bien jurídico protegido. Consecuentemente la relación existente entre el delito de trata de seres humanos y el concreto delito de explotación sería la propia de un concurso de leyes, en el que la lesión del bien jurídico que está presente en el delito de explotación obligaría a la aplicación preferente del mismo, entendiendo que éste debería absorber el desvalor propio de la trata, como fases previas a través de las cuales se llega a la concreta explotación o reducción de la persona a esclavitud. No puede extrañarnos que la propia jurisprudencia se hubiese encargado, con anterioridad a la incorporación de estas modalidades de trata de personas de incluir el contacto y captación, así como la recogida y traslado como actos que se integraban en el tipo penal del art. 188.1 CP<sup>866</sup> como actividades propiamente de codelincuencia.

No obstante, en cuanto en el delito de trata de seres humanos se afecta a la dignidad y se pone en peligro la libertad sexual, protegiendo en sólo la libertad sexual el art. 188.1 CP para abarcar la total antijuricidad de la conducta es necesario apreciar la existencia de un concurso de delitos.

Únicamente de esta forma puede solventarse el dislate penológico injustificado que dicha solución generaría y que podría, incluso, desplegar efectos criminógenos al tener el delito de lesión una pena muy inferior, de dos a cuatro años, a la prevista en el delito de trata, de cinco a ocho años en su tipo básico, privilegiando penológicamente a aquellos tratantes que además de tratar con la persona han lesionado la libertad sexual de la persona al imponer el ejercicio de la prostitución a la víctima. En estas circunstancias y de mantener la existencia de un concurso aparente de leyes tan sólo quedaría la posibilidad de acudir al principio de alternatividad<sup>867</sup> que garantizaría la preferencia del delito de trata de personas al tener prevista una pena más grave. Tampoco ésta parecería la solución más adecuada pues esta conducta típica no abarca el plus de desvalor que conlleva la conducta de explotación, no implicando la efectiva lesión de la libertad sexual una pena superior.

Si se entiende que el delito de trata de personas protege la dignidad humana, mientras que el 188. 1 CP protege la libertad sexual, se entenderían vulnerados dos bienes jurídicos individuales y diferentes, sancionando ambos como un concurso real de delitos<sup>868</sup>. No obstante, la doctrina tampoco se abstrae de las consecuencias derivadas de la apreciación de un concurso real de delitos, la total desproporción de la

---

<sup>866</sup> Vid. STS (Sala Penal. Sección 1ª) núm.152/2008, de 8 de abril de 2008, F.J. 10º, (Ponente: Francisco Monterde Ferrer), [ROJ: STS 1319/2008]; STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1905/2001, de 22 de octubre, F.J. 4º (Ponente: José Jiménez Villarejo), [ROJ: STS 8092/2001].

<sup>867</sup> Esta solución puede verse en el voto particular formulado por el magistrado D. José Antonio Martín Pallín a la STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 994/2005, 30 de mayo (Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca), [ROJ: STS 3465/2005].

<sup>868</sup> Vid. STS (Sala Penal. Sección 1ª) núm. 651/2006, de 5 de junio, F.J. 3º, (Ponente: Julián Artemio Sánchez Melgar), [ROJ: STS 3794/2006].

pena resultante a imponer al sujeto activo en la mayoría de los casos. En la trata de personas de forma habitual estarán presentes al menos tres delitos, el de trata, el de tráfico y el de explotación sexual, con el que podrá concurrir el delito contra los trabajadores y las concretas agresiones sexuales cometidas contra la persona durante la fase de explotación. A lo que se añade la aplicación de un delito de trata por cada persona víctima de la misma, que no suele ser algo anecdótico. De tratarse de un concurso real la única posibilidad de limitar el desmesurado resultado de penas a imponer vendría otorgado por la regla 1ª del art. 76 CP que determina el máximo de cumplimiento efectivo de la condena no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas, máximo que en este caso no podrá exceder de 20 años.

Por ese motivo, la solución más adecuada es mantener que el delito de trata entrará en concurso, normalmente medial, con el correspondiente delito de explotación cuando se explote sexualmente a la víctima<sup>869</sup>, al considerar que entre ambos delitos existe una conexión típica más allá de la posible relación subjetiva derivada de la motivación o intención del sujeto. Existe entre ambos una relación objetiva de necesidad o instrumentalidad, produciéndose entre ellos la relación lógica, temporal y especial necesaria para este tipo de concursos. El delito de trata sería instrumental, un medio, respecto del delito de prostitución coactiva.

Para finalizar, tal y como se puso de manifiesto la explotación de la prostitución ajena no deja de ser una modalidad de explotación laboral, por lo que si a la persona prostituida se le impusiesen condiciones laborales que restrinjan o supriman sus derechos laborales se dará un concurso de delitos con el correspondiente delito contra los derechos de los trabajadores. El TJCE tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la naturaleza de la prostitución como actividad económica que puede ser ejercida por cuenta propia en el asunto *Jany*<sup>870</sup> cuando se realiza de forma libre y voluntaria, o incluso de forma asalariada tal y como ha reconocido nuestro Tribunal Supremo. Tanto en el orden laboral como penal, se ha admitido que la actividad de alterne puede realizarse de forma ajena y de forma retribuida y dependiente, reconociendo el carácter laboral de la prostitución a los efectos de aplicar los delitos contra los trabajadores<sup>871</sup>

---

<sup>869</sup> En este sentido se pronuncia la FGE, *Circular 5/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración*, p. 65.

<sup>870</sup> Vid. STJCE de 20 de noviembre de 2001, asunto C-268/99, *Aldona Malgorzata Jany y otros contra Staatssecretaris van Justitie*, párr. 49.

<sup>871</sup> El Tribunal Supremo, sostiene un concepto amplio de ocupación laboral en el que ha venido incluyendo la dedicación a la prostitución. Vid STS (Sala Penal. Sección 1ª) núm. 208/2010, 18 de marzo, F.J. 1º, (Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre), [ROJ: STS 1488/2010], STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1045/2003, de 18 de julio, F.J. 4º, (Ponente: José Ramón Soriano Soriano), [ROJ: STS 5171/2003 STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 293/2011, de 14 de abril de 2011, F.J. 4º (Ponente: Colmenero Menéndez de Lurca) [ROJ: STS 2476/2011]. De forma temprana la STS (Sala Penal. Sección 1ª) núm. 1407/1991, 12 de abril, F.J. 6º (Ponente: Enrique Bacigalupo Zapater), [ROJ: STS 10754/1991] declaró aplicable el anterior art. 499 bis cuando el vínculo laboral

La relación concursal existente entre la determinación coactiva a la prostitución (art. 188.1 CP) y el delito contra los derechos de los trabajadores ha sido resuelta por la jurisprudencia a través de un concurso real delitos (arts. 311.1 y 312.2 *in fine* CP)<sup>872</sup>, como consecuencia de encontrarnos ante bienes jurídicos diferentes y ante acciones de distinta naturaleza, una activa y otra omisa dificultando construir un concurso ideal pluriofensivo. Así lo ha plasmado el Tribunal Supremo en su Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda del TS de 30 de mayo de 2006 al declarar que “cuando los hechos enjuiciados constituyan un delito del art. 188.1 CP y un delito del art. 312. 2, segundo inciso, se producirá un concurso real de delito”. Se sanciona, por un lado, la imposición de la prostitución a una persona y, por otro, la imposición a esa persona de condiciones laborales ilegales que restringen o suprimen sus derechos básicos.

Por ese motivo cuando la trata desemboca en explotación sexual, obligando a la víctima a prostituirse e imponiéndole condiciones laborales perjudiciales para sus derechos el delito de trata de personas podrá concurrir en estos casos no sólo con el delito de determinación coactiva a la prostitución sino también con el correspondiente delito contra los trabajadores.

### ***3.2.2. Prostitución de menores de edad e incapaces***

Dentro del Capítulo V del Título VIII CP se encuentran recogidos varios delitos relativos a la prostitución de menores de edad e incapaces. En este caso de forma unánime se mantiene que el bien jurídico protegido de estos delitos en los que el sujeto pasivo es un menor o incapaz, no es tanto la libertad sexual, sino la indemnidad sexual y el libre desarrollo del menor. Si se materializa la explotación sexual consistiendo ésta en la prostitución del menor el delito de trata entrará en concurso con los delitos del art. 188.2 ó 3 CP, mientras que si los menores son utilizados con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos o para la elaboración de material pornográfico, el concurso se producirá con el art. 189 CP<sup>873</sup>. La relación concursal entre estos delitos y la trata de personas es la misma que se establece con el delito de determinación coactiva a la prostitución de los mayores de edad, siendo totalmente trasladable a estos casos lo mantenido con anterioridad, a excepción de lo que se matizará sobre el delito de captación de menores e incapaces con la finalidad de utilizarlos en espectáculos exhibicionistas.

---

provenía de un contrato con causa ilícita en los términos del art. 1.275 del CC o con objeto ilícito en el sentido del art. 1.215 del CC, como es la prostitución.

<sup>872</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 372/2005, de 17 de marzo, F.J. 4º (Ponente: Julián Artemio Sánchez Melgar), [ROJ: STS 1704/2005]; STS (Sala Penal. Sección 1ª) núm.1106/2009, 10 de noviembre, F.J. 7º, (Ponente: Andrés Martínez Arrieta), [ROJ: STS 6876/2009].

<sup>873</sup> RODRÍGUEZ MESA, Mª José´, “El Código Penal y la explotación sexual comercial infantil” en *EPC*, núm. 32, 2012, p.246. Disponible en <http://www.usc.es> [última consulta, 2 de enero 2014].

En primer lugar encontramos el art. 187.1 CP que contempla una pena de prisión de uno a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses para el que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de una persona menor de edad o incapaz. El hecho se agrava si la víctima es menor a 13 años (art. 187.2 CP). Nos encontramos aquí ante un delito de mera actividad que avanza las barreras de protección del bien jurídico a estadios previos a la consumación. Se trata de conductas previas a la determinación de la prostitución, por lo que si efectivamente el menor ejerciese la prostitución se vería absorbido por el correspondiente delito de resultado, el art. 188.2 ó 3 CP.

El delito de trata de seres humanos cuando tiene por objeto a menores de edad con finalidad de explotarlos sexualmente mediante la prostitución es una forma específica de inducir, promover, favorecer o facilitar la prostitución, por lo que se produce un solapamiento normativo, que en virtud del principio de especialidad debería resolverse a favor del primero.

Reiterando lo expuesto en el epígrafe anterior, simplemente recordar que los apartados 2 y 3 del art. 188 CP establecen un aumento en el marco penal previsto para la conducta consistente en determinar, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a un menor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella. Si la conducta se realiza sobre un menor de trece años el marco penal establecido es de cinco a diez años, mientras que si se trata de un menor de edad mayor de 13 años el marco penal será de cuatro a seis años.

Por tanto, si el menor de edad víctima de trata se ve obligado a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, la trata de personas entrará en concurso con el delito previsto en el art. 188.2 CP<sup>874</sup>, se trataría nuevamente aquí de una progresión delictiva en la que el delito de explotación debería absorber el desvalor del delito de peligro, pero que como consecuencia de la cláusula concursal y de las abismales diferencias penológicas impuestas entre ambos se defiende de forma acrítica tanto doctrinal, legal como jurisprudencialmente la existencia, principalmente, de un concurso medial de delitos.

Además de estos tipos penales, el art. 189 CP, modificado por la 5/2010 castiga con pena de prisión de uno a cinco años al que capte o utilice menores de edad o incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera

---

<sup>874</sup> La SAP Sevilla (Sección 3ª) núm. 229/2013, 22 de abril, F.J. 10º (Ponente: José Manuel Holgado Merino), [ROJ: SAP SE 1179/2013] impone junto al delito de trata en su modalidad agravada por la minoría de edad de la víctima el correspondiente delito de prostitución coactiva agravada del art. 188.2 CP.

que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades o se lucrare con ellas. A su vez, se sanciona al produjere vendiere, distribuyere, exhibiere, ofreciere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero.

En relación con la trata de personas es de especial importancia la primera de las conductas descritas (art. 189.1 a) CP). La modificación de este precepto por la Ley Orgánica 5/2010 como medio para trasponer la Decisión Marco del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil<sup>875</sup>, supuso la incorporación de la captación de menores o incapaces con la finalidad de utilizarlos en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, junto a la utilización de los mismos con esos fines. Así como la captación y utilización de menores o incapaces para elaborar cualquier clase de material pornográfico.

Respecto a la primera de las conductas consistente en la captación de menores el concurso de leyes con la trata de personas es inevitable. Ambos delitos comparten la misma estructura captación y finalidad de explotación, en este caso, explotación sexual consistente en la utilización del menor en espectáculos exhibicionistas o en la elaboración de material pornográfico. Además, debe recordarse que para apreciar el delito de trata de seres humanos en el caso de menores de edad no es necesario que concurra ninguno de los medios comisivos propios de la trata de personas. Procedería aplicar por tanto en virtud del principio de especialidad el delito previsto en el art. 189 CP que es más específico. Nuevamente nos encontramos en este caso ante un tratamiento penológico de ambas figuras delictivas incoherente, en cuanto la pena prevista para el delito especial es inferior a la prevista para el delito más genérico (trata de personas). Tan sólo acudiendo al principio de alternatividad podría aplicarse el delito de trata de menores de edad del art. 177 bis CP que tiene prevista una pena superior.

Sin embargo, una mención aparte merece el supuesto en el que la víctima de trata sea un incapaz. Recordemos que en estos casos el tratamiento penal otorgado en el delito de trata de personas a los incapaces no es equivalente al de los menores, exigiéndose en estos supuestos que concurran los medios comisivos exigidos de forma general para los adultos. Así, cuando no medien estos medios comisivos y estemos ante un incapaz, sería posible aplicar el art. 189. 1 CP y no el art. 177 bis CP, aunque en estos casos el abuso de la situación de vulnerabilidad atendiendo a las circunstancias concurrentes puede estar presente como medio comisivo y, por tanto,

---

<sup>875</sup> Decisión Marco sustituida por la posterior Directiva 2011/93/UE relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil.

correspondería nuevamente la aplicación del delito de trata de personas al tener prevista una pena superior.

Cuando la explotación se ha llevado a cabo, es decir, cuando el menor víctima de trata haya sido utilizado para espectáculos exhibicionistas o elaboración de material pornográfico, el art. 177 bis entrará en concurso con el delito previsto en el art. 189 CP en su modalidad de utilización del menor en espectáculos pornográficos o para la elaboración e material pornográfico, en los mismos términos que en el caso de que si se tratase de un delito de determinación a la prostitución, sin necesidad de volver a reiterar las observaciones realizadas.

### **3.3. Extracción de órganos**

La reforma penal operada en 2010 supuso, entre otras novedades, la tipificación por primera vez en nuestro ordenamiento del delito de tráfico de órganos, previsto en el art. 156 bis CP. Su introducción se justifica, en el Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010, aludiendo a la cada vez más extendida compraventa de órganos humanos y al llamamiento de diversos foros internacionales para abordar su punición. Se hace una referencia expresa a la Declaración de Estambul, adoptada en la Cumbre internacional sobre turismo de trasplantes y tráfico de órganos celebrada en mayo de 2008<sup>876</sup>. Sin embargo llama la atención una insólita afirmación que se realiza en el Preámbulo de la Ley al reconocer que la tipificación expresa de este delito no era necesaria por ser las conductas subsumibles en el clásico delito de lesiones.

A pesar de esta afirmación se opta por la introducción de un nuevo delito mediante el cual se prevé una pena de prisión de seis a doce años para aquellos que promuevan, favorezcan, faciliten o publiciten la obtención o el tráfico ilegal de órganos humanos ajenos o el trasplante de los mismos, si se trata de un órgano principal. Mientras que el marco punitivo previsto se ve disminuido a una pena de prisión de 3 a 6 seis años cuando el órgano no sea principal. A su vez, estas penas se hacen extensibles al receptor del órgano que consienta la realización del trasplante

---

<sup>876</sup> No obstante, los textos adoptados por las instituciones internacionales instando a los estados a prohibir y sancionar el tráfico de órganos son múltiples y de distinta naturaleza. Sirvan como ejemplo, La Resolución 59/156 aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, de 20 de diciembre de 2004, sobre prevención, lucha y sanciones contra el tráfico de órganos humanos; En el OMS destacan la Resolución WHA 63.22 de la Asamblea Mundial de la salud por la que se aprueban los principios rectores de la OMS sobre trasplante de células, tejidos y órganos humanos, la Resolución WHA40.13 sobre principios rectores sobre trasplante de órganos humanos de, mayo de 1987, la Resolución WHA42.5 sobre prevención de la compra y venta de órganos humanos, de mayo de 1989 y la Resolución WHA44.25 los Principios Rectores de la OMS sobre Trasplante de Órganos Humanos, de mayo de 1991; En el seno del Consejo de Europa, el Protocolo adicional al Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina sobre el trasplante de órganos y de tejidos de origen humano, de 24 de enero de 2002, la Recomendación 1611 (2003) sobre tráfico de órganos en Europa, adoptada por la Asamblea el 25 de junio de 2003, la Recomendación (2004)7 del Comité de Ministro sobre tráfico de órganos, de 19 de mayo de 2004 y la Resolución CM/Res(2008)4 on adult-to-adult living donor liver transplantation, de 12 de marzo de 2008.



conociendo su origen ilícito, incluyendo la posibilidad de moderar la sanción penal atendiendo a las circunstancias concurrentes.

El delito de lesiones tiene prevista una pena de 6 a 12 años de prisión, de conformidad con el art. 149 CP, para aquéllos supuestos en los que produjese la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro principal, mientras que la pena disminuye a un marco penal de 3 a 6 años de prisión si la pérdida es de un órgano no principal (art. 150 CP). Únicamente cuando se trate de un trasplante de órganos efectuado conforme a lo dispuesto en la legislación y realizado por facultativo, el consentimiento válido, libre, consciente y expresamente otorgado desplegará plena eficacia eximiendo de responsabilidad penal a sus autores (art. 156 CP). Por el contrario, si el consentimiento se encuentra viciado o se ha obtenido mediante precio o recompensa o se trata de un menor de edad o incapaz no habrá exclusión de la responsabilidad penal por los hechos cometidos. En supuestos en los que existiese la donación de un órgano, contraviniendo la legislación que regula los trasplantes el consentimiento válidamente otorgado por el potencial donante aminora la pena a imponer, disminuyéndola en uno o dos grados, pero en ningún caso la excluye (art. 155 CP). Ciertos actos preparatorios de estas conductas serían punibles en virtud del art. 151 CP.

Si como consecuencia de la extracción del órgano se produjese la muerte del donante podría aplicarse el delito de homicidio o incluso asesinato si el donante no había otorgado su consentimiento o si éste se reputase irrelevante jurídicamente, mientras que la figura delictiva de ayuda ejecutiva al suicidio (art. 143 CP) sería la aplicable si se hubiese otorgado consentimiento a la extracción del órgano con conocimiento de su propia muerte como consecuencia

Si las conductas previstas en el nuevo delito de tráfico ilícito de órganos humanos podían subsumirse sin problemas en el delito de lesiones e incluso en los delitos contra la vida, la finalidad de este nuevo precepto únicamente tendría un alcance simbólico, la manifestación expresa del cumplimiento de los mandatos internacionales. Ahora bien, mientras que la extracción de órganos y el correspondiente trasplante podrían entenderse incluidos, con anterioridad a la reforma de 2010, en el delito de lesiones en cuanto implica un menoscabo en la salud física del donante e incluso del receptor, la novedad del nuevo tipo penal debe buscarse en la inclusión de otra serie de conductas típicas, que pueden producirse con anterioridad, durante o con posterioridad a la extracción de órganos. La extracción de órganos no deja de ser una más de las conductas previstas en este específico tipo penal, pues el tipo penal ni siquiera exige que se produzca la misma para su consumación, puesto que incluye no sólo la obtención del órgano y el trasplante de los mismos sino también el tráfico ilegal de órganos, así como la promoción, favorecimiento, facilitación y publicidad de estas conductas.

La identificación del bien jurídico protegido en este novedoso delito ha generado diversas opiniones doctrinales por lo que no existe unanimidad a la hora de concretar el bien jurídico penalmente protegido en el delito.

Por un lado, algunos autores identifican el bien jurídico protegido con el sistema de trasplantes establecido legalmente y basado en la gratuidad y solidaridad en las donaciones<sup>877</sup>, cuya afectación depende del riesgo de la conducta para la salud de las personas. Por tanto, junto a este bien supraindividual existiría un referente individual, como es la salud y dignidad del donante, ya que la ubicación del delito entre los delitos de lesiones exige que la salud individual del potencial donante sea puesta en peligro. Esta identificación del delito como pluriofensivo va acompañada, en algunos supuestos, de una reclamación de traslado del precepto entre los delitos contra la salud pública<sup>878</sup>.

Por otro lado, basándose en la ubicación sistemática del delito en el Título III del Libro II del Código Penal entre los delitos de lesiones y en la concreta regulación que del mismo se realiza que gira en torno a donantes vivos, otro sector doctrinal identifica como único bien jurídico-penalmente protegido en el delito la salud del donante<sup>879</sup>. En este caso, el delito se configura como un adelantamiento de las barreras de protección de la salud individual, otorgando la categoría de delito a conductas que serían meros actos preparatorios de lesiones graves no cubiertas por la previsión del art 156 y no siempre subsumibles como tales mediante el art. 151 CP o bien simples conductas de complicidad. Se producirá como consecuencia de esta identificación del bien jurídico un concurso de normas entre este delito y el delito de lesiones, cuando se haya llevado a cabo efectivamente el trasplante o extracción.

---

<sup>877</sup> GÓMEZ TOMILLO, “Artículo 156 bis”, en op.cit., p. 618; PUENTE ALBA, Luz María “La protección frente al tráfico de órganos: su reflejo en el Código Penal español”, p. 14. Disponible <http://www.ecrim.es/publications/2011/TraficoOrganos.pdf> [última consulta, 15 de abril de 2014-04-17]. FELIP I SABORIT, David “Capítulo 2. Tráfico de órganos” en ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (coord.), *Memento experto. Reforma Penal 2010*, Ed. Francis Lebre, Santiago, 2010, pp. 43 y ss.

<sup>878</sup> QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español: Parte Especial*, op.cit., p. 147, manifiesta que debería considerarse un delito contra la salud pública, ya que no cabría afirmar que se protege ni la salud del receptor (la ilegalidad del tráfico no equivale a la ausencia de calidad del órgano) ni la del donante (realmente la lesión del donante ya encajaba en los tradicionales delitos de lesiones, al margen de cuál fuera la concreta finalidad de la lesión).

<sup>879</sup> Vid. GARCÍA ALBERO, “El nuevo delito de tráfico de órganos”, en op.cit., pp. 144-145; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio, “El delito de tráfico de órganos humanos”, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio (dir.), *Estudios sobre las reformas del Código penal operadas por las LO 5/2010, de 2 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*, Ed. Civitas, 2011, p. 280; CARBONELL MATEU, Juan Carlos y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis “Lección VI. Lesiones”, AAVV, *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 159; BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco, “Capítulo 5. Obtención, tráfico y Trasplante ilícitos de órganos humanos”, en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (coord.), *Sistema de Derecho penal español. Parte especial*. Ed. Dykinson, 2011, p. 118; AGUADO LÓPEZ, Sara, “Lección V. Lesiones”, en BOIX REIG, Javier (dir.), *Derecho penal. Parte especial. Volumen I. La protección penal de los intereses jurídicos personales (adaptado a las reformas de 2010 del Código penal)*, Ed. Iustel, Madrid, 2010, p. 164.

Al margen de la integridad física del donante, intereses como la dignidad y las condiciones de seguridad exigibles en los procesos de obtención y trasplante son otros de los bienes jurídicos identificados por la doctrina<sup>880</sup>. Mientras que MUÑOZ CONDE identifica un bien jurídico de carácter social ya que lo que pretende es evitar que la donación de órganos se convierta en un negocio para terceras personas aprovechándose de la necesidad del que cede el órgano para conseguir dinero por el carácter social del bien jurídico<sup>881</sup>.

Común a ambas posiciones doctrinales es la estrecha relación entre el delito de tráfico de órganos y la salud del donante como consecuencia de su ubicación sistemática en el texto penal entre los delitos de lesiones, unido a razones de política criminal que ponen de manifiesto que la modalidad más grave de la conducta se relaciona con los donantes vivos que pueden ver peligrar seriamente su vida como consecuencia de la intervención, produciéndose una total instrumentalización de los mismos como consecuencia de su vulnerabilidad y de las penurias económicas que motivan su actuación. La necesidad de que la conducta ponga en peligro la salud de la persona hace que deban excluirse del tipo penal aquellos supuestos en los que los órganos provengan de donantes fallecidos. Quedarán al margen del tipo penal la obtención, tráfico o posterior trasplante de órganos procedentes de personas fallecidas al no afectarse en este caso a la salud del donante y ello a pesar de que la Declaración de Estambul se refiere al tráfico de órganos tanto provenientes de personas vivas como fallecidas.

El tipo penal hace referencia exclusivamente a los órganos humanos como objeto material del delito, los cuales se definen en la legislación extrapenal<sup>882</sup> como aquella parte diferenciada y vital del cuerpo humano, formada por diferentes tejidos, que mantiene su estructura, vascularización y capacidad para desarrollar funciones fisiológicas con un alto nivel de autonomía y suficiencia (art. 3. 19 RD 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad). Deben ser considerados órganos, en este sentido, los riñones, el corazón, los pulmones, el hígado, el páncreas, el intestino y

---

<sup>880</sup> Vid. GÓMEZ RIVERO, M<sup>a</sup> del Carmen, “Lección IV. Delitos contra la salud y la integridad corporal” en GÓMEZ RIVERO, M<sup>a</sup> del Carmen (coord.), *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte Especial*, 2<sup>a</sup> ed., Ed. Tecnos, p. 92.

<sup>881</sup> MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, op.cit., p. 132

<sup>882</sup> La normativa que regula las condiciones y procedimientos a seguir en materia de trasplante de órganos son principalmente la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, el RD 1301/2006, de 10 de noviembre, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos y el RD 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad.

todos aquellos que con similar criterio puedan ser extraídos y trasplantados de acuerdo con los avances científico-técnicos.

Además, a efectos legales tanto la legislación española como la Directiva 2010/45, otorgan el mismo tratamiento a la parte de un órgano como al órgano humano completo al establecer que se considerará órgano a la parte de éste cuya función sea la de ser utilizada en el cuerpo humano con la misma finalidad que el órgano completo, manteniendo los requisitos de estructura y vascularización. Por ese motivo a pesar de ser una cuestión discutida doctrinalmente no parece que haya impedimento en considerar típicas aquellas conductas de obtención, tráfico o trasplante de un órgano parcial como puede ser el hígado, aunque también el páncreas o pulmón<sup>883</sup>. En cuanto el trasplante parcial no implica la pérdida completa la función que desarrolla se incluiría en la modalidad menos castigada, pareciendo limitada a estos supuestos la modalidad aminorada de órgano no principal, al ser poco usual el trasplante de órganos no principales como el bazo.

A pesar de que los textos internacionales se refieren de manera conjunta a los órganos y a los tejidos humanos, tanto las células como los tejidos humanos deben entenderse excluidos del ámbito de aplicación del art. 156 bis CP. La obtención y el tráfico ilegal de tejidos humanos como la piel, huesos, médula ósea, entre otros, o bien de desechos humanos como la placenta o el cordón umbilical, entre otros, no tiene un tratamiento jurídico específico Sin embargo, el RD 1723/2012 considera a sus efectos como órganos a los tejidos compuestos vascularizados. Se hace referencia con ello a los trasplantes de mano, brazo o cara que en los últimos años están siendo el foco de atención por los beneficios que pueden desplegar en la calidad de vida de los pacientes. Su tratamiento se equipara al de los órganos debido a sus especiales características, su escasez para trasplantes y la imposibilidad de almacenamiento. Atendiendo a la salud del potencial donante su afectación es muy superior a la derivada de la mera extracción de tejidos humanos, como el epitelial o adiposo, siendo posible equipar en términos de afectación a la extracción de órganos, aunque la literalidad del precepto los excluye de su ámbito de aplicación.

A efectos de pena, al igual que ocurre en el delito de lesiones, se distingue entre órganos principales y no principales. Los órganos humanos a los que se refiere el precepto deben ser “ajenos” de acuerdo con el tipo penal. Por consiguiente, no será típica en ningún caso la conducta de la persona que ofrece sus propios órganos fuera de los cauces legalmente establecidos a cambio de una contraprestación económica o incluso sin ella, aunque ésta pudiese ser considerada como una forma de promoción o

---

<sup>883</sup> En este sentido, Vid. GARCÍA ALBERO, Ramón, “El nuevo delito de tráfico de órganos (art. 156 bis)”, en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (dirs.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 190; también CARBONELL MATEU y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis “Lección VI. Lesiones”, AAVV, *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 160; GÓMEZ TOMILLO, “Artículo 156 bis”, en op.cit., p. 619.

favorecimiento del tráfico ilegal de órganos. La conducta carecerá de relevancia penal, otorgándole un tratamiento similar al previsto para los casos de autolesión o autopuesta en peligro que son impunes en nuestro ordenamiento. Ello no impide que los terceros que obtengan o trasplanten el órgano donado voluntariamente sí sean sancionados, sin que el posible consentimiento del cedente del órgano permita una disminución de la pena a diferencia de lo que ocurre en el delito de lesiones.

En el delito de tráfico ilegal de órganos las conductas típicamente relevantes son el favorecimiento, promoción, facilitación o publicitación de la obtención, el tráfico ilegal de órganos humanos o su trasplante.

Con la utilización de los verbos típicos “promover”, “favorecer” y “facilitar”, al que se añade “publicitar” se amplía considerablemente el abanico de conductas típicas del tipo básico, dificultando la posibilidad de apreciar la existencia de actos preparatorios o de la tentativa, puesto que la literalidad del tipo permitiría calificarlos como delitos consumados. Al igual que ocurre en los delitos de tráfico ilegal de personas o inmigración clandestina cualquier persona que contribuya con su conducta en el proceso, desde el ofrecimiento de una cantidad de dinero hasta el trasplante serán sujetos activos del delito, siendo residuales las conductas que puedan ser calificadas como participación delictiva, al igual que ocurre en el tráfico de drogas. La tipificación realizada permite la subsunción en el tipo básico a título de autoría de conductas de muy diversa entidad y desvalor como la captación de donantes, pago de las intervenciones o el traslado de los donantes o receptores, entre otras.

Mientras que los instrumentos internacionales se refieren al comercio, al tráfico ilegal de órganos humanos y al turismo de trasplante, el Legislador español ha optado por referirse a la obtención, tráfico y trasplantes ilegales, por lo que debe hacerse referencia al significado y alcance de estos términos.

La obtención, de acuerdo con la Directiva 2010/45/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre normas de calidad y seguridad de los órganos humanos destinados al trasplante y el del RD 1723/2012, de 28 de diciembre, es el “proceso por el cual los órganos donados quedan disponibles”, para su trasplante en uno o varios receptores, y que se extiende desde la donación hasta la extracción quirúrgica de los órganos y su preparación (art. 3.17 del RD 1723/2012, de 28 de diciembre), mientras que el trasplante es definido como el proceso de restaurar determinadas funciones del cuerpo humano transfiriendo órganos equivalentes a un receptor, la implantación de un órgano de una persona en otra.

Se trata, por tanto, de términos con un alcance amplio que permiten incluir no sólo la concreta transferencia del órgano de una persona a otra, sino también todas aquellas conductas dirigidas a la obtención del órgano, como la captación, el traslado,

la publicidad incluyendo sin duda la extracción del órgano. Pero el Legislador introduce además, el término tráfico ilegal sin concretar en qué consiste éste.

El término tráfico puede tener desde un punto de vista gramatical diferentes significados. Son dos las interpretaciones posibles de la conducta tráfico ilegal a la que se refiere el art. 156 bis CP. Por un lado, aquella que identifica esta conducta con el comercio o negocio con órganos humanos<sup>884</sup>, caracterizado por la compraventa de estos órganos, centrándose la ilegalidad, por tanto, en la ilicitud del objeto del negocio y, por otro lado, una interpretación consistente en identificar el tráfico ilegal de órganos con el movimiento o traslado de los mismos, refiriéndose la ilegalidad principalmente a la falta de consentimiento válido para la obtención de los mismos.

Si atendemos a instancias internacionales, principalmente a la ya mencionada Declaración de Estambul, el tráfico de órganos es definido como la captación, transporte, traslado, acogida o recepción de personas vivas o fallecidas o sus órganos, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, rapto, fraude, engaño o abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o a la concesión o recepción de pagos o beneficios por parte de un tercero para obtener el control sobre el donante potencial, con fines de explotación mediante la extracción de órganos para trasplante. Se mantiene un concepto de tráfico de órganos que fácilmente se identifica con la trata de seres humanos, en cuanto la exigencia de una serie de medios comisivos caracterizan la conducta con una actuación en contra de la voluntad de la víctima, que es forzada, engañada o se abusa de situación de superioridad, inferioridad o necesidad.

Se mantiene un concepto de tráfico de órganos que podría incluir no sólo el comercio sino también el traslado y recepción de los mismos, vinculándose la ilegalidad a la ausencia de consentimiento como consecuencia de la utilización de ciertos medios comisivos que limitan o anulan la libertad del donante. No obstante, el tráfico y el comercio de órganos no son sinónimos en la Declaración de Estambul pues éste se define como el tratamiento de un órgano como una mercancía, incluyendo la posibilidad de su compra, su venta o su utilización para obtener beneficios económicos, donde la característica esencial es precisamente la obtención de un beneficio económico por la donación del órgano humano incluso de forma voluntaria.

De acuerdo con la Declaración de Estambul la actuación contraria a la voluntad del potencial donante se relaciona con el tráfico de órganos, mientras que la compraventa de órganos se vincula o incluye en el comercio de órganos. Más allá de la Declaración de Estambul, no existe un consenso internacional sobre el alcance y

---

<sup>884</sup> La RAE define traficar como comerciar o negociar con el dinero y las mercancías así como hacer negocios no lícitos.

significado de estos términos, como lo demuestra la existencia de diferentes definiciones que se hace de ellos en las instancias internacionales<sup>885</sup>.

Ante esta ausencia de consenso internacional, no es de extrañar que el “tráfico” se haya identificado con el comercio y por ello con el pago por la donación de órganos, convirtiéndose en el núcleo de la conducta la contraprestación económica a cambio de la donación del órgano<sup>886</sup>.

Por último, todas las modalidades delictivas del precepto deben dirigirse a la realización de un trasplante, siendo ajenas al tipo penal aquellas cuya finalidad sea otra, como experimentos clínicos o farmacéuticos, entre otras.

Tanto el trasplante, la obtención y el tráfico de órganos humanos deben ser ilícitos sin realizar ningún tipo de aclaración sobre esta ilicitud. El tipo se caracteriza por ser una norma penal en blanco que nos remite a la legislación sobre trasplantes para determinar la legalidad o ilegalidad de estos procesos. Por consiguiente, será necesaria la contravención de la legislación que regula la materia, siendo posible que la ilegalidad tenga su origen en múltiples motivos, incluyendo algunos de carácter meramente formal. Si se interpreta de forma amplia esa ilegalidad de las actuaciones como cualquier conducta contraria al sistema legalmente establecido de donación y trasplante de órganos se introducirían como típicas conductas de muy distinta gravedad. No es equiparable la obtención de un órgano mediante coacción o mediante el pago de una contraprestación que la obtención de un órgano alterando, por ejemplo, la lista de espera u otras irregularidades que no tengan incidencia directa en la vida y salud de los afectados por el tráfico. En estos casos, puede verse una afectación al sistema sanitario establecido, pero la afectación al bien jurídico individual salud no es ni siquiera comparable. Si se considerase típica cualquier actuación al margen del sistema legal de donación y trasplante de órganos, contraviniendo los requisitos legales y reglamentarios se daría cabida en el tipo comportamientos de muy distinta gravedad que merecerían una respuesta penal diversa, por lo que será necesario que las conductas tenga un contenido de injusto equiparable, recogiendo las modalidades más graves de ataque al bien jurídico.

---

<sup>885</sup> Así, la Recomendación (2004)7 del Comité de Ministro sobre tráfico de órganos, de 19 de mayo, aplica el término tráfico de órganos y tejidos a: a) el transporte de una persona a un lugar para la extracción de órganos o tejidos, sin su consentimiento válido; b) e transporte de una persona a un lugar para la extracción de órganos o tejidos con su consentimiento, pero, en contravención de la legislación u otros controles en la operación de la jurisdicción correspondiente; c) el trasplante de órganos y tejidos extraídos, transportados o no, en contravención de la legislación o de otras regulaciones en funcionamiento en la jurisdicción correspondiente o en contravención de los instrumentos jurídicos internacionales. También el Informe conjunto elaborado por el Consejo de Europa y las Naciones Unidas de 2009<sup>31</sup>, *Trafficking in organs, tissues and cells and trafficking in human beings for the purpose of removal of organs*.

<sup>886</sup> De acuerdo con la normativa internacional y europea esta prohibición de vender o comprar células, tejidos y órganos no impide reembolsar los gastos razonables y verificables en que pudiera incurrir el donante, tales como la pérdida de ingresos o el pago de los costos de obtención, procesamiento, conservación y suministro de células, tejidos u órganos para trasplante.

Como ha podido comprobarse el concepto de tráfico ilegal de órganos mantenido en instancias internacionales es prácticamente coincidente con la definición que de la trata de seres humanos con fines de extracción de órganos se mantiene en el Protocolo de Palermo, el Convenio de Varsovia y la Directiva 2011/36, con la diferencia de que en la Declaración de Estambul el objeto de la trata no son sólo las personas vivas, sino también las personas fallecidas o sus órganos. El delito de tráfico ilegal de órganos se articula, por tanto, como una forma específica de tratar con personas, con la finalidad de extraer sus órganos para un ulterior trasplante. También en el ámbito de la Unión Europea, la Directiva 2010/45/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre normas de calidad y seguridad de los órganos humanos destinados al trasplante, en su Considerando 7, muestra la relación existente entre tráfico ilegal de órganos y la trata de seres humanos con el fin de extraer los órganos.

No obstante, desde un punto de vista de internacional no todas las conductas que configuran el delito de tráfico de órganos humanos son subsumibles en el tipo penal de trata de personas. De acuerdo con la Declaración de Estambul, el tráfico de órganos abarcaría la obtención y trasplante ilegal de órganos pertenecientes a donantes ya fallecidos, así como el tráfico de células y tejidos humanos. Sin embargo, estos supuestos han sido expresamente excluidos por el Legislador de entre el catálogo de conductas típicas del delito.

No puede extrañarnos, por tanto, que determinados supuestos de tráfico de órganos puedan ser calificados como trata de seres humanos con la finalidad de extraer sus órganos. Así, la captación de una persona, con alguno de los medios comisivos propios de la trata, para la extracción de sus órganos podría calificarse como una forma de favorecer o facilitar la obtención o el tráfico ilegal de órganos, produciéndose un solapamiento. Sin embargo, es posible una diferenciación entre trata de personas y tráfico de órganos, ya que la trata de personas con finalidad de extracción de órganos permite subsumir en él una serie de conductas ajenas al ámbito de aplicación del delito de tráfico de órganos. Así ocurre cuando el órgano no tiene como destino un ulterior trasplante sino otros destinos como los estudios clínicos, la investigación médica o la experimentación, entre otras. A diferencia del delito de tráfico de órganos, la finalidad de la trata es la extracción del órgano, con independencia del destino ulterior que tenga el mismo.

Por el contrario, cuando el destino previsto para el órgano sea un trasplante, que también entra en el ámbito de aplicación del delito de trata de seres humanos, el conflicto entre ambos delitos es patente. Las conductas tipificadas en el delito de trata pueden subsumirse en la conducta de favorecimiento o facilitación de la obtención, tráfico o trasplante ilegal de órganos. Así, cuando la captación de una persona viva con la finalidad de extraer sus órganos se realice con alguno de los medios comisivos



propios de la trata, por tanto, sin consentimiento parece claro el solapamiento normativo y el correspondiente problema concursal.

Nuevamente, la doctrina acude a la cláusula concursal *ad hoc* del apartado 11 del art 177 bis CP, para solucionar el problema concursal abogando por la existencia de un concurso de delitos en estos casos. Así, el delito tráfico de órganos se configuraría como el delito de explotación debiendo apreciarse la existencia de un concurso de delitos<sup>887</sup>, ideal para algunos<sup>888</sup> y real para otros

Sin embargo, considero que puede existir un claro concurso de leyes entre el art. 177 bis y el 156 bis CP cuando la persona tratada lo ha sido con la finalidad de extraerle el órgano para su posterior trasplante o bien para traficar con el mismo<sup>889</sup>. En ambos delitos se protege la dignidad de la persona y de forma indirecta su salud, la identificación de bienes jurídicos es una realidad, quedando al margen el bien jurídico supraindividual relacionado con la salud pública que no se protege en toda su extensión sino en los ataques más graves. Para optar por uno de los preceptos, habría que seguir el criterio de especialidad, a favor del delito de tráfico ilegal de órganos pues los elementos exigidos en el tipo penal son más específicos. En este caso el art. 156 CP tiene prevista una pena de mayor gravedad, salvo que correspondiese apreciar la concurrencia de algún subtipo cualificado del delito de trata de personas con una pena prevista más grave. Ante esta situación la doctrina no renuncia a acudir al principio de alternatividad, aplicando de forma preferente el delito de trata. Así como, cuando se trata de un órgano no principal cuya pena de tres a seis años es inferior a las previstas por la conductas del 177 bis CP.

Por el contrario cuando a la persona a la que se le va a extraer un órgano ha sido captada mediante el pago de una cantidad de dinero o cualquier otro tipo de beneficio económico, sin la presencia de ningún otro medio comisivo (salvo que se tratase de un menor) no existe una coincidencia entre ambos delitos. Debe recordarse que en el delito de trata de seres humanos el ofrecimiento de pagos o beneficios económicos no se ha introducido como medio comisivo, por lo que no habrá coincidencia, debiéndose aplicar en estos casos el delito de tráfico de órganos, salvo que la víctima fuese un menor.

---

<sup>887</sup> . GARCÍA ALBERO, “El nuevo delito de tráfico de órganos”, en op.cit., p. 149; AGUADO LÓPEZ “Lección V. Lesiones”, en op.cit., p. 21.

<sup>888</sup> MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, op.cit., p. 134;

<sup>889</sup> En el mismo sentido, GÓMEZ TOMILLO, “Artículo 156 bis”, en op.cit., p. 620; En el mismo sentido, VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el derecho internacional*, op.cit., p. 438-439; SANTANA VEGA, Dulce M<sup>a</sup>, “Título VII Bis de la Trata de seres humanos”, en CORCOY, Mirentxu y MIR, Santiago (dir.), en *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p.425; FGE, *Circular 5/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración*, p.26.

### 3.4. Mendicidad

La mendicidad debe entenderse en el concreto ámbito del delito de trata como una forma de trabajo o servicio forzoso, por lo que su introducción en el apartado a) de art. 177 bis.1 CP permite asimilar esta práctica con esta tipología de trabajos o servicios. Por consiguiente, es necesario que ésta implique, en sentido material, naturaleza laboral y con ello todos los elementos del trabajo o servicio forzosos, lo que exige la imposición de la condición de trabajador y disponibilidad respecto de la persona para quien se realiza el servicio. Atendiendo a estas características de la mendicidad forzosa, su inclusión expresa no era necesaria al ser posible su asimilación con los trabajos o servicios forzados. Nos encontraremos con un delito de trata cuando la finalidad sea explotar a un menor o a un adulto forzándolo a practicar la mendicidad, entendida ésta en términos laborales.

La práctica de la mendicidad no constituye delito en nuestro ordenamiento penal. Cuando la víctima de trata de personas, mayor de edad, sea explotada mediante el ejercicio de la mendicidad, deberá atenderse principalmente a los delitos contra los trabajadores o bien ante la ausencia de una respuesta penal específica acudir al delito de trato degradante o delito de coacciones<sup>890</sup>. Sin embargo, sí existe una especial referencia a la utilización de menores o incapaces para la práctica de la mendicidad. Por tanto, si la víctima de trata de seres humanos es un menor o un incapaz su utilización para la práctica de la mendicidad será constitutiva del delito tipificado en el art. 232.1 CP. La mendicidad es un comportamiento atípico que adquiere relevancia penal cuando para ello se utiliza a personas que carecen de autonomía para determinarse. Por ello, el art. 232.1 CP sanciona a los que utilicen o presten a menores de edad o incapaces para la práctica de la mendicidad, incluso si ésta es encubierta, con la pena de prisión de seis meses a un año.

Existe unanimidad en la doctrina y jurisprudencia en la identificación del bien jurídico protegido penalmente con la dignidad personal del menor o incapaz en cuanto son instrumentalizados por un tercero para la obtención de beneficios económicos<sup>891</sup>.

---

<sup>890</sup> En este sentido, VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el derecho internacional*, op.cit., p. 480.

<sup>891</sup> Doctrinalmente son de esta opinión, PRATS CANUT, Josep Miquel, “Titulo XII. Delitos contra las relaciones familiares”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, (dir.) y MORALES PRATS, Fermín (coord.), *Comentarios al nuevo Código penal*, 4ª Edición, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005, pp. 1203; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, op.cit., p. 331; También la jurisprudencia se pronuncia en este sentido, por ejemplo, la STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1731/2000, de 10 de noviembre, F.J. único, (Ponente: Carlos Granados Pérez), [ROJ: STS 8187/2000]; SAP Sevilla (Sección 3ª) núm. 229/2013, 22 de abril, F.J. 3º (Ponente: José Manuel Holgado Merino), [ROJ: SAP SE 1179/2013]; SAP de Barcelona (Barcelona. Sección 2ª) núm. 1314/2012, de 9 de febrero, F.J. 3º (Ponente: Jaume Rodas Ferrández), [ROJ: SAP B 939/2012].

Otros posibles intereses identificados en este delito pero en un plano secundario son la formación y la educación del menor o su salud<sup>892</sup>.

El tipo penal prevé dos conductas típicas alternativas, la utilización o el préstamo de menores o incapaces con la finalidad de que ejerzan la mendicidad. La mendicidad se identifica con la solicitud de dádiva sin contraprestación a cambio<sup>893</sup>. Parecen excluirse, los casos de menores que ofrecen pequeños servicios, como la búsqueda de aparcamiento, limpieza de vehículos, la venta de pañuelos o pequeños objetos. Sin embargo, la incorporación de la mendicidad encubierta al tipo penal amplía su aplicación a estas conductas, tal y como parece aceptarlo la jurisprudencia menor<sup>894</sup>. Ahora bien, lo que sí requiere la utilización del menor o incapaz para la práctica de la mendicidad es una actitud activa por parte del menor o incapaz, que sea él el que pida materialmente la limosna, no siendo suficiente para aplicar el delito que el mayor de edad se haga acompañar por el menor en la práctica de la mendicidad. Así lo declaró el Tribunal Supremo en su Sentencia de 10 de noviembre de 2000<sup>895</sup> donde consideró atípica la estrategia utilizada por el mayor de edad de ir acompañado por un menor con la finalidad de causar compasión y provocar la generosidad de la gente. Sin embargo, cierto sector jurisprudencial ha considerado estas prácticas como conductas subsumibles en la conducta típica de utilización del menor<sup>896</sup>. A su vez, cierto sector doctrinal y jurisprudencial exige habitualidad en la práctica de la mendicidad para dotar de relevancia jurídico-penal a estas conductas aunque el tenor literal del tipo nada diga sobre la misma<sup>897</sup>.

---

<sup>892</sup> Se refiere a estos bienes jurídicos, entre otras, la SAP de Huelva (Huelva. Sección 2ª) núm. 426/2000, de 25 de octubre, F.J. 4º (Ponente: Olga María Castellano de la Poza), [ROJ: SAP H 1177/2000]; SAP Córdoba (Sección 3ª) núm. 61/2011, de 3 de marzo, F.J.2º (Ponente: Felipe Luis Moreno Gómez), [ROJ: SAP CO 263/2011].

<sup>893</sup> MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, op.cit., p. 332. PRATS CANUT, “Titulo XII. Delitos contra las relaciones familiares”, en op.cit., p. 1204.

<sup>894</sup> SAP de Huelva (Huelva. Sección 2ª) núm. 426/2000, de 25 de octubre, F.J. 3º (Ponente: Olga María Castellano de la Poza), [ROJ: SAP H 1177/2000]; SAP Navarra (Sección 2ª) núm. 35/2002, 20 de marzo, (Ponente: María Blanca Gesto Alonso), [ROJ: SAP NA 312/2002].

<sup>895</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1731/2000, de 10 de noviembre, F.J. único, (Ponente: Carlos Granados Pérez), [ROJ: STS 8187/2000]; SAP Gerona (Sección 3ª) núm. 582/2009, de 17 de septiembre, F.J. 2º y 3º (Ponente: Ildfonso Carol Grau), [ROJ: SAP GI 1399/2009]; SAP Murcia (Sección 5ª) núm. 101/2006, de 30 de noviembre, F.J. 2º (Ponente: José Manuel Nicolás Manzanares), [ROJ: SAP MU 3038/2006]; SAP Sevilla (Sección 3ª) núm. 229/2013, 22 de abril, F.J. 4º (Ponente: José Manuel Holgado Merino), [ROJ: SAP SE 1179/2013].

<sup>896</sup> Vid. SAP Madrid (Sección 6ª) núm. 546/2005, de 16 de diciembre, F.J. 2º (Ponente: Pedro Javier Rodríguez González-Palacios), [ROJ: SAP M 15586/2005]; SAP Huelva (Sección 2ª) núm. 53/2000, de 1 de febrero, (Ponente: Mercedes Izquierdo Beltrán), [ROJ: SAP H 115/2000].

<sup>897</sup> Exigen la habitualidad, entre otras la SAP Bilbao (Sección 6ª) núm. 588/2002, de 30 de octubre, F.J. 1º (Ponente: María Begoña Losada Dolia), [ROJ: SAP BI 2852/2002]; SAP Sevilla (Sección 7ª) núm. 4/2001, de 10 de enero, F.J.1º (Ponente: Miguel Ángel Gómez Sevilla), [ROJ: SAP SE 69/2001]; SAP Barcelona (Sección3ª) núm.517/1997, de 14 de octubre, F.J. 1º (Ponente: Ana Ingelmo Fernández), [ROJ: SAP B 506/1997]. Se refieren a la reiteración de actos de mendicidad como suficiente para la existencia de habitualidad aunque no sea necesario que estos tenga lugar en varios días o en un mismo día en diversas ocasiones separadas temporalmente, SAP Alicante (Sección 2ª) núm. 511/2010, de 1 de julio, F.J: 1º (Ponente: Julio José Úbeda de los Cobos), ( ROJ: SAP A 1737/2010]; SAP Pontevedra (Sección 1ª) núm. 46/2002, de 29 de mayo, F.J. 2º (Ponente: María Begoña Rodríguez González), [ROJ: SAP PO 1836/2002]. En contra de la exigencia de habitualidad SAP Sevilla (Sección 3ª) núm.

A pesar de la ubicación del tipo penal entre los delitos contra las relaciones familiares, se trata de un delito común en el que no es necesario que exista relación paterno-filial entre el sujeto activo y el menor o incapaz, ni que éste sea su tutor, curador o guardador. Aunque sí será necesario la existencia de cierto control o superioridad sobre el menor o incapaz.

En los casos de utilización del menor, la consumación del delito se produce con el ejercicio mismo de la mendicidad. Por el contrario, la conducta consistente en prestar supone tan sólo ceder o entregar a un niño en relación con la conducta final, sin que sea necesario que efectivamente se lleve a cabo la práctica la mendicidad. La conducta se consumará, por tanto, cuando se entrega al menor o incapaz, con independencia de que efectivamente se produzca la mendicidad, siendo suficiente ponerlo en manos o en poder de otro.

Cuando un menor de edad o incapaz víctima de trata con fines de mendicidad es efectivamente explotado y, por tanto, utilizado en el ejercicio efectivo de la mendicidad estaremos en la misma situación de progresión delictiva que se produce cuando la explotación se materializa a través de un delito de prostitución coactiva o contra los derechos de los trabajadores, pues la utilización del menor para la mendicidad implica la materialización de la finalidad inicialmente perseguida al realizar la conducta de trata de seres humanos. Sin embargo, cuando la conducta consiste en préstamo del menor o incapaz para la práctica de la mendicidad la relación existente con el delito de trata de personas es otra. La entrega de un menor de edad por parte del que posee un control sobre el menor o incapaz es una de las conductas típicas del delito tipificado en el art. 232.1 CP, siendo posible que a su vez sea calificada como una conducta de cooperación necesaria en el delito de trata de seres humanos, en cuanto la entrega del menor o incapaz puede facilitar o favorecer la captación o traslado del mismo<sup>898</sup>.

Pero el art. 232 CP recoge en su apartado segundo una serie de tipos cualificados, entre ellos se encuentra la tipificación del tráfico de menores de edad o incapaces con la finalidad de utilizarlos o prestarlos para la práctica de la mendicidad con la pena de prisión de uno a cuatro años de prisión. Así como a los que empleen con ellos violencia o intimidación o suministren sustancias perjudiciales para su salud. Se trata de una agravación con cierta autonomía pues no es necesario que se produzca

---

229/2013, 22 de abril, F.J. 3º (Ponente: José Manuel Holgado Merino), [ROJ: SAP SE 1179/2013]; SAP Madrid (Sección 1ª) núm. 555/2009, de 17 de diciembre, F.J. 1º (Ponente: Araceli Perdices López), [ROJ: SAP M 16861/2009].; SAP Bilbao (Sección 1ª) núm. 694/2004, de 7 de octubre, F.J. 1º (Ponente: Ruth Alonso Cardona), [ROJ: SAP BI 2245/2004].

<sup>898</sup> En contra, VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el derecho internacional*, op.cit., p. 438-439.

la efectiva práctica de la mendicidad, bastando para su consumación que se realice el tráfico con el ánimo de dedicar a los menores o incapaces a la mendicidad<sup>899</sup>.

En este tipo penal el tráfico se caracteriza porque el menor o incapaz es considerado como un objeto de intercambio económico, con la finalidad de obtener beneficios comerciales<sup>900</sup>. Se identifica el tráfico con la entrega de un menor a terceros para su utilización en la mendicidad a cambio de una utilidad o lucro presente o futuro<sup>901</sup>, siendo sancionables tanto padres, tutores, o guardadores que hicieran la entrega lucrativa, así como los terceros que los reciban a tal fin. Es la mediación de precio u otro tipo de contraprestación económica en la entrega del menor o incapaz lo que diferencia el tráfico de menores con la conducta típica de prestar al menor con esa misma finalidad prevista en el tipo básico, que además se refiere únicamente a la persona que hace entrega al menor y no a quien lo recibe.

Debe recordarse que la trata de menores no exige la concurrencia de medios comisivos específicos, su concurrencia permitiría acudir al subtipo agravado en virtud de la minoría de edad de la víctima, así como la utilización de violencia o intimidación en el caso del delito de tráfico de menores con fines de mendicidad también implica una agravación de la pena.

Si entre las conductas típicas de la trata de seres humanos del art. 177 bis CP se incluyese la cesión o el intercambio de la persona se produciría en estos casos una clara colisión entre el delito de tráfico ilegal de menores o incapaces con finalidad de utilizarlo para la mendicidad y el delito la trata de seres humanos. Por el contrario, si como se mantiene en este trabajo de investigación el tipo básico del delito de trata no incluye expresamente como típica la conducta consistente en la cesión o intercambio de control de la víctima, parecería que no existiría un conflicto ente ambos delitos.

Cuando alguno de los progenitores, tutor o guardador haga entrega del menor o incapaz a un tercero para que sea utilizado para la mendicidad puede ser considerado autor del delito tipificado en el art. 232.1 o en el art. 232. 2 CP, según mediase contraprestación o no en la entrega del menor. Además, su conducta podría ser calificada como de cooperación necesaria en el delito de trata de seres humanos. A su vez la persona que recibe al menor y hace entrega del beneficio económico, puede ser considerado autor del delito de tráfico ilegal de menores y también del trata de seres humanos, ya que su conducta puede ser calificada como captación, traslado o incluso alojamiento del menor para una posterior explotación. Por tanto, se originan relaciones concursales entre ambos delitos de difícil resolución, no sólo porque hay

---

<sup>899</sup> PRATS CANUT, “Titulo XII. Delitos contra las relaciones familiares”, en op.cit., p. 1203.

<sup>900</sup> MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, op.cit., p. 333.

<sup>901</sup> FGE, Circular 2/1990 sobre la aplicación de la reforma de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de enero de actualización del Código penal. Disponible en [www.fiscal.es](http://www.fiscal.es) [última consulta, 5 de marzo de 2014].

una clara coincidencia de las conductas típicas sino porque el marco penal previsto en el delito de tráfico de menores para explotación de la mendicidad es muy inferior al previsto en el tipo básico del delito de trata.

El art. 232. 2 CP se dirige de forma específica a sancionar los casos de tráfico de menores o incapaces para la práctica de la mendicidad por lo que atendiendo al principio de especialidad (art. 8.1 CP) correspondería su aplicación preferente. Sin embargo esta solución concursal implica nuevamente un privilegio punitivo injustificado al tener previsto un marco penal claramente inferior, de uno a cuatro años, al prevista en el art. 177 bis CP, que en su tipo básico asciende de cinco a ocho años de prisión aumentando a doce años si se trata del subtipo agravado.

Ante esta situación la doctrina traslada el principio de especialidad para dar paso al principio de alternatividad (art. 8.4 CP) que daría lugar a la aplicación preferente del art. 177 bis CP. En este sentido, se pronuncia la FGE 5/2010, aunque también hay quien mantiene que el concurso de normas existente entre el delito de trata y el delito de tráfico de menores con la finalidad de utilizarlos o prestarlos para la práctica de la mendicidad debe resolverse aplicando el principio de especialidad a favor del delito de trata o bien del principio de consunción penal que desplazaría el delito de tráfico de menores para la práctica de la mendicidad<sup>902</sup>. Debe ponerse de manifiesto que en realidad en este caso nos encontramos ante una concurso de leyes que la doctrina resuelve a favor del delito de trata como consecuencia de la incoherencia penológica existente en el tipo especial, al tener prevista una pena inferior a la del delito genérico de trata de personas.

No parece lo más adecuado, desde el punto de vista dogmático, acudir a la concreta penalidad para resolver el concurso de leyes, sino que deberían ser los principios generales, principalmente, el principio de especialidad el aplicable para resolver la situación concursal, procediendo a continuación a la crítica del precepto y poniendo de manifiesto la incoherencia del marco penal establecido en ambos tipos penales, exigiendo al Legislador una urgente reforma penal para poner fin a estas incoherencias y duplicidades normativas, que llevarían a una derogación tácita del art. 232.2 CP.

Finalmente, en aquellos casos en los que la víctima fuese un incapaz en lugar de un menor de edad y no se apreciase la existencia de alguno de los medios comisivos exigibles en el delito de trata de seres humanos, tan sólo sería aplicable el delito tráfico de incapaces previsto en el art. 232.2 CP, como consecuencia del desigual tratamiento penal que en el ámbito de la trata de seres humanos se otorga a los menores e incapaces.

---

<sup>902</sup> Vid. NIETO GARCÍA, Ángel Juan, “Concurso Penal de la trata de seres humanos y utilización de menores como mendigos”, en *Diario La Ley*, núm. 7867, 2012, p. 6.

#### **4. El delito de trata de seres humanos y el delito de tráfico ilegal de personas (art. 177 bis y 318 bis CP).**

Junto al delito de trata de seres humanos concurrirá el delito de tráfico ilegal de personas o inmigración clandestina cuando el traslado de la víctima de trata implique el cruce de fronteras. Cuando la víctima de trata de personas sea un ciudadano extranjero no comunitario que es trasladado desde o a España u otro Estado de la Unión Europea la conducta constituirá un delito de tráfico ilegal de personas tipificado en el art. 318 bis CP.

El delito de trata de seres humanos no diferencia entre víctimas nacionales o extranjeras y no requiere como elemento típico que se produzca un movimiento transnacional, aunque la realidad criminológica de nuestro país muestra como éste suele estar presente. Tanto es así que el propio delito de trata de seres humanos introduce un elemento geográfico que permite intuir la importancia del traslado de las víctimas de un Estado a otro, aunque éste no sea una característica inherente al delito pues de forma expresa se hace referencia a la víctima nacional o extranjera.

El art. 318 bis CP tipifica como delito al que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la UE, con pena de prisión de cuatro a ocho años. Como ya pudo ponerse de manifiesto cuando se abordó el tema del bien jurídico penalmente protegido, el hecho de que en la redacción del tipo básico no se haga referencia a la afectación o puesta en peligro de los derechos de los extranjeros, unido a la existencia de un claro consenso en el ámbito internacional y comunitario sobre qué debe entenderse por tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina, me lleva a mantener que el objeto de tutela penal en el tipo básico es el interés del Estado en controlar los flujos migratorios

El término tráfico al equiparse con el de inmigración clandestina<sup>903</sup>, unido al hecho de que la conducta típica se describa como el tráfico ilegal de personas “*desde, en tránsito o con destino a España o con destino a otro país de la Unión Europea*”, permite que sea definido como el movimiento o traslado de personas de manera ilegal; ilegalidad que en este caso remite a la entrada en el territorio contraviniendo la normativa de extranjería que regula el régimen de entrada y permanencia de

---

<sup>903</sup> La introducción de la inmigración clandestina, mediante la LO 11/2003, como conducta alternativa al tráfico ilegal haciendo uso de la conjunción “o” ha sido vista por algunos como una voluntad del Legislador de diferenciar entre ambas aunque las equipare a efectos de imposición de penas. Así, si la ilegalidad comprendiese la clandestinidad y el tráfico equivaliese al traslado de personas, la introducción del término inmigración clandestina es superflua e innecesaria. En este sentido, Vid. Voto particular del Magistrado D. José Martín Pallín realizado a la STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 994/2005, 30 de mayo (Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar), [ROJ: STS 3465/2005]; También en este sentido, PÉREZ ALONSO, *Tráfico de personas e inmigración clandestina (Un estudio sociológico, internacional y jurídico penal)*, op.cit., pp. 356,357, 364, 375.

ciudadanos extranjeros en el territorio del Estado<sup>904</sup>, y no como el comercio o negocio ilegal con personas<sup>905</sup>.

El término inmigración hace referencia al establecimiento de un extranjero en un territorio del que no es natural, mientras que el adjetivo “clandestina” que le acompaña le otorga carácter de oculta. Se refiere, por tanto, el precepto a aquella inmigración que se realiza eludiendo la ley. Pero, además, la clandestinidad de la inmigración, equivale en la práctica jurisprudencial a la ilegalidad de la misma, pues ambos términos han sido utilizados por la jurisprudencia como sinónimos, puesto que la ilegalidad en la intermediación del traslado se produce cuando éste se realiza evitando los puestos habilitados, es decir, ocultándose físicamente del control de las autoridades (inmigración clandestina en sentido estricto), contraviniendo los requisitos exigidos en la legislación de extranjería, así como cuando se realiza con apariencia de legalidad (cumpliendo con los requisitos legales de entrada pero con una finalidad distinta a la inicialmente declarada), en este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su Pleno no jurisdiccional de 13 de julio de 2005<sup>906</sup>. La jurisprudencia mayoritaria también acude a esta equivalencia de los términos tráfico ilegal e inmigración clandestina cuando de forma expresa entiende que se produce inmigración clandestina y tráfico ilegal en los supuestos en los que el traslado de personas se produce de forma ilícita<sup>907</sup>. La delimitación conceptual realizada en el capítulo II<sup>908</sup> de este trabajo sobre los términos tráfico ilícito o inmigración irregular en el ámbito comunitario e internacional, refuerza esta opción interpretativa del término tráfico ilegal<sup>909</sup>.

---

<sup>904</sup> Defensores de otras posturas sobre el bien jurídico protegido coinciden también con esta definición de tráfico ilegal como traspaso de fronteras. Así, PADILLA ALBA, “La inmigración clandestina”, en *op.cit.*, p. 229.

<sup>905</sup> Vid. HORTAL IBARRA “A vueltas sobre el bien jurídico-penal protegido en los mal llamados “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros””, en *op.cit.*, p. 489; CANCIO MELIÁ y MARAVER GÓMEZ, “El derecho penal español ante la inmigración: Un estudio político-criminal”, en *op.cit.* p. 353.

<sup>906</sup> La conducta de inmigración clandestina ya había sido analizada por la jurisprudencia, de acuerdo con el art. 313.1 CP, por lo que el concepto de la misma se encuentra delimitada en numerosas sentencias. Puede decirse que es posible identificarla con aquella que se lleva a cabo mediante una entrada cuya realidad física se oculta a las autoridades y también con aquella entrada realizada declarando falsamente una finalidad legítima para la entrada, es decir, con apariencia de legalidad. En este sentido, Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 994/2005, 30 de mayo, F.J. 2º, (Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Lurca), [ROJ: STS 3465/2005]; STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1045/2003, de 18 de julio (Ponente: José Ramón Soriano Soriano), [ROJ: STS 5171/2003]; SAP Almería (Sección 1ª) núm. 80/2005, de 5 de abril, F.J. 2º (Ponente Benito Gálvez Costa), [ROJ: SAP AL 197/2005]; STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 3573/1992, de 18 de noviembre de 1992, F.J. 1º (Ponente: José Augusto de Vega Ruíz), [ROJ: STS 13785/1992]; STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 196/2011, 23 de marzo, F.J. 4º (Ponente: Francisco Monterde Ferrer), [ROJ: STS 1790/2011].

<sup>907</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 308/2010, de 18 de marzo, F.J. 4º, (Ponente: Carlos Granados Pérez), [ROJ: STS 1744/2010]; STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1238/2009, 11 de diciembre, F.J. 11º, (Ponente: Juan Ramón Verdugo Gómez de la Torre), [ROJ: STS 7788/2009].

<sup>908</sup> Vid. *Supra* Capítulo II, pp. 26 y ss.

<sup>909</sup> La peculiaridad que se produce en el caso español, en cuanto a estos instrumentos internacionales, ha favorecido la confusión de los términos en la doctrina. Así, el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, recibe una nomenclatura diferente en su versión inglés al hacer referencia al “*smuggling of migrants*”, lo que en castellano debería haberse traducido por contrabando de migrantes y no como



El tipo básico del art. 318 bis CP se caracteriza porque son susceptibles de subsumirse en el tipo penal todas aquellas conductas que supongan un favorecimiento o promoción de la inmigración ilegal de personas, cuando ellas hayan dado su consentimiento a dicho traslado. Si se trata de un traslado forzoso<sup>910</sup>, por no existir consentimiento, será porque la víctima es un menor de edad o incapaz, o bien porque concurre alguna circunstancia que invalida el consentimiento, como pueden ser la violencia, intimidación, engaño, abuso de una situación de superioridad o de una situación de vulnerabilidad de la víctima, todas ellas previstas en el subtipo agravado del apartado segundo del precepto que recoge como circunstancias agravantes una serie de medios de comisión coincidentes con los previstos en el tipo básico del delito de trata de personas.

Por consiguiente, cuando un ciudadano extranjero es trasladado a un país del que no es nacional incumpliendo la legislación de extranjería, de manera forzada y con alguna de las finalidades exigidas por el tipo básico de trata de personas la conducta realizada sería susceptible de ser calificada como un delito de tráfico ilegal de personas, en la modalidad agravada del apartado 2º del art. 318 bis y como un delito de trata de personas previsto en el art. 177 bis CP si se acredita la existencia de una finalidad de explotación posterior.

En los supuestos en los que se activa el art. 318 bis. 2 CP la conducta se convierte en pluriofensiva y la prohibición no sólo responde a los intereses estatales en el control de la inmigración irregular, sino también a los derechos o bienes jurídicos de los extranjeros. Por tanto, se produce entre el tráfico de personas y la trata de seres humanos nuevamente un concurso de leyes cuando se relaciona el delito de trata con el delito de tráfico en su modalidad agravada, pues la violencia, intimidación, engaño, abuso de la situación de vulnerabilidad o superioridad que podrían implicar una agravación del delito son elementos inherentes a la trata de personas y que, por tanto, ya han sido valorados para apreciar la existencia de éste. Lo mismo puede decirse respecto a la circunstancia agravante del ánimo de lucro que se considera integrada en la finalidad de explotación, por lo que no podría ser valorada doblemente

---

tráfico ilícito, mientras que el correspondiente Protocolo de lucha contra la trata de seres humanos se refiere al “*Trafficking in persons*”, cuya traducción debería haber sido tráfico de personas y no trata de personas. La versión española de estos Protocolos, no ha recogido de forma clara los términos utilizados por la versión original de los mismos. Conscientes de esta discrepancia, una correcta utilización de los términos nos obliga a tener presente que el tráfico ilegal de personas debe entenderse como equivalente al contrabando o a la inmigración irregular. Tras esta aclaración, parece factible que el Legislador introdujese en nuestro ordenamiento penal el tráfico ilegal de personas con la voluntad de tipificar el contrabando o inmigración irregular.

<sup>910</sup> En este caso sí podría verse afectada la dignidad de la persona puesto que ésta implica que nadie sea obligado a desplazarse contra su voluntad, ni ser objeto de comercio cuando éstas no lo consientan o el consentimiento que presten esté viciado. Vid. PÉREZ FERRER, “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, t (X) Vol. I, p. 475.

para fundamentar la agravación del delito de tráfico<sup>911</sup>. El concurso de leyes existente obliga a la aplicación preferente del art. 177 bis CP, en aras de salvaguardar el principio *non bis idem* en virtud del principio de consunción previsto en el art. 8.3 CP, al absorber el delito de trata de seres humanos todo el desvalor que presenta el subtipo agravado del tráfico de personas.

Sin embargo, la relación entre el tipo básico de trata de seres humanos y el tipo básico de tráfico ilegal es más conflictiva. Atendiendo a la cláusula concursal del art. 177 bis CP que hace especial referencia al delito de tráfico ilegal de personas imponiendo que las penas de éste se apliquen junto a las derivadas del delito de trata, aboga parte de la doctrina por la existencia de un concurso de delitos entre el delito de trata y el tipo básico de tráfico ilegal de personas. Además, los bienes jurídicos penalmente protegidos, tal y como recuerda el Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010, son diversos. Mientras que en el art. 318 bis el control de los flujos migratorios es el objeto de protección, el art. 177 bis CP se centra en la salvaguarda de la dignidad y libertad de la persona. Esta diferenciación de bienes jurídicos vendría a reforzar la antedicha conclusión, pues de manera constante se hace uso de la diferenciación de bienes jurídicos protegidos como criterio para diferenciar entre concurso de delitos y concurso aparente de leyes favoreciendo la aplicación de las reglas del concurso de delitos entre el de tráfico ilegal de personas y el que corresponda del delito de trata<sup>912</sup>.

Ahora bien, las opiniones sobre concreto concurso de delitos que debería apreciarse, ideal, real o medial es variada. Por un lado, aunque no parezca la solución más adecuada es posible encontrar a una serie de autores que al interpretar que la cláusula concursal obliga a apreciar un concurso real entre los delitos que concurren con la trata, ésta debe ser también la solución aplicable a este supuesto<sup>913</sup>, identificando la relación existente con un auténtico concurso real de delitos<sup>914</sup>.

Por otro lado, aludiendo a la vinculación que en la práctica criminal se produce entre la trata y el tráfico hay quienes mantienen que en realidad se trata de un concurso medial entre el tipo básico de inmigración clandestina y el que corresponda

---

<sup>911</sup> Vid. en relación con el art. 318 bis CP, STS (Sala de lo Penal... Sección 1ª) núm. 378/2011, 17 de mayo, F.J. 2º (Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre), [ROJ: STS 3111/2011].

<sup>912</sup> BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, "Trata de seres humanos, en especial menores", en *Revista de derecho Migratorio y extranjería*, núm. 23, p. 104; MARAVER GÓMEZ, Mario, "La trata de seres humanos" en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio (dir.), *Estudios sobre las reformas del Código penal operadas por las LO 5/2010, de 2 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*, Ed. Civitas, 2011 p. 327; CUGAT MAURI, "La trata de seres humanos: la universalización del tráfico de personas y su disociación de las conductas infractoras de la política migratoria (arts. 177 bis, 313, 318 bis)", en *op.cit.*, p. 163; LLORIA GARCÍA, "Lección XI. Trata de seres humanos, en *op.cit.*, pp. 308-309.

<sup>913</sup> Vid. BENÍTEZ PÉREZ-FAJARDO, "El delito de trata de personas", en *op.cit.*, p. 193; SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO, *Derecho penal. Parte especial*, *op.cit.*, p. 207.

<sup>914</sup> JUANES PECES, Ángel, "Principios inspiradores de la reforma penal" en JUANES PECES, Ángel, *Reforma del Código penal*, Ed. El derecho, 2011, p. 50; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio, "Trata de personas", en ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (coord.), *Memento experto. Reforma Penal 2010*, Ed. Francis Leuvre, Santiago, 2010, p.86.

del delito de trata de seres humanos<sup>915</sup>. Nos encontraríamos aquí ante una modalidad del concurso real a la que se otorga el mismo tratamiento que el previsto legalmente para los supuestos de concurso ideal. Se entiende en este caso que el delito medio resulta imprescindible para posibilitar o asegurar la comisión del delito de trata. Por último, si se tiene presente que la trata de persona no exige el cruce de fronteras y que, a pesar de las reticencias, el art. 318 bis CP se dirige a sancionar en exclusiva esta conducta, algunos autores mantienen la existencia de una unidad de hecho y aprecian la existencia de un concurso ideal de delitos entre el delito de trata y el delito de inmigración clandestina en su tipo básico<sup>916</sup>.

Sin embargo, no creo que deba descartarse tan fácilmente la existencia de un concurso de leyes. En realidad nos encontramos ante conductas coincidentes, aunque los bienes jurídicos no lo sean totalmente. Si bien es cierto que el art 318 bis CP prescinde de cualquier referencia a la dignidad de la persona en su tipo básico o a cualquier otro bien jurídico de carácter individual, ello no impide que el control de los flujos migratorios no se encuentre desvalorado ya en el delito de trata de seres humanos. En realidad, si la descripción típica del art. 177 bis CP no excluye que la captación, transporte, traslado, acogimiento o recepción lo sea de una persona extranjera a la que se introduce ilegalmente en territorio español, puede defenderse que ésta absorbe el delito del art. 318 bis CP y que de la exigencia adicional de una finalidad de explotación mantenerse que el delito de trata de seres humanos es en realidad un delito especial frente al de tráfico ilegal de personas<sup>917</sup>, encontrándonos en realidad ante un concurso de leyes. Todavía con mayor motivo puede mantenerse la misma solución si en la trata de seres humanos se ha valorado la propia situación de inmigrante irregular del tratado como una forma de vulnerabilidad de la que se abusa para evitar la infracción del principio *non bis in idem*<sup>918</sup>.

---

<sup>915</sup> FGE, *Circular 5/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración*, p. 120.

<sup>916</sup> SANTANA VEGA, “Título VII Bis de la Trata de seres humanos”, en op.cit., p. 425; VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el derecho internacional*, op.cit., p. 482; DAUNIS RODRÍGUEZ, *El delito de trata de personas*, op.cit.

<sup>917</sup> En este sentido, MAYORDOMO RODRIGO, *EPC*, núm. XXXI, 2011, p. 374 y ss.; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, op.cit. p. 207-365 y HURTADO ADRIÁN, Ángel, “Emigración ilegal (art. 313)”, en JUANES PECES, Ángel, *Reforma del Código penal*, Ed. El derecho, 2011, p. 287.

<sup>918</sup> IGLESIA SKULJ, *Trata de mujeres con fines de explotación sexual. Análisis político-criminal del Código penal*, op.cit., p. 266

# CAPÍTULO VI

## PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS

### 1. Introducción

Los instrumentos internacionales de referencia en materia de lucha contra la trata de seres humanos, principalmente el Convenio europeo sobre Trata de Personas y la Directiva 2011/36, así como la más específica Directiva 2004/81/CE, de 29 de abril, 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, fijan los ejes básicos sobre los que debe girar la lucha contra la trata de seres humanos.

Un enfoque global para luchar contra este fenómeno criminal debe orientarse no únicamente a la persecución penal y al enjuiciamiento de los autores del delito, sino que exige la adopción de medidas de prevención eficaces así como de asistencia y protección de las víctimas. Por ese motivo no es de extrañar que en estos textos normativos se haya previsto un conjunto de medidas asistenciales y de protección para aquellas personas que hayan sido objeto de trata de personas dada su especial vulnerabilidad, que deberían complementar a las medidas que de forma general se reconocen a las víctimas de cualquier delito.

La importancia de estos instrumentos internacionales es fundamental en la configuración de un enfoque de lucha contra la trata de seres humanos acorde con los derechos fundamentales, pues hasta su adopción la estrecha relación existente entre la trata de seres humanos, la inmigración irregular y el tráfico ilícito de personas generó sustanciales confusiones que se mantuvieron en nuestro ordenamiento durante casi una década. Motivo por el cual en España fue la legislación de extranjería el instrumento elegido para adaptar el ordenamiento español a los estándares mínimos exigidos internacionalmente para la tipificación y sanción del delito<sup>919</sup>, así como para la protección de las víctimas de trata<sup>920</sup>. Inicialmente la actuación de los poderes públicos en materia de trata de seres humanos se fundamentaba en el control de los

---

<sup>919</sup> El Título XV bis del Código Penal, rubricado “De los delitos contra los derechos ciudadanos extranjeros” fue introducido en Código Penal, en el año 2000, a través de la Disposición final segunda de la LODYLE.

<sup>920</sup> Ya en el Plan Integral de Lucha contra la Trata de Seres Humanos con fines de explotación sexual, aprobado el 12 de diciembre de 2008 por el Consejo de Ministros se hacía referencia a la necesidad de modificar, entre otras leyes, la LODYLE para mejorar el sistema de asistencia y protección de las víctimas de trata. Texto disponible en <http://www.msssi.gob.es/ssi/violenciaGenero/tratadeMujeres/planIntegral/home.htm>

flujos migratorios y en la lucha contra la delincuencia organizada, quedando la víctima relegada a un segundo plano. Las disposiciones legales se limitaban a la sanción y punición del delito de tráfico ilegal de personas, configurando como subtipos agravados algunas conductas con elementos característicos de la trata de personas, tal y como se ha comprobado en el antiguo art. 318 bis CP. Por ese motivo no es de extrañar que en un primer momento las potenciales víctimas nacionales o comunitarias fuesen olvidadas por el ordenamiento jurídico.

En este contexto, la víctima de tráfico ilegal de personas e incluso de trata de seres humanos era considerada por el ordenamiento jurídico como un inmigrante en situación irregular que debía ser objeto de sanción administrativa al encontrarse en territorio español sin cumplir los requisitos exigidos por la legislación de extranjería, por lo que su expulsión del territorio era la medida más habitual. Esta visión de la víctima únicamente se matizaba en aquellos supuestos en la que era útil para las autoridades policiales y judiciales en el proceso penal contra los autores del delito. La colaboración de la víctima en la investigación y en la lucha contra la delincuencia organizada abría la posibilidad de otorgarle una autorización de residencia temporal en el territorio, supeditada, por tanto, a la colaboración con la justicia.

La acuciante necesidad de adaptar el ordenamiento español a los importantes Tratados internacionales ratificados por España, así como el gran número de disposiciones adoptadas en el seno de la Unión Europea, se encuentran en el origen de la reforma operada por el Legislador español en el Código Penal, mediante Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio mediante una nueva y autónoma tipificación de la trata de personas, sino también de la modificación que mediante la Ley Orgánica 2/2009 y la aprobación de un nuevo reglamento que tuvo lugar en la legislación de extranjería, encargada de introducir algunos derechos reconocidos internacionalmente a las víctimas, como el período de restablecimiento o la autorización de residencia o trabajo. Sin embargo, el conjunto de derechos reconocidos internacionalmente a las víctimas de este delito va más allá de la protección de las víctimas extranjeras en situación irregular. Precisamente este conjunto de derechos de las víctimas, antes, durante y después del proceso penal que pueda iniciarse contra los tratantes va a ser el objeto de estudio en este Capítulo.

## **2. Estatus jurídico de la víctima del delito en la normativa internacional y europea**

De forma introductoria cabe recordar que en nuestro ordenamiento jurídico no existe, salvando el integral régimen de protección establecido para las mujeres víctimas de violencia de género, una ley específica que de forma sistematizada recoja los derechos de las personas objeto de trata de personas. Al igual que ocurre de forma

general con las restantes víctimas de delitos, los diversos derechos de los que son titulares se encuentran dispersos en la Legislación. Por este motivo, los derechos reconocidos internacionalmente se constituyen como el punto de referencia para determinar aquéllos que ostentan estas víctimas en nuestro ordenamiento y comprobar si el Legislador español ha dado cumplimiento a las obligaciones internacionales en cuanto a la asistencia y protección de las víctimas de trata de seres humanos.

Tanto la regulación penal de carácter sustantivo como, especialmente, la procesal giran en torno a los derechos del acusado y a la preocupación de garantizar la presencia del mismo en el juicio mediante la previsión de ciertas medidas cautelares. La víctima se encuentra en un segundo plano. Sin embargo, en las últimas décadas la preocupación por la posición que ocupa la víctima en el proceso penal, sus derechos y la reparación del daño sufrido como consecuencia del delito, así como la evitación de una victimización secundaria, impulsada por la victimología, se ha ido plasmando paulatinamente en nuestra legislación intentando configurar una tutela de la víctima que no conlleve la devaluación de los principios del Derecho penal ni los derechos procesales de los acusados que garantizan el derecho a una tutela judicial efectiva.

Las disposiciones de carácter supranacional han tenido una importantísima influencia en los ordenamientos jurídicos nacionales obligando a los Estados a adoptar ciertas medidas de asistencia y protección de las víctimas de delitos. Por ese motivo el análisis de nuestro ordenamiento obliga a una remisión a estos textos normativos sobre el estatuto jurídico de la víctima y, en concreto, a aquellos instrumentos que junto a la prevención y tipificación de la trata de seres humanos instan a los Estados a garantizar una serie de derechos a la víctima del delito.

Destaca, en primer lugar, la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y el abuso de poder, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante la Resolución 40/34 de 29 de noviembre de 1985<sup>921</sup>. En esta declaración se establece un concepto internacional de víctima, directa e indirecta, del delito y se fijan sus principales derechos. En este estatuto jurídico el acceso a la justicia, la necesidad de ofrecerle un trato justo, presidido por el respeto a su dignidad y la rápida reparación del daño causado y su indemnización, unido a la atención a las necesidades de las víctimas en los procedimientos judiciales y administrativos y a la asistencia material, médica, psicológica y social son alguno de los derechos que configuran su contenido esencial.

En el ámbito del Consejo de Europa se adoptaron de forma temprana dos importantes textos, la Resolución núm. Res (77) 27, sobre indemnización de las

---

<sup>921</sup> ALONSO RIMO, Alberto y VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, “La víctima en el sistema de justicia penal I”, en BACA BALDOMERO, Enrique, ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, Enrique y TAMARIT SUMALLA, Josep M<sup>a</sup>, *Manual de victimología*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 325.

víctimas del delito, adoptado por el Comité de Ministros el 28 de septiembre de 1977, origen del posterior Convenio Europeo sobre indemnización de las víctimas de delitos violentos, hecho en Estrasburgo el 24 de noviembre de 1983<sup>922</sup> y la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa núm. R (85) 11, de 28 de junio de 1985, sobre la posición de la víctima en el marco del derecho y proceso penal. Con posterioridad se han adoptado otra serie de recomendaciones como la núm. R (87) 21, de 17 de septiembre de 1987, sobre asistencia a las víctimas y prevención de la victimización o la núm. R (97) 13, de 10 de septiembre de 1997, sobre intimidación de testigos y los derechos de defensa, la Recomendación núm. R (2005) 9, de 20 de abril, sobre protección de testigos y los colaboradores de la justicia y la Recomendación núm. R (2006) 8, de 14 de junio de 2006, sobre asistencia a las víctimas del crimen, que recoge de forma pormenorizada las actuaciones que los Estados deben realizar para el adecuado respeto de los derechos de la víctima.

La Unión Europea también ha establecido como prioridad la protección y asistencia de la víctima. Destaca la Directiva 2004/80/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre indemnización a las víctimas de delitos violentos, cuyo origen se encuentra en dos resoluciones previas del Parlamento Europeo, la Resolución sobre indemnización a las víctimas de actos violentos de 13 de marzo de 1981 y la Resolución sobre indemnización a las víctimas de delitos violentos de 9 de octubre de 1989. Entre los objetivos fijados en el Consejo de Tampere (15 y 16 de octubre de 1999) en materia de protección de víctimas de delitos se fijaban como prioridades la necesidad de garantizar la reparación del daño causado, a través de sistemas estatales de protección, y la creación de sistemas de asistencia social, destacando la definición de un Estatuto jurídico de la víctima. La plasmación de este Estatuto jurídico de la víctima tuvo lugar a través de la Decisión Marco 2001/220/JAI, del Consejo, de 15 de marzo de 2001 relativa al Estatuto de la víctima en el proceso penal, que impone la obligación de respetar y proteger los derechos de las víctimas del delito en el territorio de la Unión Europea<sup>923</sup>. Esta Decisión Marco ha sido sustituida por la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las

---

<sup>922</sup> Instrumento de Ratificación del Convenio Europeo sobre Indemnización a las víctimas de delitos violentos, hecho en Estrasburgo el 24 de noviembre de 1983, publicado en el BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2001.

<sup>923</sup> A pesar de su adopción en forma de Decisión Marco y, por tanto, de la ausencia de aplicabilidad directa de la misma, el TJCE dejó claro en la STJUE (Gran Sala) de 16 de junio de 2005, asunto C-105/03, *María Pupino*, su virtualidad práctica. El hecho de que las decisiones marco tengan reconocido carácter vinculante, obliga a las autoridades nacionales y a los órganos jurisdiccionales a tener presente el principio de interpretación conforme del derecho nacional. Los órganos jurisdiccionales están obligados, de conformidad con este principio, a interpretar las normas nacionales a la luz de la letra y finalidad de la Decisión Marco. Esta interpretación conforme del derecho nacional posee límites tratados por el propio tribunal. Por un lado, un límite inherente a toda interpretación, es necesario que exista una norma nacional en vigor en relación a esa materia y que ésta se preste a ser interpretada conforme a la disposición europea, debiéndose rechazar cualquier interpretación contra legem. Por otro lado, el debido respeto a principios generales del derecho, como el de legalidad penal, seguridad jurídica e irretroactividad penal.

víctimas de delitos<sup>924</sup>. Nuevamente, los derechos reconocidos se refieren a la participación en el proceso, al derecho de información, el derecho a la protección de la intimidad y seguridad, derecho a la asistencia y el derecho a la indemnización por los daños causados.

Finalmente, la reciente Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 sobre la orden europea de protección, supone la cristalización de la Resolución de 10 junio de 2011 sobre un plan de trabajo para reforzar los derechos y la protección de las víctimas, en particular en los procesos penales. Con esta Directiva se pretende asegurar el reconocimiento mutuo entre los Estados miembros de las decisiones adoptadas en el ámbito penal en relación con las medidas de protección de las víctimas del delito.

Todas estas disposiciones pretenden garantizar un estándar mínimo de derechos a todas las víctimas de delitos, debiéndose complementar con otros Tratados internacionales y actos legislativos de la Unión Europea que regulan otras materias estrechamente relacionadas y en las que se establecen una serie de derechos para víctimas de determinados delitos, como ocurre en el caso que aquí nos ocupa, especificando, reiterando y remitiendo en su mayoría a estas disposiciones.

En concreto, los derechos reconocidos a las víctimas de trata de personas giran en torno al reconocimiento que de los mismos hace tanto el Convenio de Varsovia como la Directiva de 2011/36 sobre trata. Por un lado, a los derechos de las víctimas en el proceso penal se refiere de forma escueta el Convenio de Varsovia, mientras que la Directiva 2011/36 los expone de forma pormenorizada. El Convenio de Varsovia, en este punto, se centra en la necesidad de adoptar medidas adecuadas para garantizar la seguridad de la víctima durante y después del proceso penal. Protección que podrá extenderse a sus familiares y que podrá ser de muy diversa naturaleza, desde la protección física de la víctima pasando por la asignación de un nuevo lugar de residencia hasta el cambio de identidad. Por otro lado, la Directiva 2011/36 no sólo se refiere a la protección adecuada de las víctimas, accediendo a los programas de protección de testigos si fuese necesario, sino que reconoce a la víctima todos los derechos establecidos en la Decisión Marco 2001/220, especialmente, el derecho a la asistencia jurídica y representación legal que deberá ser gratuita cuando la víctima no disponga de recursos económicos suficientes, extendiéndose a la reclamación de indemnizaciones. Además, debe garantizarse el derecho de la víctima a participar en el proceso penal, a ser informada, así como el derecho a ser reparada e indemnizada por los daños causados como consecuencia de los hechos delictivos. Le corresponde al infractor, en primer lugar, proceder a la indemnización y reparación legal, aunque

---

<sup>924</sup>Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 16 de noviembre de 2015.



como sistema subsidiario le corresponde al Estado mediante sistemas públicos proceder a la misma, aunque ello implique la creación de un fondo para la indemnización de las víctimas, por ejemplo. Para garantizar este derecho la víctima debe ser informada, en una lengua que comprenda, de los procedimientos judiciales y administrativos existentes a tal fin y estar asistida por letrado, permitiendo el acceso a la justicia gratuita. Como añadido introduce una serie de pautas que deben seguirse durante el proceso penal para garantizar un trato justo de las víctimas; como la repetición innecesaria de interrogatorios en todas las fases del proceso, las preguntas innecesarias sobre la vida privada, el contacto visual entre víctima y acusado, tanto en la prestación de declaración, como en el interrogatorio y preguntas de la parte contraria, mediante medios apropiados como el uso de tecnologías de la comunicación y el testimonio en audiencia pública.

No obstante, es fuera del proceso penal donde los derechos de las víctimas reconocidos a nivel internacional adquieren una especial relevancia. Las víctimas deben ser asistidas en todos los supuestos, con independencia de su colaboración con las autoridades y participación en el proceso penal. Por tanto, esta asistencia no vinculada al proceso penal debe garantizarse antes, durante e incluso después de la conclusión del posible proceso penal. Siendo necesario que esta asistencia se preste desde el momento inicial en el que existan indicios razonables para suponer que la persona es víctima del delito de trata.

Entre las medidas de asistencia destaca especialmente el derecho de reflexión y restablecimiento de al menos un mes que debe reconocerse a todas las personas identificadas como posibles víctimas de trata, así como el derecho a una autorización de residencia no sólo cuando su permanencia sea necesaria para la cooperación con las autoridades sino también cuando su situación personal lo aconseje o bien el derecho al retorno asistido o voluntario. Sin embargo, un derecho previo y esencial para activar el resto de medidas previstas para la asistencia y protección de las víctimas es la identificación, que se constituye como un requisito imprescindible. Para esta identificación el Convenio de Varsovia, y también la Directiva, obliga a adoptar todas las medidas adecuadas que permitan identificar a las víctimas destacando la obligación de dotar a las autoridades de formación y cualificación en materia de prevención, lucha, identificación y asistencia de las víctimas, así como el importante valor de la colaboración de otros Estados y de organizaciones responsables de prestar asistencia. El procedimiento de identificación que establezca el Estado debe tener en cuenta la especial situación de mujeres y menores, garantizar que durante su realización la persona no sea trasladada a otro Estado y la asistencia de la víctima.

Sin embargo, el talón de Aquiles de los Estados se encuentra en las medidas de asistencia a las víctimas. Los Estados deben asistir a las víctimas en su restablecimiento físico, psicológico o social, garantizando que la misma no se vea

condicionada a la voluntad de testificar. Debe garantizarse la protección de la vida privada e identidad de las víctimas, debiendo tratarse sus datos personales con todas las garantías. El contenido mínimo de la asistencia debida a las víctimas viene detallado en el propio Convenio de Varsovia y en la Directiva de forma más escueta. De acuerdo con sus disposiciones la asistencia, como mínimo, implica proveer a las víctimas de las condiciones de vida capaces de asegurar su subsistencia, a través de medidas como el alojamiento seguro, la asistencia psicológica y material; Otorgar acceso a tratamiento médico de urgencia, así como suministrar asistencia médica necesaria u otro tipo de asistencia a las víctimas residentes legalmente en su territorio cuando no dispongan de recursos adecuados; El asesoramiento e información, en particular en relación con sus derechos y con los servicios a su disposición, en una lengua que puedan comprender, así como servicios de traducción e interpretación cuando sea necesario; La asistencia para que sus derechos e intereses sean presentados y tenidos en cuenta en las fases apropiadas del procedimiento penal contra los infractores y el acceso a la educación para los menores.

Partiendo del gran número de medidas de asistencia y protección previstas tanto en el Convenio de Varsovia como en la Directiva 2011/36, a continuación se hará una distinción entre aquellas directamente relacionadas con el proceso penal, las previstas especialmente para las víctimas de trata extranjeras y aquellas otras que pretende otorgar asistencia social con independencia del proceso penal y su nacionalidad.

### **3. Protección de las víctimas en el procedimiento penal**

Una vez iniciado el procedimiento penal las víctimas de cualquier delito, también las víctimas de trata, disponen de ciertas medidas de tutela que intentan garantizar su seguridad y evitar la posible victimización secundaria que puede originar la entrada en contacto con la Administración de Justicia.

La legislación procesal penal recoge de forma dispersa una serie de medidas tendentes a tutelar a la víctima y que dotan de contenido al estatuto de la víctima en el proceso penal. Este estatuto jurídico se ha ido configurando sobre la base de las disposiciones supranacionales adoptadas desde la década de los 80, tanto por el Consejo de Europa como por la Unión Europea, recogiendo en términos generales sus mandatos.

Si bien organizaciones especializadas en asistencia a las víctimas de trata reclaman desde hace tiempo la adopción de una Ley específica que recoja los derechos, las medidas de protección y asistenciales de las que podrían beneficiarse las

víctimas de trata, no parece ser ésta una opción que esté barajando el Ejecutivo<sup>925</sup>. Hasta ahora únicamente en el ámbito de las víctimas de violencia de género se ha adoptado una Ley de estas características, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, que recoge de forma completa las medidas de protección, así como medidas especiales de carácter institucional, sustantivo y procesal. No obstante, sí es la aprobación de una Ley Orgánica sobre el Estatuto de la víctima del delito uno de los objetivos del actual Gobierno. Con esta finalidad el 30 de octubre de 2013 el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de justicia, aprobó el Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito<sup>926</sup>, que responde a la transposición de una serie de directivas adoptadas por las instituciones de la UE, tales como la Directiva 2012/29/UE, sobre derechos de las víctimas, a la Directiva 2010/64/UE, sobre el derecho a interpretación y traducción en los procesos penales y a la Directiva 2012/13/UE, sobre el derecho a la información en los procesos penales.

Hasta que se apruebe y entre en vigor la Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito, no existe en nuestro ordenamiento una ley que recoja de forma completa, coherente y sistemática los derechos y medidas de protección específicas para las víctimas en el proceso penal, por lo que es necesario acudir a la legislación procesal penal (LECrím) y a otras leyes complementarias, como la Ley 19/1994, de 23 de diciembre, de protección de testigos y peritos en causas criminales o la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos dolosos y violentos y contra la libertad sexual que configuran el estatus jurídico de la víctima en el proceso penal. La particularidad de las víctimas de trata radica en que el reconocimiento expreso de una serie de derechos en los Tratados internacionales, y principalmente en las disposiciones provenientes de la UE, obligarán a interpretar la legislación nacional, en la medida de lo posible, de forma que éstos le sean reconocidos y respetados.

### **3.1. Estatuto de la Víctima en el proceso penal español**

A las víctimas de trata de seres humanos les deben ser garantizados, en virtud de los mandatos internacionales y de la Unión Europea, una serie de derechos. Desde el derecho de participar en el proceso penal, pasando por el derecho de información, de asistencia y protección en el proceso, así como el derecho a ser reparada e indemnizada por los daños causados como consecuencia de los hechos delictivos.

---

<sup>925</sup> Con ocasión del Día Europeo de Lucha contra la Trata de Personas, celebrado el 18 de octubre, la Red Española contra la trata de Personas (RECTP) volvió a reiterar la necesidad de aprobar una Ley integral contra la trata que incluya todos los fines de explotación y que se realice desde una perspectiva de derechos humanos, de género y de menores. Vid. Comunicado en <http://www.redcontralatrata.org/spip.php?article330>

<sup>926</sup> Disponible en <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197775106/Medios/1288786623195/Detalle.html>

### ***3.1.1. Derecho a participar en el proceso penal***

En la legislación procesal española cualquier persona que haya sido víctima de un delito puede participar en el proceso penal. Esta participación se circunscribe principalmente a la intervención en el proceso como parte del mismo y/o como testigo. Si bien la víctima posee la facultad de iniciar el proceso penal mediante la presentación de la correspondiente denuncia de los hechos delictivos o querrela, el delito de trata de personas se configura como un delito público, cumpliendo con el mandato internacional que obliga a que las investigaciones y actuaciones penales en relación con el delito de trata no estén subordinadas a la declaración o a la acusación de la víctima.

En primer lugar, como ofendido o perjudicado, se reconoce a la víctima la facultad de personarse en el proceso penal para el ejercicio de la acción penal y civil o alguna de ellas (art. 110 LECrim). En el ordenamiento procesal español, a diferencia de otros ordenamientos, la acción penal es pública permitiendo no sólo a la víctima el ejercicio de la misma sino también a cualquier ciudadano, a través de la acusación popular. En cualquier caso, la no personación de la víctima como parte en el proceso no implica, salvo que exista una manifestación expresa en ese sentido, la renuncia al derecho de restitución, reparación e indemnización. Por consiguiente, ante la posible ausencia de la víctima como acusación particular es al Ministerio Fiscal al que se encomienda el ejercicio de la acción civil y penal, salvo existencia de renuncia expresa.

La LECrim admite la posibilidad de que la víctima se persone en la causa hasta el momento de calificación del delito. La personación de la víctima como parte en el proceso le otorga derecho a conocer todo lo actuado hasta el momento y a instar la práctica de las diligencias que considere oportuna. Sin embargo, en casos excepcionales la personación de la víctima en el proceso puede producirse con posterioridad, si ello es necesario para la continuación del proceso penal. Así, cuando el Ministerio Fiscal decida solicitar el sobreseimiento, el juez deberá emplazar a la víctima conocida y no personada si no existe acusación que mantenga la acusación, otorgándole la posibilidad de ejercitar la acción (arts. 782.2 LECrim, respecto al procedimiento abreviado y art. 642 LECrim, respecto al procedimiento ordinario).

Precisamente para garantizar la intervención de la víctima en el proceso penal el derecho de información se configura como esencial. Una clara manifestación de este derecho es el denominado ofrecimiento de acciones, informándole de forma comprensible del derecho a ser parte en el proceso y a renunciar o no a la restitución de la cosa, la reparación del daño e indemnización del perjuicio causado por el hecho punible (art. 109 LECrim). Es precisamente el ofrecimiento de acciones el que

garantiza a la víctima el derecho a una tutela judicial efectiva<sup>927</sup>, pues el incumplimiento de este deber le impediría acceder al proceso y actuar de la forma más adecuada a sus derechos e intereses.

Este ofrecimiento de acciones de realizarse en la primera comparecencia del ofendido. Sin embargo en el ámbito del procedimiento abreviado se introduce el ofrecimiento policial de acciones correspondiéndole a la policía judicial cumplir, por escrito, con el deber de informar a la víctima sus derechos, entre los que se incluyen el derecho a personarse como parte sin necesidad de formular querrela y *el derecho a nombrar abogado o instar el nombramiento de un abogado de oficio en caso de ser titulares del derecho a la asistencia jurídica gratuita*. Si la Policía judicial no procede a la información de estos derechos le corresponderá su cumplimiento al Secretario Judicial (arts. 771.1 y 776 LECrim).

La información ofrecida a la víctima debe alcanzar también a las ayudas que pudiesen corresponderle por su condición de víctima. Tanto la LECrim como el art. 15 de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos violentos y contra la Libertad Sexual, reconocen el derecho de la víctima a ser informada de la posibilidad y el procedimiento para solicitar estas ayudas.

Aunque la víctima no se constituya como parte en el proceso penal que se inicie contra los presuntos autores del delito se le reconoce un derecho a ser notificada de determinadas resoluciones judiciales que puedan ocasionarle algún perjuicio. En este sentido, la LECrim introduce la obligación de notificar a la víctima las razones concurrentes sobre una eventual conformidad, así como la posible suspensión del juicio oral y sus consecuencias. Además, el juez de instrucción debe notificar del sobreseimiento de las diligencias previas a quienes pudiera causar perjuicio, de conformidad con el art. 779.1.1ª LECrim y los órganos judiciales, a través del Secretario Judicial, deben informar a la víctima, aunque no sea parte en el proceso, de la fecha y hora del juicio, así como notificarle la resolución que recaiga, en primera y segunda instancia.

De forma más específica, cuando la víctima lo sea por alguno de los delitos incluidos en el art. 57 CP, en concreto se refiere a los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad de domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socio económico, el juez deberá asegurarse de que le sean comunicados todos aquellos actos procesales que puedan

---

<sup>927</sup> En este sentido, entre otras, STC (Sala 1ª) 98/1993, de 22 de marzo, F.J. 5º (Ponente: Rafael Mendizábal Allende); STC (Sala 1ª) 37/1993, 8 de febrero, F.J. 3º (Ponente: Vicente Gimeno Sendra); STC (Sala 1ª) 66/1992, de 29 de abril, F.J. 2º (Ponente: Jesús Leguina Villa); STC (Sala 1ª) 278/1994, 17 de octubre, F.J. (Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer).

afectar a su seguridad. Entre los delitos mencionados en el art. 57 CP no se hace referencia al delito de trata de personas. Sin embargo, si se entiende que el bien jurídico protegido por el delito es la integridad moral una interpretación extensiva del precepto, que sí menciona expresamente los delitos contra la integridad moral, permite la inclusión de las víctimas de trata de seres humanos entre aquéllas que deben ser informadas de estos actos procesales que podrían poner en peligro su seguridad<sup>928</sup>.

Además, de la LECrim la Ley 35/1995 obliga a informar a las víctimas de cualquier delito violento doloso o contra la libertad sexual, entre los que se puede incluir el delito de trata de personas, del curso de las investigaciones, salvo que con ello se ponga en peligro el resultado del mismo, y de informar a la víctima en el momento de la denuncia o en su primera comparecencia ante el órgano competente acerca de la posibilidad de obtener en el proceso penal la restitución y reparación del daño sufrido y de las posibilidades de obtener el beneficio de justicia gratuita, así como de la fecha y lugar de celebración del juicio correspondiente, debiendo notificarle personalmente la resolución que recaiga, aun cuando no sea parte del proceso.

La participación en el proceso penal se debe relacionar con una vertiente de carácter práctica, como es la asistencia y representación legal. De acuerdo con el art. 12.2 de la Directiva 2011/36 debe garantizarse a las víctimas de trata el acceso inmediato al asesoramiento jurídico y representación legal, que deberán ser gratuitos cuando la víctima no disponga de recursos económicos suficientes.

En nuestro ordenamiento el derecho a la asistencia jurídica gratuita se encuentra regulada es la Ley 1/1996, de 10 de enero de Asistencia Jurídica Gratuita y el RD 996/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de asistencia jurídica gratuita la normativa que regula las condiciones y procedimiento para la adquisición del derecho de asistencia jurídica gratuita. El Real Decreto-Ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita ha introducido un nuevo apartado, el g), en el art. 2 de la Ley de Asistencia jurídica. Esta acertada modificación de la Ley implica el reconocimiento amplio y automático del derecho a la asistencia jurídica gratuita a las víctimas de trata de seres humanos, entre otras, como las víctimas de violencia de género o de terrorismo. A estas víctimas se les reconoce el derecho de asistencia jurídica gratuita con independencia de la existencia de recursos para litigar. Se produce el reconocimiento de forma temprana, desde el mismo momento en que la persona adquiere la condición de víctima. La presentación de la denuncia o querrela o el inicio del procedimiento penal por el delito es el momento fijado para la adquisición de la condición de víctima, manteniéndose durante

---

<sup>928</sup> En este sentido, VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el derecho internacional*”, op.cit., p. 535.

todo el proceso penal y tras su finalización cuando la sentencia sea condenatoria. Únicamente se perderá la condición de víctima cuando exista una sentencia absolutoria firme o se produzca el archivo firme del procedimiento penal, no procediendo el abono del coste de las prestaciones disfrutadas gratuitamente hasta ese momento. Tras esta reforma de la Ley de asistencia jurídica gratuita se cumplen sobradamente con las disposiciones europeas que obligaban al reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita en los casos de ausencia de recursos suficientes. Sin embargo, una auténtica protección de la víctima obligaría a garantizar también el asesoramiento y orientación gratuita en el momento previo a la interposición de denuncia o querrela.

### ***3.1.2. Protección de Testigos***

La víctima no sólo puede participar en el proceso penal como parte, sino que también es posible su participación en el mismo en calidad de testigo. Es precisamente en relación con la participación de la víctima en el proceso penal como testigo donde se articulan las mayores medidas de protección para garantizar su seguridad. El Estado impone a todos los ciudadanos la obligación general de declarar como testigo ante citación judicial (art. 410 LECrim). Para que el cumplimiento de este deber se produzca en condiciones de seguridad, el Estado ha articulado una serie de medidas dirigidas a garantizar que las personas que colaboren con la Administración de Justicia lo hagan con la mayor seguridad posible. Medidas como la protección policial de la víctima, hasta un cambio de identidad o el acceso a programas de protección de testigos son algunas de las medidas contempladas en los instrumentos internacionales con el fin de proteger a las víctimas. La realidad criminal, muestra la especial necesidad de que las víctimas de trata de personas vean garantizada su seguridad. No es extraño que éstas sean objeto de represalias o intimidaciones, sobre todo si la trata de seres humanos se ha realizado en el marco de una organización criminal. Si no se articulan en el ordenamiento interno los mecanismos necesarios para su protección no sólo se estará poniendo en peligro su vida o integridad, así como la de algún miembro de su familia, sino el éxito del propio proceso penal que como demuestra la práctica jurisprudencial depende en gran medida del testimonio de la propia víctima.

La norma por antonomasia dirigida a la protección de determinados participantes en el proceso penal, incluida la víctima cuando interviene como testigo, es la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección de testigos y peritos en causas criminales. La promulgación de esta Ley Orgánica responde a la voluntad de que la colaboración de los testigos y peritos con la Administración de justicia no se vea impedida por las amenazas y las posibles represalias, introduciéndose medidas de protección, que tras una ponderación de los intereses en conflicto, se aplicarán en cada caso. La Ley no diferencia en relación a la protección de los testigos, entre su

condición o no de víctima, estableciendo unas medidas comunes para todos ellos y para los peritos. Sin embargo, algunas medidas previstas no serán aplicables a las víctimas que, aunque preste testimonio, se hayan constituido como parte en el proceso penal. Estas medidas vedadas son las referentes al anonimato de su identidad, ya que no es posible el ejercicio anónimo de la acción penal, manteniéndose inalterada la posibilidad de que le sean aplicadas las restantes medidas previstas en la Ley cuando corresponda.

La aplicación de las medidas previstas en la Ley se producirá cuando se constate la existencia de un peligro grave para la persona, libertad o bienes de la víctima, o los de su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos. Ante la presencia de este peligro grave, entendido como un mal muy probable sobre la persona, libertad o bienestar de quien colabora en el proceso penal o sus allegados directos<sup>929</sup>, la autoridad judicial podrá acordar las medidas de protección previstas en la Ley. Dicho peligro debe ser objetivable, no siendo suficiente un temor subjetivo que podría generalizar a todos los testigos la adopción de medidas tuitivas de la víctima.

Las deficiencias de la Ley de protección de testigos son palpables con una somera lectura de la misma, pues se limita a establecer de forma escueta los principios, requisitos y medidas esenciales para la aplicación de las medidas de protección. Tras casi 20 años de vigencia de la Ley, no ha llegado a aprobarse el Reglamento de desarrollo de la Ley por lo que sus disposiciones son claramente insuficientes.

La Ley recoge una serie de medidas de carácter procesal junto a otras de carácter policial aplicables al testigo. Por un lado, entre las primeras y con la finalidad de garantizar el anonimato del testigo y evitar su identificación visual o el acceso a datos personales que permitan su localización por parte de terceros ajenos a la Administración de justicia, se prevé la posibilidad de que las diligencias se practiquen sustituyendo el nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión o cualquier otro dato de carácter personal, por un número o clave. Esta medida puede complementarse con la fijación del domicilio, a efectos de citaciones, en la sede del órgano judicial que será el encargado de transmitir las a su destinatario, así como la comparecencia mediante cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal.

La ley otorga a la autoridad judicial, en concreto al juez de instrucción, la competencia para declarar la condición de testigo protegido del afectado, así como la

---

<sup>929</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1) núm. 354/1999, de 3 de marzo, F.J. 1º (Ponente: Andrés Martínez Arrieta), [ROJ: STS 1475/1999].



adopción de las medidas necesarias para garantizar su seguridad. Al juez encargado del enjuiciamiento le corresponderá pronunciarse sobre el mantenimiento, modificación o supresión de todas o algunas de las medidas de protección adoptadas por el Juez de Instrucción, así como decretar la adopción de otras nuevas. No obstante, la jurisprudencia ha reconocido la posibilidad de que sean los propios Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado durante las diligencias policiales las que otorguen este estatus de testigo protegido a la víctima para garantizar desde los momentos iniciales de investigación su identidad. Que en el atestado policial se tomen, a petición de la víctima y en interés de los interesados, medidas para preservar su identidad, sin perjuicio de una posterior ratificación por el juez de instrucción de la misma, es una forma de proteger eficazmente al testigo. De no producirse esta anticipación de las medidas de protección éstas se verían totalmente desvirtuadas, la identidad de la víctima no se encontraría protegida durante esta fase inicial, perdiendo cualquier medida que con posterioridad pudiese adoptar en ese sentido el juez de instrucción toda eficacia<sup>930</sup>.

Por otro lado, se recogen una serie de medidas de carácter policial donde el papel del Ministerio fiscal es fundamental, puesto que será a él a quien le corresponde su solicitud. Entre estas medidas destaca la protección policial durante todo el proceso, cuando así lo solicite el Ministerio Fiscal. En virtud de ésta, la víctima podrá solicitar el traslado a dependencias judiciales o a su domicilio en vehículos oficiales, debiendo facilitársele un lugar reservado para su uso exclusivo durante el tiempo que permanezcan en dependencias judiciales. Incluso, entre las medidas previstas se encuentra de forma excepcional la facilitación al testigo de una nueva identidad, así como proveerle de los medios económicos necesarios para cambiar de residencia y lugar de trabajo.

A primera vista, las medidas protectoras previstas en la Ley parecen adecuadas para garantizar la seguridad de la víctima y garantizar su presencia en el procedimiento facilitando su testimonio. Sin embargo, existen grandes deficiencias operativas y claros límites derivados de los derechos reconocidos al acusado.

Las posibles deficiencias de la Ley de protección de testigos se acentúan, especialmente en determinados delitos como la trata de personas, por la falta de la necesaria cooperación internacional entre los Estados. Frecuentemente, las amenazas proferidas por los imputados u otros relacionados con el delito no sólo recaen sobre la víctima sino también sobre sus familiares que en muchos casos se encuentran fuera del territorio español. La Legislación prevé la protección de estos familiares cuando sea necesario, en cuanto es imprescindible garantizar su seguridad si se pretende que la víctima testifique en el proceso libremente y no bajo presiones e intimidaciones.

---

<sup>930</sup> En este sentido, STS (Sala de lo Penal. Sección 1º), núm. 304/2007, de 10 de abril, F.J. 1º (Ponente: Francisco Monterde Ferrer), [ROJ: STS 2583/2007].

Cuando los familiares de víctima se encuentran en un tercer Estado la cooperación eficaz con las autoridades de ese país es ineludible; Cooperación que en muchos casos no será posible, por falta de voluntad, por las circunstancias concurrentes, por falta de medios o por la concreta situación del país de origen. A las posibles dificultades derivadas de la cooperación se unen otra serie de dificultades derivadas de la ausencia de medios personales y económicos necesarios para que las medidas no queden en un mero reconocimiento formal y sean en la práctica operativas.

La necesidad de un Reglamento de desarrollo de la Ley de protección de testigos es acuciante, así como la adopción de protocolos de actuación y coordinación entre policía, Ministerio Fiscal y órganos judiciales, ante la insuficiencia de las medidas previstas en la Ley. Las medidas dirigidas a adaptar la Ley Orgánica 19/1994 a las exigencias de protección de las víctimas de trata no se han realizado todavía, a pesar de las peticiones que desde diferentes organismos e instituciones se realizan<sup>931</sup>.

#### **A) Testigo anónimo**

Ante el anonimato que puede decretarse de la identidad de la víctima, debe tenerse en cuenta la necesidad de ponderar adecuadamente los derechos de los acusados y los intereses de los testigos, en este caso de la víctima. Por ello, aunque la Ley de protección de testigos gira alrededor de la salvaguarda de la identidad del testigo ésta puede ser fácilmente conocida por los imputados como consecuencia, no sólo de la propia declaración sobre los hechos que la identifica frente a sus agresores, sino también de la facultad que la Ley otorga tanto a la acusación como a la defensa para solicitar su identificación.

Si cualquiera de las partes solicita motivadamente el conocimiento de la identidad del testigo protegido el juez deberá facilitar el nombre y apellido del mismo. La identificación debe facilitarse no sólo a los letrados de la defensa sino también a los propios acusados, para garantizar el derecho de defensa<sup>932</sup>, pues la posibilidad de defensa depende de las posibles relaciones entre el testigo y el acusado y no entre el testigo y los letrados de la defensa, reduciendo este anonimato parcial sus posibilidades de defensa. En cualquier caso, esta revelación de la identidad no impide que se mantengan las restantes medidas de protección acordadas o que se acuerde que la declaración en el juicio oral se realice evitando la identificación visual de la víctima.

---

<sup>931</sup> En las Memorias de la Fiscalía General del Estado de 2013 y 2012 se pone de manifiesto la deficiencia de la Ley Orgánica 19/1994 en el delito de trata de seres humanos, solicitando una modificación sustancial de la misma. FGE, *Memoria 2013*, p. 346 y *Memoria 2012*, p. 835.

<sup>932</sup> En este sentido se ha pronunciado recientemente el Tribunal constitucional en la STC (Sala 1ª) 75/2013, de 8 de abril (Ponente: Adela Asua Batarrita).

La Ley parece limitar el anonimato del testigo a la fase de instrucción debiendo facilitar su identidad a las partes cuando lo soliciten motivadamente. Con esta previsión legal se pretenden garantizar los derechos del acusado que pueden verse vulnerados por el anonimato del testigo. Los derechos del testigo, en este caso de la víctima de trata de personas, no deberían afectar a los derechos procesales del presunto tratante que es acusado. Por ese motivo, no es de extrañar que la Ley de Protección de Testigos establezca la posibilidad de comunicar la identidad de la víctima como forma de compatibilizar los derechos de ambas partes contrapuestas. Precisamente con la voluntad de hacer efectivo el ejercicio de la defensa, tras el conocimiento de la identidad, se abriría un período de cinco días hábiles para que la defensa pueda solicitar la práctica de nuevas pruebas dirigidas a influir en el valor probatorio del testigo protegido.

A pesar de la literalidad del precepto, que se refiere al “deber de facilitar”, del juez competente del enjuiciamiento, tanto el nombre como apellidos del testigo en el auto en que admita la pertinencia de la prueba testifical propuesta, siempre y cuando alguna de las partes lo solicite motivadamente en el escrito de calificación provisional<sup>933</sup>, ésta no parece ser la interpretación seguida por la jurisprudencia mayoritaria.

El deber de revelar el nombre y apellidos del testigo no se interpreta de forma absoluta. Así, por un lado, si ninguna de las partes solicita conocer la identidad del testigo ésta se mantendrá en el anonimato y el desconocimiento de la misma no podrá ser alegado como infracción de las garantías debidas en el proceso. Además, por otro lado, de acuerdo con la jurisprudencia europea que atiende a los intereses en juego<sup>934</sup>, el juez puede declarar motivadamente y siempre que ello esté justificado atendiendo a las circunstancias del caso, la naturaleza del delito y la conducta del propio acusado el mantenimiento del anonimato del testigo. Por consiguiente, se aceptan las

---

<sup>933</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1023/2011, de 5 de octubre, F.J. 2º (Ponente: José Manuel Maza Martín), [ROJ: STS 6829/2011], de forma contundente se pronuncia sobre el mandato legal previsto en el art. 4.3 de LO 19/1994 en los siguientes términos “podrá ser considerado contradictorio con la finalidad de la norma en que se inscribe y, en concreto, con el tenor del apartado primero de ese mismo precepto cuando dispone la posibilidad de que el Tribunal de enjuiciamiento se pronuncie sobre la procedencia de mantener fundadamente las medidas de protección de los testigos adoptadas previamente, como es el caso, por el Instructor, pero la claridad y contundencia de la literalidad transcrita no ofrece dudas acerca de la decisión del Legislador al optar, ante el indudable conflicto entre los importantes intereses enfrentados en supuestos como el presente, por la supremacía del derecho de defensa, garantía esencial de nuestro sistema de enjuiciamiento penal”.

<sup>934</sup> El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido que el uso de declaraciones efectuadas por testigos anónimos para fundamentar una condena penal no siempre es contrario al art. 6 CEDH, aunque para ello debe procederse a ciertas cautelas que garanticen el derecho a un juicio justo. En este sentido. STEDH (Sala) de 26 de marzo de 1996, *Caso Doorson contra Holanda*, párr. 69-76; STEDH (Sala) de 23 de abril de 1997, *Caso Van Mechelen y otros contra Holanda*, párr. 52 y STEDH (Sección 3ª) 28 de marzo de 2002, *Caso Birutis y otros c. Lituania*, párr. 31.

declaraciones de testigos anónimos. Sin embargo, este tipo de declaraciones no podrán fundamentar o ser el elemento decisivo de la condena<sup>935</sup>.

Por testigo anónimo se entenderá aquel testigo de cargo que presta testimonio sin que su identidad sea conocida por el Tribunal, por la defensa o por ambos. Un testigo de esta naturaleza atenta directamente contra los derechos procesales del acusado y así lo reconocieron inicialmente tanto el Tribunal Constitucional español<sup>936</sup> como el TEDH<sup>937</sup>, al considerar no conforme con el art. 6 del CEDH la condena basada en testimonios anónimos por implicar una restricción de los derechos de defensa, imposibilitando una auténtica contradicción ante el órgano judicial encargado de decidir sobre la inocencia o culpabilidad. El derecho de todo acusado a impugnar las pruebas en su contra implica que debe conocer la identidad de los testigos para poder cuestionar su credibilidad, debiendo ser interrogados y examinados en su presencia, ya sea en el momento en que el testigo realice la declaración o en una etapa posterior del procedimiento. Así, el anonimato de un testigo impide a la defensa aportar datos que prueben la existencia de relaciones personales u otras circunstancias que pudiesen demostrar una relación de enemistad con el acusado o animadversión hacia él o su falta de credibilidad, la falsedad de la declaración o el carácter erróneo de la misma. Por ese motivo los testigos anónimos plantean problemas de difícil solución respecto a los derechos procesales del acusado.

Sin embargo y con posterioridad el TEDH, a partir de su Sentencia de 26 de marzo de 1996 en el *Caso Doorson contra Holanda*, ha relajado esta postura y ha reconocido que la utilización en sede judicial de declaraciones prestadas por testigos anónimos no siempre es incompatible con el CEDH, en concreto con el derecho a un proceso justo (art. 6 CEDH)<sup>938</sup>. Los intereses enfrentados, como la vida, libertad o seguridad de la víctima amparados por otros preceptos del CEDH y el interés a un

---

<sup>935</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 395/2009, de 16 de abril, F.J. 1º (Ponente: Manuel Marchena Gómez), [ROJ: STS 2189/2009], en la que se manifiesta que “el propio art. 4.3, subordina su alcance a que la solicitud que en tal sentido incorporen las partes en su escrito de conclusiones provisionales se haga motivadamente, estando también sujeta al normal juicio de pertinencia”; También STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 708/2010, F.J. 1º (Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca), [ROJ: STS 4124/2010] en la que admite que una posible ponderación entre los intereses del testigo y del acusado puede tener como resultado la necesidad de mantener el anonimato del testigo. Además, la no solicitud de la defensa de que la identidad de la víctima fuese revelado hace innecesario que se realice la ponderación de intereses y se mantenga el anonimato. Sin perjuicio de que si no se comunica tal identidad, las declaraciones de esos testigos no deberán constituir la base única o fundamental de la condena, tal y como recuerda la STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 649/2010, de 18 de junio, F.J. 1º y 4º (Ponente: Alberto Gumersindo Jorge), [ROJ: STS 3829/2010].

<sup>936</sup> En este sentido, la STC (Sala 1ª) 64/1994, de 28 de febrero, F.J. 3º (Ponente: Carlos de la Vega Benayas).

<sup>937</sup> Vid. STEDH (Pleno) de 20 de noviembre de 1989, caso *Kostovski c. Holanda*, párr.41-42; STEDH (Sala), de 27 de septiembre de 1990, caso *Windisch contra Austria*, párr.31; STEDH (Sala) de 15 de junio de 1992, caso *Ludi contra Suiza*, párr. 49;

<sup>938</sup> Entre otros, STEDH (Sala) de 26 de marzo de 1996, *Caso Doorson contra Holanda.*, párr. 69 STEDH (Sala) de 23 de abril de 1997, *Caso Van Mechelen y otros contra Holanda*, párr. 52; STEDH (Sección 4ª) de 22 de noviembre de 2005, *Caso Taal contra Estonia*, párr. 33;

juicio con todas las garantías del acusado deben ser adecuadamente ponderados<sup>939</sup>. Ante estas afirmaciones el Tribunal ha establecido una serie de presupuestos y requisitos cuya exigencia es indispensable para la valoración como prueba de cargo de la declaración del testimonio anónimo. En primer lugar, es necesario que la decisión judicial que decida mantener el anonimato esté justificada y sea motivada de forma razonable<sup>940</sup>. En segundo lugar, que se adopten medidas tendentes a compensar las dificultades de la defensa, mediante cierta contradicción que permita valorar la fiabilidad y credibilidad del testigo<sup>941</sup> y, finalmente, que la condena no se base únicamente o de modo decisivo en testimonios anónimos (“*regla de la prueba única o decisiva*”)<sup>942</sup>.<sup>943</sup>

Esta jurisprudencia europea ha sido reproducida y aplicada por nuestro Tribunal Constitucional en la reciente Sentencia 75/2013, de 8 de abril<sup>944</sup>, en la que se declara la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías al fundamentarse la condena del acusado en la declaración de un testigo que depone de forma oculta y que, a su vez, es parcialmente anónimo. La identidad del testigo fue facilitada exclusivamente a los abogados defensores con reserva de secreto, impidiendo su comunicación a los acusados. Siguiendo la jurisprudencia del TEDH, el TC no niega la validez de cualquier declaración efectuada por testigo anónimo sino que entra a analizar, de acuerdo con la jurisprudencia europea, si se han adoptado las medidas necesarias para compensar los déficits que para la defensa derivan del anonimato, como la comunicación de la identidad con tiempo suficiente para que hubiese sido posible indagar en las posibles relaciones de enemistad entre el testigo y el acusado o su falta de credibilidad o la realización de un interrogatorio con contradicción en fase de instrucción con presencia de los acusados, así como si existe otra prueba de cargo principal o bien la condena se fundamenta en la declaración anónima.

---

<sup>939</sup> Entre otros, STEDH (Sala) de 26 de marzo de 1996, *Caso Doorson contra Holanda.*, párr. 70.

<sup>940</sup> Vid STEDH (Gran Sala) 15 de diciembre de 2011, *Caso Al-Khawaja y Tahery contra Reino Unido*, párr. 122 a 125.

<sup>941</sup> El anonimato del testigo debe ser compensado con medidas alternativas tendentes a fortalecer la contradicción. Vid. STEDH (Sala) de 26 de marzo de 1996, *Caso Doorson contra Holanda.*, párr.72; STEDH (Sala) de 23 de abril de 1997, *Caso Van Mechelen y otros contra Holanda*, párr.54. STEDH (Gran Sala) 15 de diciembre de 2011, *Caso Al-Khawaja y Tahery contra Reino Unido*, párr. 147; STEDH (Sección 3ª) de 19 de febrero de 2013, *Caso Gani c. España*, párr.42; ALCÁCER GUIRAO, Rafael, “La devaluación del derecho a la contradicción en la jurisprudencia del TEDH”, *Revista Indret*, núm. 4, octubre de 2013.

<sup>942</sup> Sobre estas exigencias, vid. STEDH (Sala) de 26 de marzo de 1996, *Caso Doorson contra Holanda*, párr. 72 a76; STEDH (Sala) de 23 de abril de 1997, *Caso Van Mechelen y otros contra Holanda*, párr. 3 a5 5; STEDH (Sección 3ª) 28 de marzo de 2002, *Caso Birutis y otros c. Lituania*, párr.29 a 34; STEDH (Sección 4ª) de 22 de noviembre de 2005, *Caso Taal contra Estonia*, párr. 31;

<sup>943</sup> Entre otras, STEDH (Sala) de 26 de marzo de 1996, *Caso Doorson contra Holanda*, párr.76 y STEDH (Sección 3ª) de 14 de febrero de 2002, *Caso Visser c. Holanda*, párr. 50.

<sup>944</sup> STC (Sala 1ª) 75/2013, de 8 de abril, F.J. 4º y 5º (Ponente: Adela Asua Batarrita).

De la jurisprudencia europea y constitucional se extrae que como principio general la identidad del testigo debe ser conocida por los acusados como mecanismo para el ejercicio del derecho de defensa. No obstante, el mantenimiento del anonimato puede estar justificado en determinados supuestos, matizando que en ningún caso, la declaración de testimonios anónimos puede fundamentar, por sí sola o de forma decisiva, la condena del acusado al no ser adecuada para enervar el principio de presunción de inocencia<sup>945</sup>. Será necesario que existan otras pruebas principales de cargo, sirviendo la declaración como mero elemento de corroboración cuando se cumplan las restantes exigencias de motivación y compensación de déficits a la defensa.

## **B) Testigo oculto**

Es necesario diferenciar el testigo anónimo del testigo oculto, que se caracteriza porque su declaración se produce de tal forma que se evita la identificación visual del testigo por parte de los acusados, sus abogados y/o el público. A diferencia del testigo anónimo, la calificación de un testigo como oculto se fundamenta en la forma en la que se realiza su declaración en sede judicial y no en su identidad, que es conocida.

Entre las medidas a adoptar por el Estado para evitar la victimización secundaria el art. 12.4 de la Directiva 2011/36 establece que, atendiendo a una evaluación individual de las circunstancias personales de la víctima, debe evitarse el contacto visual entre la víctima de trata y el acusado, tanto durante la prestación de declaración, como en el interrogatorio y preguntas de la parte contraria, mediante medios apropiados como el uso de tecnologías de la comunicación. Es precisamente la Ley de Protección de Testigos la que introduce como medida de protección de carácter procesal la posibilidad de que el juez acuerde la práctica de la prueba testifical haciendo uso de los medios adecuados para garantizar que no exista una confrontación directa y visual entre testigo y acusado.

Las técnicas utilizadas para evitar esta confrontación visual entre testigo e imputado han sido y continúan siendo variadas, desde la videoconferencia hasta la declaración en el umbral de la puerta<sup>946</sup>, pasando por la utilización de mamparas<sup>947</sup> o biombos<sup>948</sup>. La finalidad de estas técnicas puede ser evitar que la víctima sea

---

<sup>945</sup> STC (Sala 1ª) 64/1994, de 28 de febrero, F.J. 3º (Ponente: Carlos de la Vega Benayas).

<sup>946</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 2087/1994, de 8 de julio de 1994, F.J.2º (Ponente: Joaquín Delgado García), [ROJ: STS 16152/1994].

<sup>947</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 892/2008, de 26 de diciembre, F.J. 26º, (Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre), [ROJ: STS 6940/2008].

<sup>948</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 913/1997, de 24 de junio, F.J. 2 (Ponente: Joaquín Delgado García), [ROJ: STS 4505/1997]; STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 343/1999, de 9 de marzo, F.J.2 (Ponente: José Antonio Martín Pallín), [ROJ: STS 1606/1999].

identificada mediante imagen y/o voz por el imputado, garantizando su seguridad, o bien garantizar el estado psicológico y emocional de la víctima evitando los perjuicios que pudiesen derivar de una confrontación visual entre ellos. La opacidad con la que se realiza la declaración del testigo permite hablar en estos supuestos de testigos ocultos, que no anónimos en cuanto su identidad es conocida por el Tribunal.

El Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2000 acuerda que para adoptar la medida de impedir la visualización del testimonio de un testigo en el acto del juicio oral por parte del acusado, al que se refiere la Ley de Protección de Testigos es necesario que el Tribunal motive razonablemente su decisión, ya se trate de una medida protectora adoptada durante fase de instrucción, como si tal medida se acuerda en el momento de la celebración del juicio oral. La inexistencia o insuficiencia de tal motivación será susceptible de control casacional, originando la nulidad del juicio oral con retroacción de las actuaciones.

Sobre los testigos ocultos y su incidencia en las garantías procesales también se ha pronunciado el TC en la temprana Sentencia 64/1994, de 28 de febrero, en el Auto 270/1994, de 17 de octubre, en el Auto 522/2005, de 20 de diciembre y en la reciente Sentencia 75/2013, de 8 de abril, acogiendo la jurisprudencia del TEDH, declara que en aquellos casos en los que *«el testimonio no pueda calificarse de anónimo sino, en todo caso, de "oculto" (entendiendo por tal a aquel testigo de cargo que se presta declaración sin ser visto por el acusado), pero, en los que la posibilidad de contradicción y el conocimiento de la identidad de los testigos -tanto para la defensa como para el Juez o Tribunal llamado a decidir sobre la culpabilidad o inocencia del acusado- resulten respetados, han de entenderse cumplidas las exigencias derivadas del art. 6.3 d) del Convenio y, en consecuencia, también las garantías que consagra el art. 24.2 de nuestra Constitución»*.<sup>949</sup>. Por lo tanto, no se vulnera el principio de contradicción en el caso de testimonios ocultos cuando la identidad del testigo sea conocida y la declaración se realice ante el Tribunal en presencia del acusado, que podrá escuchar el testimonio prestado pudiendo formular su defensa las preguntas que considere oportuna.

El derecho a un proceso con todas las garantías exige, como regla general, que los medios de prueba se practiquen en el juicio oral con plenitud de garantías de publicidad, oralidad, contradicción e inmediación. El procedimiento probatorio debe tener lugar en el debate contradictorio que de forma oral se desarrolle ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar sentencia respetando estos principios<sup>950</sup>. Sin embargo

---

<sup>949</sup> STC (Sala 1ª) 64/1994, de 28 de febrero, F.J. 3º (Ponente: Carlos de la Vega Benayas).

<sup>950</sup> En este sentido, STC (Sala 1ª) 182/1989, de 3 de noviembre, F.J. 2º (Ponente: Vicente Gimeno Sendra); STC (Pleno) 67/2001, de 17 de marzo, F.J. 6º (Ponente: Pablo Cachón Villar); STC (Sala 2ª) 195/2002, de 28 de octubre de 2002, F.J.: 2º (Ponente: Pablo Cachón Villar); STC (Sala 1º) 206/2003, de 1

es posible establecer ciertas excepciones a estos principios<sup>951</sup> siempre que esté justificado y, en todo caso, se permita el ejercicio de defensa contradictoria por parte de quien se encuentra sometido a enjuiciamiento penal.

Los derechos de defensa se restringen cuando la condena se funda exclusivamente o de forma decisiva en declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el plenario<sup>952</sup>. Por este motivo, la legislación procesal penal permite la práctica de la prueba, en este caso la testifical, cumpliendo ciertos requisitos, por otros medios que no garantizan la inmediación y contradicción de forma plena, como la declaración por escrito, la prueba preconstituida o la videoconferencia. En estos supuestos previstos legalmente no se impide la valoración de la prueba sino solo la necesidad de proceder con cautela, buscando el equilibrio adecuado entre garantías procesales y protección de la víctima.

En relación con los testigos ocultos merece especial mención la práctica de la prueba testifical la utilización del sistema de videoconferencia. Este sistema es un mecanismo adecuado para la protección de la víctima que actúa como testigo ya que permite que la víctima testifique desde lugar distinto a la sala de vistas evitando la coincidencia física entre ambos en un mismo espacio, así como garantizar que no se produzca la confrontación visual e incluso que no se produzca la identificación directa por voz o por imagen de la víctima<sup>953</sup> cuando sea necesario.

Con carácter general la legislación procesal impone que la práctica de la prueba testifical se realice mediante la comparecencia del testigo ante el Tribunal para garantizar la plena inmediación y contradicción. Sin embargo, el art. 229.3 LOPJ, en

---

de diciembre, F.J. 2º (Ponente: Javier Delgado Barrio); STC ( Sala 1ª) 1/2006, de 16 de enero, F.J. 4º (Ponente: Roberto García-Calvo y Montiel); STC (Sala 2ª) 345/2006, de 11 de diciembre, F.J. 3º (Ponente: Pascual Sala Sánchez) ; STC (Sala 1ª) 134/2010, de 3 de diciembre, F.J. 3º (Ponente: Jorge Rodríguez-Zapata Pérez); STC (Pleno) 53/2013, de 28 de febrero, F.J. 3º (Ponente: Fernando Valdés Dal-Ré).

<sup>951</sup> Vid. STC (Sala 2ª) 174/2011, de 7 de noviembre de 2011, F.J. 3º (Ponente: Francisco Pérez de los Cobos Orihuel); STC (Sala 1ª) 80/1986, de 17 de junio, F.J. 1º (Ponente: Eugenio Díaz Eimil); STC (Sala 2ª) 345/2006, de 11 de diciembre (Ponente: Pascual Sala Sánchez); STC (Sala 2ª) 68/2010, de 18 de octubre, F.J. 5º (Ponente: Elisa Pérez Vera).

<sup>952</sup> STEDH (Sección 2ª) de 27 de febrero de 2001, *Caso Lucà c. Italia*, párr. 40; STEDH (Gran Sala) 15 de diciembre de 2011, *Caso Al-Khawaja y Tahery contra Reino Unido*, párr. 118 y STEDH (Sección 3ª) de 19 de febrero de 2013, *Caso Gani c. España*, párr. 38.

<sup>953</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 910/2013, de 3 de diciembre de 2013, F.J. 2º, (Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Lurca), [ROJ: STS 5805/2013] en la que una víctima de trata captada con violencia en Rumanía y trasladada a España para ejercer la prostitución forzada como pago de un deuda de 3000 euros, es declarada como testigo protegido. El Tribunal acuerda que la prueba testifical se practique mediante el sistema de videoconferencia, evitando su identificación directa por voz o por imagen, desde Rumanía. La declaración de la víctima se produjo a través de la jueza rumana competente cuya presencia y actuaciones (identificación del testigo, toma de juramento y traslado de las preguntas y respuestas efectuadas por las partes) garantiza la regularidad de la diligencia y la identidad de la testigo y su conformidad con el derecho a un proceso con todas las garantías.



su redacción por la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, es el encargado de introducir la posibilidad de que determinados actos procesales como las declaraciones, interrogatorios, testimonios, entre otros, se realicen a través del sistema de la videoconferencia.

De acuerdo con los arts. 325 y 731 bis de la LECrim, entre otros participantes en el proceso penal, los testigos, hayan sido reconocidos como protegidos o no, podrán declarar mediante videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido. La declaración a través de videoconferencia debe ser acordada por el juez, de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público o cuando la comparecencia de quien haya de intervenir resulte particularmente gravosa o perjudicial.

No sólo cuando la víctima se encuentre fuera de territorio español o imposibilitada para el desplazamiento a sede judicial podrá acordarse la declaración por videoconferencias, sino que será posible su acuerdo cuando debido al estado emocional y psicológico de la víctima sea desaconsejable su declaración judicial, en condiciones normales. En estos casos, el juez podrá acordar la práctica de la declaración a través de estos sistemas de comunicación. Al igual que correspondería en aquellos supuestos en los que el miedo a represalias pudiese influir negativamente en la declaración de la víctima o en su propia seguridad, haciendo que ésta no declarase o retractarse de lo declarado con anterioridad. El carácter bidireccional de la videoconferencia, que permite recibir la imagen y sonido en tiempo real, sometiendo a la víctima a interrogatorio por las partes de forma inmediata, permite que los principios de inmediación y contradicción no se vean afectados. La declaración testifical mediante videoconferencia no implica en todos los casos que ésta se realice sin confrontación visual entre testigo y acusado, sino que la víctima no se encontrará en el mismo espacio físico que el acusado, pudiéndose encontrar en una sala anexa a la sala de vistas o en la comisaría o juzgado más próximo al domicilio. Cuando la declaración mediante videoconferencia vaya acompañada de opacidad, estamos nuevamente ante un testigo oculto, siendo aplicable lo dicho con anterioridad respecto a ellos y al valor de su declaración.

### ***3.1.3. Declaración de la víctima en fase de instrucción***

Además de la posibilidad de declarar como testigo anónimo y/u oculto, fuera de la Ley de protección de testigos la legislación procesal contempla la posibilidad de que la declaración de la víctima en fase de instrucción pueda ser llevada y desplegar sus efectos como prueba de cargo como prueba anticipada.

Así, en determinados supuestos la anticipación de la prueba testifical, garantizando la contradicción, cuando por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima, o por otro motivo, se tema razonablemente que la prueba no podrá practicarse en el juicio oral, o pudiera motivar la suspensión (art. 448 y 777.2 LECrim). En estos casos el Juez de Instrucción o de Guardia, según el procedimiento que se siga, practicará inmediatamente la misma, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes.

El Tribunal Constitucional reconoce que la prueba susceptible de enervar la presunción de inocencia debe practicarse en el juicio oral ante el juez o tribunal con sujeción a los principios de oralidad, contradicción e inmediación<sup>954</sup>. Sin embargo, ha matizado esta postura otorgando valor probatorio a las pruebas de cargo preconstituidas cuando se cumplan una serie de presupuestos y requisitos, materiales, subjetivos, objetivos y formales. De acuerdo con éstos, se aceptará el valor probatorio de las diligencias sumariales cuando exista una causa legítima que impida reproducir la declaración en el juicio oral, siendo necesario que la declaración se haya practicado con la intervención del Juez de Instrucción, garantizándose la posibilidad de contradicción mediante la convocatoria al abogado del imputado para su participación en el interrogatorio, y, finalmente, que la declaración sumarial se introduzca en el juicio oral mediante la lectura del acta que la documenta<sup>955</sup>.

Esta prueba anticipada impropia o preconstituida parece responder principalmente a cuestiones de eficiencia de la Administración y de continuación del proceso penal más que a garantizar la protección del testigo, pues el art. 448 LECrim respecto al procedimiento ordinario y el art. 777 LECrim en relación con el abreviado, se refieren a la ausencia del territorio nacional y a la posible muerte o incapacidad del testigo previa a la apertura del juicio oral. Sin embargo, es posible proceder a una interpretación más amplia del precepto tendente a la protección de la víctima cuando de la declaración en el juicio oral se deriven riesgos para su salud física y psíquica, que imposibilitarían su práctica en el juicio oral. Esta interpretación ha sido consolidada por la jurisprudencia, al menos en lo referente a las menores de edad víctimas de delitos contra la libertad sexual, al entender que existe la imposibilidad de practicar la prueba testifical en el juicio oral cuando ésta pueda ocasionar daños psicológicos a los menores víctimas, permitiendo la valoración de la prueba de cargo preconstituida<sup>956</sup>. Fue la STJUE de 16 de junio de 2005, en el asunto *Pupino*, la que

---

<sup>954</sup> STC 31/1981, de 28 de julio (Ponente: Gloria Begué Cantón).

<sup>955</sup> Entre otras, STC 154/1990, de 15 de octubre, F.J.º. (Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer); STC 10/1992, de 16 de enero, F.J. 2º (Ponente: Luis López Guerra); STC 187/2003, de 27 de octubre, F.J. 3º (Ponente: Pablo García Manzano ) STC 56/2010, de 4 de octubre, F. J. 4º (Ponente: Javier Delgado Barrio); STC200/1996, de 3 de diciembre, F. J. 2º (Ponente: Vicente Gimeno Sendra).

<sup>956</sup> STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 96/2009 de 10 de marzo, F.J. 4º (Ponente: Adolfo Prego de Oliver Tolivar), [ROJ: STS 1804/2009]; STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 743/2010, de 17 de junio, F. J. 3, (Ponente: Juan Saavedra Ruíz), [ROJ: STS 4235/2010]; STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1016/2012, de 20 de diciembre, F.J.1º (Ponente: Francisco Monterde Ferrer), [ROJ: STS

mediante la interpretación de la Decisión Marco 2001/220/JAI, 15 de marzo impuso la obligación a los órganos judiciales nacionales de interpretar el ordenamiento nacional de tal forma que fuese posible autorizar a niños de corta edad que alegan haber sido víctimas de malos tratos a que presten declaración garantizando un nivel adecuado de protección, por ejemplo, fuera de la audiencia pública y antes de la celebración de ésta. Con posterioridad el TC confirmó el valor probatorio de las declaraciones realizadas en fase de instrucción por estos menores con la voluntad de proteger su estado emocional y desarrollo personal, siempre y cuando se respetase plenamente el principio de contradicción<sup>957</sup>. Finalmente, la LECrim fue modificada, en su art. 448, para introducir, mediante la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, que la declaración de los testigos menores de edad se llevará a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculcado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba.

Sin embargo esta ampliación de la prueba constituida no se ha extendido a las restantes víctimas de delito, a pesar de que el Plan integral de lucha contra la trata de personas con fines de explotación sexual preveía la reforma de la LECrim en materia de prueba anticipada para incluir una mención explícita a las víctimas de trata. No obstante, las obligaciones dimanantes de instrumentos internacionales y disposiciones europeas podrían servir de fundamento, al igual que lo fueron en los casos de menores de edad, para las víctimas de trata de seres humanos.

### ***3.1.4. Respeto a la intimidad y publicidad de las actuaciones***

Además de la no confrontación visual entre víctima y testigo el art. 12.4 de la Directiva 2011/36 establece que, atendiendo a una evaluación individual de las circunstancias personales de la víctima, los Estados deben velar por que las víctimas reciban un trato especial, evitando repetir innecesariamente interrogatorios durante la investigación, instrucción o juicio, testificar en audiencia pública y preguntar sobre la vida privada cuando no sea absolutamente necesario (art. 12. 4).

En primer lugar y en relación con el debido respeto que merece la víctima durante el interrogatorio y la declaración, es el art. 15.3 de la Ley 35/1995 el que recuerda que el interrogatorio de la víctima debe realizarse en cualquier fase del procedimiento con respeto a su situación personal, sus derechos y dignidad. Además, se intentará evitar citaciones reiteradas, intentando que durante la permanencia de la víctima en la oficina judicial para prestar declaración no coincida con el presunto

---

8543/2012] y STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 19/2013, de 9 de enero, F.J.2º (Ponente: Manuel Marchena Gómez), [ROJ: STS 173/2013].

<sup>957</sup> Vid. STC (Sala 2ª) 174/2011, de 7 de noviembre de 2011, F.J.: 3º y 4º (Ponente: Francisco Pérez de los Cobos Orihuel).

autor, familiares o amigos de aquél, que pudieran haber sido citados igualmente, preservando así su dignidad e intimidad.

En segundo lugar, como de medida de protección de la víctima que acuda a testificar al acto del juicio y de forma excepcional es posible limitar la publicidad de las actuaciones. Si bien el art. 24 CE consagra como derecho fundamental el derecho a un proceso público con todas las garantías, declarándose que las actuaciones judiciales serán públicas, en ciertas condiciones es posible la celebración del juicio a puerta cerrada. En este sentido, por razones de orden público y del debido respeto a la persona ofendida o su familia puede motivarse la celebración del juicio a puerta cerrada<sup>958</sup> (art.680 LECrim). Sin embargo, el art. 681 LECrim prevé entre las personas que no abandonarán la sala tras la decisión de celebrar el juicio a puerta cerrada a los procesados. Por tanto, esta medida más que evitar la confrontación visual entre el acusado y la víctima está dirigida, entre otras cosas, a proteger la vida privada y familiar de la víctima.

### ***3.1.5. Declaración de la víctima como prueba de cargo***

Para finalizar, debe hacerse una breve referencia a la capacidad que posee la declaración de la víctima cuando es la única prueba de cargo. Tanto el TC como el TS han reconocido que la declaración de la víctima tiene valor de prueba testifical suficiente para enervar el principio de presunción constitucional de inocencia, siempre que se practique con las debidas garantías, no se trata de una prueba indiciaria sino de una prueba directa<sup>959</sup>.

Cuando la declaración de la víctima sea la única prueba de cargo se han adoptado una serie de parámetros para la eficacia probatoria como prueba de cargo. El testimonio facilitado debe analizarse desde la perspectiva de la credibilidad subjetiva,

---

<sup>958</sup> En este sentido, STC (Sala 1ª) 65/1992, de 29 de abril de 1992, F.J. 2º (Ponente: Fernando García-Mon y González-Regueral); STC (Sala 1ª) 56/2004, de 19 de abril, F.J. 5º (Ponente: Javier Delgado Barrio) y STC (Sala 1ª) 56/2004, de 19 de abril, F.J. 5º (Ponente: Javier Delgado Barrio).

<sup>959</sup> Vid. STC (Sala 2ª) 195/2002, 28 de octubre de 2002, F.J. 4º (Ponente: Pablo Cachón Villar); STC (Sala 1ª) 201/1989, de 30 de noviembre, F.J. 4º (Ponente: Vicente Gimeno Sendra); STC (Sala 2ª) 173/1990, de 12 de noviembre, F.J. 3, (Ponente: José Gabaldón López ); STC (Sala 1ª) 229/1991, de 28 de noviembre, F.J. 4º, (Ponente: Luis López Guerra); STC (Sala 1ª) 64/1994, de 28 de febrero, F.J. 5º (Ponente: Carlos de la Vega Benayas); Así como, STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 243/1998, de 20 de febrero de 1998, F.J. 3º (Ponente: José Augusto de Vega Ruíz), [ROJ: STS 1129/1998]; STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 190/1998, de 16 de febrero, F.J. 3º a 5º, (Ponente: Cándido Conde-Pumpido Tourón), [ROJ: STS 1031/1998]; STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 102/1997, de 28 de enero, F.J.2º, (Ponente: Gregorio García Ancos), [ROJ: STS 476/1997]; STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1056/2012, de 21 de diciembre, F.J. 1º, (Ponente: Carlos Granados Pérez), [ROJ: STS 8758/2012]; STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 14/2010, de 28 de enero, F.J. 3º (Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre), [ROJ: STS 303/2010].

de la credibilidad objetiva y de la persistencia en la incriminación<sup>960</sup>. La deficiencia en alguno de estos elementos no invalida la declaración facilitada, pero lo cierto es que si constituye la única prueba de cargo impide su eficacia para desvirtuar la presunción de inocencia si carece de elementos de corroboración.

El TS considera que la credibilidad subjetiva implica comprobar la inexistencia de características físicas o psíquicas del testigo que puedan debilitar el testimonio (minusvalías sensoriales o psíquicas, ceguera, sordera, trastorno o debilidad mental, edad infantil), así como la inexistencia de motivos espurios, como la animadversión, enemistad, venganza, la voluntad de proteger a un tercero o el deseo de obtener alguna ventaja procesal, que hagan dudar de la veracidad de la declaración de la víctima. La concurrencia de alguna circunstancia de resentimiento, venganza o cualquier otro motivo ético y moralmente inadmisibles, no descarta la declaración del testigo por completo si ésta tiene solidez y veracidad objetiva, obligando al tribunal a realizar una valoración cautelosa de las afirmaciones<sup>961</sup>.

Una cuestión a tener en cuenta en el caso de las víctimas de trata es la posibilidad de que su credibilidad subjetiva pueda verse afectada cuando, tratándose de un ciudadano extranjero, por la colaboración con las autoridades puede obtener una autorización de residencia y trabajo.

En segundo lugar, debe valorarse la credibilidad objetiva o verosimilitud del testimonio. Para ello la declaración debe ser coherente desde un punto de vista interno y también externo, para lo que se tendrán en cuenta los datos objetivos de corroboración de carácter periférico. Desde un punto de vista interno, la explicación de los hechos debe ser razonable y coherente. Desde un punto de vista externo, la coherencia externa se obtiene cuando el testimonio es compatible como corroboraciones periféricas objetivas que obran en el proceso, tales como el informe del médico forense sobre las posibles lesiones producidas; los informes psicológicos o periciales; la existencia de testigos de los hechos, aunque sean de referencia; y también tendrán valor las manifestaciones de otras personas, sobre hechos o datos concretos que, a pesar de no estar necesariamente relacionados con el hecho delictivo, puedan aportar verosimilitud al testimonio de la víctima.

---

<sup>960</sup> STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 930/1998, de 2 de julio, F.J. 2º (Ponente: Eduardo Moner Muñoz), [ROJ: STS 4432/1998]; STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 667/2008, de 5 de noviembre, F.J.2º (Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre), [ROJ: STS 6095/2008]; STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 964/2013, de 17 de diciembre, F.J. 2º a 5º, (Ponente: Cándido Conde-Pumpido Tourón), [ROJ: STS 6348/2013].

<sup>961</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 224/2005, de 24 de febrero, F.J. 4º, (Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre), [ROJ: STS 1153/2005]. El deseo de justicia derivado del sufrimiento generado por el propio hecho delictivo no debe considerarse como motivación espuria. Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 609/2013, de 10 de julio F.J. 4º, (Ponente: Cándido Conde-Pumpido Tourón), [ROJ: STS 3883/2013].

Por último, la persistencia en la incriminación, exige la corroboración de tres requisitos la ausencia de modificaciones esenciales en las sucesivas declaraciones prestadas, concreción en la declaración, sin vaguedades o generalidades y, finalmente, ausencia de contradicciones entre las diversas declaraciones facilitadas.

Por un lado, ante posibles contradicciones entre las declaraciones prestadas en distintos momentos procesales, el art. 714 LECrim permite que cualquiera de las partes pida la lectura de la declaración, siempre que la prestada por la testigo en el juicio oral no sea, en lo sustancial, conforme con la dada en la fase de instrucción. El Tribunal en estos casos podrá solicitar al testigo-víctima que explique las diferencias o contradicciones observadas en sus declaraciones.

Así, a pesar de que se reconozca validez a la declaración de la víctima como única prueba de cargo, lo cierto es que ésta puede plantear problemas en relación con la presunción de inocencia. El hecho de que la víctima inicie el proceso y que su declaración sea la única prueba de la existencia de los hechos puede generar una inversión de la carga de la prueba, desvirtuando totalmente el derecho a la presunción de inocencia. No es de extrañar que para ello el Tribunal sentenciador deba valorar de forma cautelosa la declaración de la víctima, sobre todo cuando ésta es la única prueba de cargo existente.

En concreta relación con las víctimas de trata, debe atenderse especialmente a la existencia de elementos de corroboración como informes médicos, psicológicos, sociales de la víctima de trata, así como de testigos de referencia, que adquirirán especial importancia a la hora de condenar al acusado.

### ***3.1.6. Víctimas menores de edad en el proceso penal***

El art. 15 de la Directiva 2011/36 se refiere a las medidas de protección de las víctimas de trata de seres humanos menores de edad durante el proceso penal. Como primera medida prevé la necesidad de designar a un representante del menor cuando por motivo de conflictos entre el menor y sus progenitores se les haya retirado la representación. Las restantes medidas se dirigen principalmente al establecimiento de unas pautas que debido a la especial vulnerabilidad del menor deben tenerse en cuenta durante los interrogatorios y el transcurso del proceso penal.

Así, entre las especificaciones que se realizan respecto a las víctimas menores durante el proceso penal destaca la previsión de que la víctima menor de edad pueda ser oída sin estar presente en la sala, mediante la utilización de las tecnologías de la

comunicación adecuada. Así como que todos los interrogatorios de víctimas menores puedan ser grabados en video y que esas grabaciones puedan ser admitidas como pruebas en el proceso penal. Estos interrogatorios, dada la especial preocupación por el menor deben seguir unas pautas que garanticen en todo caso su estabilidad y el menor perjuicio posible. Por ese motivo, el interrogatorio debe llevarse a cabo sin demoras injustificadas y sin reiteraciones innecesaria, en lugar adaptado para ello, debiendo estar acompañado de su representante o por un adulto elegido por él, correspondiéndole a un profesional con formación adecuada la dirección del interrogatorio.

La LECrim otorga un especial tratamiento a los menores víctimas del delito, al tratarse de testigos con necesidades especiales de protección debido a su minoría de edad, debiéndose velar por el interés superior del menor. Entre las medidas previstas en la LECrim dirigidas a garantizar su bienestar y seguridad se encuentra la prohibición de la práctica de careos con testigos menores de edad salvo que el Juez lo considere imprescindible y no lesivo para los mismos, previo informe pericial (arts. 455 y 713 LECrim). Pero, principalmente, son los arts. 448 y 777. LECrim los que se establecen ciertas particularidades en la práctica de la prueba testifical en el caso de menores. Estos preceptos obligan a que la declaración de los testigos menores de edad se lleve a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello los medios técnicos adecuados para la práctica de la prueba. Mientras que el primero de los preceptos se refiere a la prueba testifical anticipada en el caso de menores, el segundo se ocupa de la práctica de la misma en el juicio oral.

Las medidas para evitar la confrontación visual entre víctima menor y acusado son variadas y no difieren de las ya comentadas y utilizadas para evitar esa confrontación en el caso de víctimas mayores de edad, tales como las clásicas mamparas o biombos tendentes a evitar que la víctima sea vista por el acusado, declaración desde una sala contigua a la de vistas o incluso desde fuera de la sede judicial. Dependiendo del caso la declaración podía hacerse mediante interfonos, circuitos cerrados de televisión o incluso a través de la videoconferencia. La calificación del testigo como testigo oculto dependerá de si a través de estos mecanismos se evita o no el contacto visual con el acusado. Será aplicable en estos casos lo anteriormente explicado sobre los testigos ocultos, radicando la importancia en que el Tribunal pueda ver la declaración y que éste se asegure que la defensa tendrá la oportunidad de interrogar al testigo.

Respecto a la práctica de la prueba anticipada en el caso de menores se establece una excepción al principio general de que las pruebas con capacidad para desvirtuar la presunción de inocencia son las practicadas en el juicio oral, respetándose los principios de contradicción, intermediación, oralidad e igualdad de armas.

En el caso de los menores se ha interpretado de forma amplia la imposibilidad de practicar la prueba en el juicio oral como fundamento para proceder a la práctica de la prueba anticipada. Por ese motivo la improcedencia o imposibilidad de asistencia del menor al juicio oral como consecuencia de los daños psicológicos que su participación puede generarle o bien porque no va a poder narrar los hechos, se unen a los motivos de imposibilidad tradicionalmente contemplados en la LECrim, como el fallecimiento, enfermedad grave o residencia del extranjero. En esta situación es posible la preconstitución de la prueba, validándose como prueba de cargo bien la declaración prestada en instrucción por el propio menor, bien, en caso de no existir, las declaraciones de testigos de referencia<sup>962</sup>. Es la Circular de la Fiscalía 3/2009, de 10 de noviembre, sobre protección de las y los menores víctimas y testigos, desarrolla como debe procederse a la práctica de la prueba anticipada en caso de menores<sup>963</sup>.

### **3.1.7. Medidas cautelares**

El paulatino interés en la protección de la víctima del delito se ha ido convirtiendo en un principio básico del proceso penal. Junto a las medidas de protección y derechos que se reconocen a la víctima durante el proceso penal, mencionados en el epígrafe anterior, debe hacerse mención a las medidas cautelares.

El art. 544 bis LECrim recoge una serie de medidas en beneficio y protección de la víctima que podrán ser acordadas por el juez como medidas cautelares. Si bien inicialmente las medidas cautelares estaban previstas como forma de garantizar la presencia del imputado al juicio, en la actualidad su importancia para la protección de la víctima es una realidad.

Si se mantiene una interpretación acorde con el bien jurídico y la normativa internacional, el delito de trata puede incluirse entre los delitos contra la libertad e integridad moral a efectos de adoptar las medidas cautelares previstas en el art. 544 bis de la LECrim que se remite a los delitos mencionados en el art. 57 CP, entre los que expresamente no se ha incluido el delito de trata de personas. Entre las medidas cautelares que podrán acordarse cuando resulte necesario para la protección de la víctima son la prohibición de residir o acudir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma, o de aproximarse o comunicarse a determinadas personas<sup>964</sup>.

---

<sup>962</sup> Entre otras, STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 429/2002, de 8 marzo, F.J. 1º (Ponente: José Jiménez Villarejo), [ROJ: STS 1652/2002] y STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1229/2002, de 1 de julio, F.J. único, (Ponente: José Jiménez Villarejo), [ROJ: STS 4878/2002].

<sup>963</sup> Sobre la forma en la que se puede efectuar la prueba anticipada puede verse la STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 96/2009, de 10 de marzo, F.J. 2º (Ponente: Adolfo Prego de Oliver Tolivar), [ROJ: STS 1804/2009].

<sup>964</sup> En este sentido, VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el derecho internacional*”, op.cit. p. 535.



En aquellos casos en los que el inculpado haya incumplido la medida cautelar acordada será posible acordar otra medida cautelar que implique una mayor limitación de su libertad, incluida la prisión provisional o la orden protección prevista en el art. 544 ter LECrim para los casos de violencia de género. Se tendrán en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar.

Cuando la medida cautelar implique la prohibición de entrar en determinados lugares o localidades, frecuentados o en los que esté establecido el domicilio de la víctima<sup>965</sup>, será posible, en el futuro, la adopción de una orden europea de protección ando la víctima protegida decida residir o resida ya en otro Estado miembro, en virtud de la Directiva 2011/99/UE del PE y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección<sup>966</sup>.

#### **4. Reparación e indemnización de la víctima**

Finalmente, entre los derechos que se reconocen a las víctimas, incluidas las de trata de personas se encuentra el derecho a la indemnización y reparación legal. En el mismo sentido, tanto la Decisión Marco sobre el Estatuto de la víctima penal como la actual Directiva 2012/29 que la ha sustituido reconocen el derecho a las víctimas que han sufrido un daño o perjuicio como consecuencia de una infracción penal a obtener una indemnización por parte del infractor. En este derecho debe incluirse el derecho de la víctima a que se le sean restituidas las pertenencias recuperadas durante el proceso penal, recomendando que el derecho se garantice en el propio proceso penal, salvo que el derecho nacional establezca que dicha decisión se adopte en otro procedimiento.

El ordenamiento español cumple suficientemente con el derecho de la víctima que ha sufrido un daño o perjuicio como consecuencia de un delito a obtener una indemnización por parte del infractor, a través del ejercicio de la acción civil y subsidiariamente mediante las ayudas e indemnizaciones públicas. La obligación de resarcir a la víctima del delito recae principalmente sobre el autor del delito, mediante la responsabilidad civil *ex delicto*, regulada en el Código Penal. Para garantizar el pago de la responsabilidad civil existen mecanismos para que el condenado indemnice a la víctima. Sin embargo, cuando no se produce el pago de la responsabilidad civil deberá acudir al sistema público de indemnizaciones.

---

<sup>965</sup> También cuando la medida de protección consista en la prohibición de cualquier tipo de contacto con la persona protegida, incluidos los contactos telefónicos, por correo electrónico o postal, por fax o por cualquier otro medio, o en la prohibición o reglamentación del acercamiento a la persona protegida a una distancia menor de la indicada en la medida.

<sup>966</sup> El plazo para la transposición de la Directiva finalizará el 11 de enero de 2015.

#### **4.1. Responsabilidad civil derivada de delito**

En España, por razones históricas la responsabilidad civil derivada del delito o falta se encuentra regulada en el propio Código Penal (arts. 109 a 122 CP) y en la LECrim (arts. 100, 106 a 117 LECrim). El hecho de que la codificación penal se produjese con anterioridad a la civil explica su inclusión en el código penal, a pesar de la naturaleza civil de la misma. Así, la responsabilidad civil derivada de delito se diferencia de la responsabilidad extracontractual prevista en el CC, únicamente por su tratamiento procesal.

Respecto a este tratamiento procesal debe ponerse de manifiesto que la víctima puede ejercitar la acción civil tanto en el proceso penal como en un proceso civil. Le corresponde a la víctima decidir si se constituye como parte en el proceso y si en él ejercita conjuntamente con la acción penal la acción civil, si sólo ejerce la acción civil o bien si prefiere reservarla para su posterior ejercicio en un procedimiento civil. Sin embargo, ejercitada la acción penal se entiende también ejercitada la civil, salvo que la víctima renuncie a ésta o la reserve expresamente para un posterior proceso civil. La víctima, por tanto, podrá renunciar a la restitución, reparación o indemnización. No obstante, la no personación de la víctima como parte en el proceso no se entenderá como renuncia a la responsabilidad civil, siendo necesario que ésta sea expresa. En estos casos, le corresponderá al Ministerio Fiscal ejercer conjuntamente la acción penal y civil, a no ser que la víctima renunciase expresamente a su derecho.

Cuando el sujeto comete una acción constitutiva de delito no sólo se generará una responsabilidad penal por los hechos sino que también será el responsable civil por los daños y perjuicios que del mismo se hayan derivado. De acuerdo con el art. 109 CP, existe la obligación de reparar los daños y perjuicios causados por la ejecución de un hecho descrito como delito o falta. Sin embargo, debe ponerse de relieve que la existencia de un delito o falta no hace nacer de forma automática la responsabilidad civil, puesto que éste es un presupuesto necesario para ella pero no suficiente. Así, es necesario junto a la comisión del delito o falta, la existencia de unos daños o perjuicios, debiendo existir entre ambos elementos una relación de causalidad.

Además, es posible que el autor sea declarado exento de responsabilidad penal por falta de culpabilidad al concurrir alguna de las eximentes previstas en el art. 20 CP. Esta falta de responsabilidad penal por falta de culpabilidad no exime de la obligación de hacer frente a la responsabilidad civil, siendo suficiente para que subsista la responsabilidad civil que se declare la existencia de un hecho típico y antijurídico, siempre que del mismo se hayan derivado daños y perjuicios, o incluso, que se trate de un hecho típico si la causa de justificación es la presencia del estado de

necesidad justificante, que no eximirá de hacer frente a la responsabilidad civil por los daños causados como consecuencia de la acción salvadora.

La responsabilidad civil implica la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios. Por tanto, existirá en primer lugar una obligación de restituir el mismo bien del que ha sido desposeído su legítimo propietario o poseedor. En segundo lugar, deberá procederse a la reparación del daño que puede consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer atendiendo a la naturaleza del daño y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable, determinando si han de ser cumplidas por él mismo o pueden ser ejecutadas a su costa. Por último, corresponde la indemnización de los perjuicios materiales y morales causados. Es entre los daños morales donde se incluye el sufrimiento físico, la disminución de condiciones físicas como la salud, la estética o la sexualidad. Además, se resarcirá a la víctima tanto por los daños directamente producidos por los hechos constitutivos de delito como también por el lucro cesante, es decir, aquellas ganancias o beneficios dejados de obtener como consecuencia de la infracción penal.

El resarcimiento que generalmente se producirá en el delito de trata de seres humanos, será la indemnización, aunque es posible la existencia de un deber de restituir ciertos objetos de los que la víctima se hubiese vista privada durante el episodio de trata, como sus documentos de identificación personal.

La cuantía de la indemnización queda a valoración del juez que deberá valorar las circunstancias concurrentes en cada caso concreto. El CP, salvo alguna referencia a la compensación de culpas y a la obligación de motivar la cuantía de los daños y la indemnización, nada dice sobre las reglas o criterios a seguir para proceder a la determinación de la cuantía de la indemnización. Sin embargo, es práctica jurisprudencial consolidada acudir a la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor como criterio orientativo para fijar las indemnizaciones. Esta Ley incluye normas detalladas sobre la cuantificación de los daños y perjuicios y un anexo con un sistema de valoración de los mismos causados a las personas en accidentes de circulación. Si bien esta Ley no es de obligada aplicación por parte de los Tribunales fuera del ámbito de aplicación que le es propio, circunscrito a los daños ocasionados en accidentes de circulación en caso de imprudencia, lo cierto es que suele aplicarse el baremo recogido por analogía.

Entre las personas responsables civilmente, se encuentra de forma directa el responsable penal del delito. Serán responsables civiles directos los autores o cómplices del delito o falta. Si existe un único responsable penal, éste será el responsable directo por la totalidad de la indemnización, mientras que sí existen varios responsables penales, en calidad de autores o cómplices, a cada uno de ellos se le impondrá una cuota de la que responderá cada uno. Los autores y cómplices, cada uno

dentro de su clase, serán responsables solidariamente entre sí por sus cuotas, lo que permitirá a la víctima dirigirse a todos o a cualquiera de los autores o a todos o cualquiera de los cómplices para exigir la suma total de las cuotas que correspondan a cada clase de responsable. Pero, además, son responsables subsidiarios por las cuotas de los demás responsables. La víctima en base a esta subsidiariedad puede solicitar el pago de las cuotas de los cómplices a cada uno de los autores y viceversa.

Otras personas no responsables penalmente por los hechos ni como autores ni cómplices, pueden también ostentar la condición de responsable civil directo, tales como el asegurador<sup>967</sup> o el partícipe lucrativo<sup>968</sup>. En supuestos de exención de la responsabilidad penal por concurrencia de alguna de las causas de exención del art. 20 CP, el texto penal introduce una serie de reglas que implica según los casos el reconocimiento de la responsabilidad civil de otras personas por los hechos delictivos<sup>969</sup>.

Además de estos responsables civiles directos pueden existir otra serie de responsables civiles subsidiarios, caracterizados por no haber participado en la comisión del delito que origina la responsabilidad civil derivada de delito pero que mantienen una vinculación especial con los responsables del hecho<sup>970</sup>. La

---

<sup>967</sup> El asegurador, hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convenida, sin perjuicio del derecho de repetición que contra quien corresponda

<sup>968</sup> Así como el partícipe a título lucrativo, que deberá restituir la cosa o resarcir el daño hasta la cuantía de su participación. El partícipe lucrativo se caracteriza por obtener un lucro derivado de la comisión previa de un delito o falta del que no es responsable penal, ni como autor ni como cómplice.

<sup>969</sup> En primer lugar, en aquellos casos de anomalía o alteración psíquica y alteración grave de la conciencia de la realidad por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o infancia, son responsables civiles directos junto al inimputable también aquellas personas que lo tengan bajo su potestad o guarda legal o de hecho, siempre que medie culpa o negligencia por su parte. En segundo lugar, a pesar de que no sean declarados responsables penales los autores del hecho por su embriaguez o intoxicación, estos sí son responsables civiles directos por los daños y perjuicios causados. En tercer lugar, cuando se haya aplicado el estado de necesidad, el responsable civil directo será la persona en cuyo favor se haya precavido el mal, en proporción al perjuicio que se le haya evitado, si fuera estimable o, en otro caso, en la que el juez establezca según su arbitrio. Finalmente, en los casos en los que se haya apreciado miedo insuperable el responsable principal será el que haya causado el miedo y subsidiariamente el que haya ejecutado el hecho.

<sup>970</sup> Entre los posibles responsables civiles subsidiarios que el CP menciona se encuentran: a) Los padres o tutores por los daños y perjuicios causados por delitos o faltas cometidos por mayores de dieciocho años sujetos a su patria potestad o tutela y que vivan en su compañía, siempre que haya por su parte culpa o negligencia (art. 120.1 CP). Si el responsable penal es un menor de dieciocho años serán aplicables las disposiciones previstas en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Esta Ley fija un régimen de responsabilidad solidaria del menor y sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por los daños y perjuicios derivados de la infracción penal cometida por el menor. Se caracteriza esta responsabilidad civil por su carácter objetivo, al no exigir dolo o culpa por parte de los padres o tutores; b) Titulares de medios de difusión por los delitos o faltas cometidos mediante dichos medios (art. 120.2 CP); c) Los titulares de establecimientos cuando las personas que los dirijan o administren o sus dependientes o empleados hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción (art. 120.3 CP); d) Titulares de industria o comercio por delitos o faltas cometidos por sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios (art. 120.4 CP); e) Titulares de vehículos susceptibles de crear riesgos para terceros por delitos o faltas cometidos

responsabilidad subsidiaria exige la insolvencia del autor de la infracción punible y que el responsable subsidiario haya formado parte del proceso penal habiendo sido posible su defensa en el mismo.

En el delito de trata de seres humanos cabría la posibilidad de que la propia Administración pública fuese considerada responsable civil subsidiaria por aquellos daños causados por la comisión del delito de trata por funcionarios, autoridades públicas o agentes de ésta en el ejercicio de su cargo o funciones, siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que le estuvieren confiados. Por tanto, cuando el delito de trata de seres humanos hubiese sido perpetrado en el ejercicio de sus funciones o cargo, por funcionario, autoridad pública o agente de ésta cabría la posibilidad remota que la Administración fuese responsable civil de los daños cometidos, siempre que el daño sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que le estuvieran confiados. Así, en el caso de trata de personas en las que el traslado de la víctima a España, implique a su vez un delito de tráfico ilegal de personas, se haya realizado con el beneplácito y colaboración de algún funcionario cuyas funciones son el control fronteras, existe una relación entre el daño causado y las funciones encomendadas al mismo.

Finalmente, el art. 125 CP prevé el supuesto en el que los bienes del responsable civil no sean suficientes para el pago en una vez de sus responsabilidades pecuniarias. En estos casos se establece la posibilidad de fraccionar el pago, atendiendo a las posibilidades del responsable civil y a las necesidades de la víctima. Dicho precepto debe completarse con una referencia al art. 126 CP que establece un orden de prelación de los pagos que realice el responsable civil imputándose éstos en primer lugar a la reparación del daño causado y al pago de la indemnización de la víctima.

## **4.2. Indemnizaciones públicas**

Con la aprobación de la Ley 35/1995 se reconoce de forma general, por primera vez, un sistema de ayudas públicas a las que podrán acceder las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual de carácter doloso. Con anterioridad a esta ley sólo las víctimas de terrorismo y bandas armadas eran objeto de disposiciones especiales que preveían la indemnización por parte del Estado<sup>971</sup>.

---

en la utilización de aquellos por sus dependientes, representantes o personas autorizadas (art. 120.5 CP).

<sup>971</sup> En este sentido, el RD-Ley 3/1979, de protección de la seguridad ciudadana y el RD 484/1982 por el que se aprueba su reglamento de desarrollo. La Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y sus Reglamentos de desarrollo (RD de 24 de enero de 1986 y el RD 28 de octubre de 1988), la Ley 13/1996 y el RD 18 de julio de 1997. Así como

La Ley 35/1995 insta un sistema público de ayudas, fuertemente influido por el Convenio del Consejo de Europa, que se caracteriza por su carácter subsidiario. Estas ayudas públicas son incompatibles con la percepción de la indemnización por la responsabilidad civil derivada de delito, fijada en sentencia. Cuando exista una sentencia que fije la cuantía de esta responsabilidad civil pero ésta no ha sido percibida por la víctima será esta cuantía la que determine el límite máximo de la ayuda pública, que no podrá exceder en ningún caso de la fijada en la sentencia. Además, de la ayuda pública deberá deducirse las cantidades abonadas a la víctima, tanto por el agresor, como por un seguro privado o por prestaciones a la seguridad social. El hecho de que el Estado posea el derecho de subrogarse en los derechos de la víctima para obtener del condenado la indemnización pagada, es otra consecuencia de este carácter subsidiario.

En primer lugar, el sistema de ayudas públicas configurado en el ordenamiento español se dirige a las víctimas directas e indirectas de delitos dolosos y violentos que tengan como resultado la muerte, daños corporales graves o daños graves en la salud física o mental. Las víctimas de delitos contra la libertad sexual aunque en su perpetración no se hubiera empleado violencia también tendrán acceso a estas indemnizaciones. Por tanto, quedan excluidas del ámbito de aplicación de la Ley las víctimas de delitos cometidos sin violencia, de delitos imprudentes y de faltas.

Esta primera limitación del ámbito de aplicación de la Ley puede tener consecuencias para las víctimas de trata de seres humanos. No todas las víctimas de este delito lo son por la denominada trata forzada, caracterizada por el uso de violencia como medio comisivo del delito. Es habitual la trata abusiva o engañosa caracterizada por la ausencia de violencia, por lo que la aplicación de esta Ley a las víctimas de estas modalidades del delito se dificulta. Además, la trata puede tener distintas finalidades, no sólo la explotación sexual, e incluso más, es posible que ni siquiera se produzca la efectiva explotación sexual, que constituirá un delito distinto. Cuando se produce la explotación sexual o, incluso laboral, la presencia de violencia o coacciones es más habitual dando acceso a las víctimas del delito de trata al ámbito de aplicación de la Ley.

En segundo lugar, podrán beneficiarse de las ayudas públicas tanto las víctimas directas como indirectas de estos delitos. Como requisito indispensable para acceder a estas ayudas se exige que la víctima de estos delitos, en el momento de la comisión del hecho delictivo, sea española o nacional de algún Estado miembro de la UE o bien que resida habitualmente en España. En el caso de extranjeros no residentes únicamente podrán acceder a este sistema público de ayudas cuando el Estado del que

---

la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo y el RD 1912/1999, de 17 de diciembre.

son originarios reconozca ayudas análogas a los ciudadanos españoles, reciprocidad que no es habitual.

Las víctimas de trata de personas, pueden ser nacionales o extranjeras, sin embargo al configurarse España como un país de tránsito y destino, éstas serán en su mayoría de nacionalidad extranjera. Si la víctima extranjera posee la nacionalidad de un Estado miembro no habrá problemas para reconocerle la posibilidad de obtener alguna de las ayudas previstas legalmente. Sin embargo, cuando estamos ante víctimas extranjeras no comunitarias la exigencia de residencia habitual las excluye del sistema público. Si bien la Ley exige una residencia habitual, referencia que por sí misma no excluiría automáticamente a todos los ciudadanos extranjeros, es el art. 2 del Reglamento de desarrollo el encargado de equiparar esta residencia habitual a una residencia legal en territorio español, exigiendo, por tanto, las preceptivas autorizaciones administrativas de residencia previstas en la legislación de extranjería. Residencia legal que, además, debe cumplirse en el momento de la comisión del delito y no en el momento de la solicitud de la ayuda. De esta forma, se excluye del sistema público de ayudas a todas aquellas víctimas extranjeras que en el momento de perpetrarse el delito se encontrasen irregularmente en España, creándose con ello una clara laguna que impedirá a muchas de las víctimas de trata de seres humanos ver reparados económicamente los daños causados por el delito.

En los casos de víctimas de trata esta limitación no es la más adecuada para garantizar los estándares mínimos de protección fijados internacionalmente, lo cierto es que la Ley española se limita a fijar un sistema de ayudas totalmente acorde con el Convenio 116 del Consejo de Europa que determina los elementos esenciales en materia de indemnización a la víctimas, y que de forma expresa limita las obligaciones de indemnizar a los nacionales o residentes del Estado donde se cometa el delito. Este Convenio reconoce también el carácter subsidiario de las indemnizaciones y su restricción aplicativa a las víctimas de delitos violentos dolosos que hayan sufrido daños corporales o lesiones graves o la muerte como consecuencia del delito.

No obstante, estas exclusiones basadas en la residencia regular y en el tipo de delito del que es víctima son contrarias al art. 17 de la Directiva 2011/36 que obliga a los Estados a garantizar el acceso de estas víctimas a los sistemas de indemnización existentes para las víctimas de delitos dolosos violentos<sup>972</sup>. La Directiva europea no establece distinciones entre tipos de trata ni tampoco entre ciudadanos comunitarios y nacionales de terceros países, en situación regular o irregular. Por tanto, la

---

<sup>972</sup> Vid. El documento presentado por la Comisión Europea en cumplimiento de lo establecido en el programa de erradicación Los derechos de las víctimas de la trata de seres humanos en la UE, 2013. Disponible en <http://bookshop.europa.eu/es/los-derechos-de-las-victimas-de-la-trata-de-seres-humanos-en-la-ue-pbDR3213053> [última consulta, 20 marzo de 2014].

modificación de la Ley 35/1995 es una necesidad acuciante si realmente quiere garantizarse el derecho de las víctimas a la indemnización.

En tercer lugar, la cuantía de la ayuda, que será de carácter económico, se determinará dependiendo de la clase de incapacidad sufrida de la víctima, aplicándose en cada caso una serie de criterios correctores previstos reglamentariamente. La cuantía de la indemnización puede ir desde el doble del salario mínimo interprofesional hasta un máximo de 30 meses, en casos de incapacidad temporal hasta ciento treinta mensualidades de salario mínimo interprofesional en casos de gran invalidez. En caso de fallecimiento la ayuda máxima será de 120 mensualidades del salario mínimo interprofesional y en los casos de delitos contra la libertad sexual, la ayuda pública reconocida legalmente cubrirá los gastos de tratamiento terapéutico libremente elegido con una cuantía máxima de 5 mensualidades y los daños en la salud mental de la víctima.

En último lugar y para garantizar la subsistencia de la víctima, el art. 10 de la Ley reconoce la posibilidad de solicitar ayudas provisionales sin necesidad de sentencia firme, siempre que se acredite la precaria situación económica en que hubiese quedado la víctima o sus beneficiarios. En estos supuestos las ayudas podrán ser solicitadas una vez denunciados los hechos delictivos o iniciado de oficio el procedimiento hasta el 80% del importe máximo de la ayuda establecida por la ley. En estos supuestos deberá acreditarse que el solicitante de la ayuda provisional reúne los requisitos para ser beneficiario de la ayuda definitiva cuyo anticipo solicita. Por tanto, deberán ser calificadas las lesiones o daños a la salud por parte de los órganos competentes o bien acreditarse el fallecimiento y la condición de víctima indirecta, así como presentar un informe del Ministerio Fiscal que manifieste la existencia de indicios racionales para suponer que la muerte o lesiones sufridas por la víctima se han producido como consecuencia de un hecho delictivo violento y cometido dolosamente.

El procedimiento para el reconocimiento de las ayudas, de acuerdo con el art. 23 del RD 738/1997, se iniciará a solicitud de persona interesada ante el órgano competente. No obstante, este precepto debe interpretarse de conformidad con la Directiva 2004/80 sobre indemnización, siendo posible que la solicitud sea presentada por la víctima en su Estado de residencia, cuando el delito doloso violento se ha perpetrado en España. Será el Estado miembro de residencia de *la víctima el que le facilite los formularios necesarios y la información necesaria para su cumplimentación*. En estos casos, le corresponde al Estado de residencia de la víctima, donde se presente la solicitud, dar traslado de la misma al Estado competente.

Entre la batería de medidas previstas en el Plan Integral de lucha contra la trata de personas con fines de explotación sexual se preveía la creación de un fondo de



bienes decomisados procedentes de la trata de seres humanos. Este fondo debería repercutir tanto en la asistencia a las víctimas como en el fortalecimiento de la actuación policial, incluyendo la reparación e indemnización de las víctimas. Sin embargo, este fondo todavía no se ha creado.

## **5. Exención de responsabilidad penal de las víctimas de trata**

Entre las medidas de protección previstas para las víctimas de trata de personas no sólo es posible encontrar medidas de carácter procesal, institucional o asistencial, sino que el Legislador se ha encargado de introducir en el Derecho penal sustantivo una medida especialmente dirigida a proteger a la víctima de este delito.

Tanto el Convenio de Varsovia como la Directiva 2011/36 se refieren en términos similares a la necesidad de que los Estados adopten las medidas adecuadas, conforme con los principios básicos de su ordenamiento jurídico, para garantizar que las autoridades nacionales competentes puedan optar por no enjuiciar ni imponer penas a las víctimas de trata de seres humanos por su participación en actividades ilícitas que se han visto obligadas a cometer como consecuencia directa de haber sido objeto de cualquiera de los actos que configuran la trata de seres humanos. Esta cláusula se articula como un elemento esencial para la protección de las víctimas y la defensa de sus derechos garantizando que la víctima quede exenta de responsabilidad penal por los posibles delitos que pueda cometer en el curso de la trata y que estén relacionados con ella.

Atendiendo al ordenamiento penal de cada Estado, la víctima de trata de seres humanos como consecuencia de ser víctima de este delito puede ser a su vez sujeto activo de determinados delitos como el uso de documentos falsos, la entrada o residencia ilegal en el país de tránsito y destino o incluso de ciertos delitos relacionados con la explotación, como el ejercicio de la prostitución. Precisamente la finalidad político criminal de una previsión de exención de responsabilidad penal de la víctima de trata de personas como la contenida en los instrumentos internacionales es clara, disminuir el riesgo de victimización intentando evitar que la víctima se vea sometida a un proceso penal como consecuencia de ciertos actos ilícitos que hubiese podido cometer como consecuencia de la situación de sometimiento en la que se encuentra durante el proceso de trata de personas. A su vez, se intenta fomentar la colaboración de la víctima en la investigación policial del delito y en el correspondiente proceso penal, facilitando que denuncien los hechos sin temor a verse amenazadas con un proceso penal en su contra, cuando hubiese participado en alguna actividad delictiva. Con ello se eliminan algunos de los impedimentos con los que la víctima tendría que lidiar para acceder a la justicia, a la asistencia y a la protección.

En España el ordenamiento procesal penal se encuentra regido por el principio de legalidad, salvo algunas pequeñas manifestaciones del principio de oportunidad como la institución de la conformidad. El principio de oportunidad en el proceso penal se caracteriza por otorgar a los titulares de la acción penal ciertas facultades para ejercitarla, incoando el procedimiento o bien facilitando su sobreseimiento, así como posibilitando el desistimiento en el ejercicio de la acción penal contra el sujeto activo del delito por motivos de utilidad pública o interés social. En contraposición, el principio de legalidad implica la incoación del procedimiento penal ante la existencia de indicios de la comisión de cualquier hecho delictivo, sin que el Ministerio Fiscal pueda instar el sobreseimiento mientras subsistan los presupuestos que lo han originado y exista un imputado en la causa.

Por consiguiente, en aquellos casos en los que la víctima de trata de personas, como consecuencia de haber sido objeto de trata, ha participado en la comisión de ciertas actividades ilícitas tipificadas como delito en el ordenamiento penal sería posible obviar su persecución penal por motivos de interés social cuando rigiese el principio de oportunidad. Por el contrario, la comisión de un delito de los denominados como públicos obligaría al inicio del proceso penal contra el autor del delito, con independencia de la condición previa de víctima del sujeto activo del delito y de que con posterioridad se acredite la concurrencia de una causa de justificación o eximente de la responsabilidad penal que permitiría acordar el sobreseimiento libre del imputado.

Lo mantenido sobre el sistema procesal español no implica que la víctima tenga que ser sancionada penalmente en todo caso, sino que es necesaria la incoación del proceso penal cuando se tenga conocimiento de la comisión del delito. Sin embargo, no se puede obviar la posibilidad de que concurra una causa de justificación como la legítima defensa o el estado de necesidad justificante que impediría que la acción fuese calificada como antijurídica penalmente, así como la apreciación de una eximente completa que eximiría de responsabilidad penal a la víctima por la comisión del hecho delictivo. Procesalmente, con independencia de que se trate de una excusa absolutoria, de una causa de justificación o de una causa de exculpación es posible acordar el fin del proceso penal contra la víctima de trata por los delitos cometidos, mediante un auto de sobreseimiento libre al amparo bien del art. 637.3 LECrim (exculpación o excusa absolutoria) o del 637.2 LECrim (concurrencia de causa de justificación), sin necesidad de que se acuerde la apertura del juicio oral. Este sobreseimiento libre podrá acordarse siempre y cuando los presupuestos básicos para su aplicación queden suficientemente acreditados en la fase de instrucción o en la fase intermedia, para evitar la perpetuación de la instrucción y la celebración del juicio

cuando es posible apreciar desde la fase inicial de instrucción la ausencia de delito o bien de falta de responsabilidad penal del sujeto activo<sup>973</sup>.

Ahora bien, en la práctica como consecuencia de las condiciones exigidas en el apartado 11º del art. 177 bis CP difícilmente sin la apertura del juicio oral podrán considerarse acreditados los presupuestos necesarios para su apreciación. No sólo debe acreditarse que el autor del delito es víctima de trata, sino además, que los hechos son consecuencia directa de la situación de violencia o intimidación sufrida, así como realizar una ponderación de los bienes jurídicos en juego. Ciertas particularidades como el hecho de que los delitos perpetrados por las víctimas de trata se produzcan normalmente con anterioridad a la condena de los autores del delito de trata siendo habitual que las autoridades tengan conocimiento del mismo previamente a la acreditación de su condición de víctima o incluso con anterioridad al conocimiento de la existencia de un delito de trata de personas. Así como el hecho de que normalmente los delitos cometidos por las víctimas son delitos con una instrucción y enjuiciamiento más rápido que el propio delito de trata de seres humanos, es posible que la víctima haya sido condenada e incluso haya cumplido su condena antes de ser y ver reconocida su condición de víctima mediante sentencia condenatoria de los tratantes, disminuyendo la posible eficacia de esta cláusula de exención. Por todo ello, se hace imprescindible una coordinación entre miembros del poder judicial, tendente a facilitar la suspensión de aquellos juicios en los que la persona imputada pueda ser una presunta víctima de trata hasta que no finalice el procedimiento judicial que determine su condición de víctima.

Con la voluntad de dejar patente el cumplimiento de las obligaciones internacionales el Legislador español ha introducido en el Derecho penal sustantivo, de forma expresa, la exención de la responsabilidad penal de las víctimas de trata. Cláusula de exención de responsabilidad penal que complementa a la cláusula de exención de la responsabilidad administrativa por la permanencia irregular en territorio español recogida en la legislación de extranjería<sup>974</sup>. Por lo que la víctima de trata de personas podrá, en determinadas circunstancias, quedar exenta tanto de sanción administrativa como de sanción penal.

En concreto, el apartado 11 del art. 177 bis CP prevé la exención de la pena para la víctima del delito de trata de seres humanos por aquellas infracciones penales que hubiera cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ella hubiera sido consecuencia de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada

---

<sup>973</sup> STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 91/2006, 30 de enero, F.J. 4º (Ponente: Francisco Monterde Ferrer), [ROJ: STS 709/2006].

<sup>974</sup> Vid. *infra*, pp. 409 y ss. .

proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado, ello sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales del Código Penal. Para que opere la exclusión de responsabilidad penal el precepto impone el cumplimiento de una serie de condiciones de forma acumulativa. Por un lado, exige que la participación de la víctima en el ilícito penal sea cometido en la situación de explotación sufrida sea consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que ha sido sometida. Por otro lado, que exista proporcionalidad entre la situación de explotación y el hecho criminal realizado.

Antes de entrar en cada uno de estos presupuestos de aplicación debe hacerse referencia a la naturaleza jurídica de la exclusión de responsabilidad penal prevista en el apartado 11 del art. 177 bis CP.

### **5.1. Naturaleza jurídica**

El último inciso del apartado 11º del art. 177 bis CP recoge la exención de responsabilidad penal de la víctima de trata, *sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales*. De la literalidad del precepto pueden extraerse dos conclusiones iniciales. Por un lado, que se refiere a situaciones distintas y no incluibles en las instituciones de la Parte General del Código Penal cuya apreciación pueden eximir de responsabilidad penal al sujeto activo del delito. Por otro lado, las instituciones de la Parte General que podrían dar lugar al mismo resultado de exclusión de la responsabilidad penal, como la legítima defensa, el estado de necesidad justificante o exculpante, así como el miedo insuperable serán plenamente aplicables a las víctimas de trata de seres humanos que cometan algún delito, otorgando a la cláusula específica para víctimas carácter subsidiario.

En este sentido, la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos exigidos para la apreciación de una causa de justificación como la legítima defensa o el estado de necesidad (arts. 20. 4ª y 5ª CP) eximiría de responsabilidad criminal a la víctima de trata que participe en la comisión de un hecho típico, por ausencia de antijuricidad penal del hecho. La misma exención de responsabilidad se predica de las causas de no exigibilidad como el estado de necesidad exculpante y el miedo insuperable que impiden que el hecho típico y antijurídico sea imputable personalmente al sujeto que lo realiza. Por tanto, existe una serie de instituciones de carácter general previstas para supuestos como el que nos ocupa, en el que la víctima se encuentra en una especial situación de conflicto que podrían eximirla de responsabilidad criminal.

A primera vista, no parece que estas causas de justificación y eximentes generales necesiten ser complementadas por otra causa de exención de responsabilidad como la prevista en el apartado 11 del art. 177 bis CP para las

víctimas de trata. Cabe preguntarse, por tanto, cuál es el sentido de esta eximente de responsabilidad prevista en exclusiva para las víctimas de trata.

Con esta cláusula se pretende ampliar de forma generosa los efectos derivados de las eximentes de la responsabilidad penal previstas con carácter general<sup>975</sup>, evitando los problemas prácticos para la aplicación de las eximentes de estado de necesidad o miedo insuperable derivados de la no concurrencia de todos los requisitos exigidos, en conductas penales cometidas por las víctimas de trata<sup>976</sup>, eximiendo de pena a la víctima de trata que comete el delito sin que concurra una causa de justificación o eximente, lo que impediría que fuese acusada por conductas delictivas en las cuales actuó o participó sin plena voluntad.

Por consiguiente, el apartado introduce situaciones distintas en las cuales la víctima, aplicando las reglas generales del Código Penal no quedaría exenta de responsabilidad penal, bien porque como consecuencia del *modus operandi* exigido en el delito de trata de seres humanos la conducta de la víctima no pueda ser subsumida en una causa de *ausencia de acción* o bien por la no concurrencia de una causa de justificación o concurrencia de una eximente de *estado de necesidad* o de *miedo insuperable*.

El **Estado de necesidad** puede actuar como causa de justificación o como causa de inculpabilidad según el conflicto se produzca entre bienes desiguales con sacrificio del menor o iguales cuando se trata de equivalentes, respectivamente. La esencia de esta circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal consiste en la colisión de bienes o deberes, "por el peligro inminente de pérdida de un bien jurídico y la posibilidad de su salvación sacrificando otro bien o deber jurídico de menor o igual valor". La jurisprudencia y la doctrina se han encargado de señalar los requisitos que deben concurrir para poder estimar el estado de necesidad. Estos requisitos son: por un lado, que exista una situación de peligro y riesgo intenso para un bien jurídicamente protegido que requiera la realización de una acción determinada para atajarlo, la existencia de una pendencia acuciante y grave de un mal propio o ajeno. Si el mal es un hecho típicamente relevante será una agresión ilegítima quedando el estado de necesidad desplazado por la legítima defensa. Por otro lado, que exista la necesidad de lesionar un bien jurídico de otro o de infringir un deber con el fin de soslayar aquella situación de peligro. En tercer lugar que el mal o daño causado no sea mayor que el que se pretende evitar, debiéndose ponderar en cada caso concreto los intereses en conflicto para poder calibrar la mayor, menor o igual entidad de los dos males. En cuarto lugar, que el sujeto que obre en ese estado de necesidad no haya provocado intencionadamente tal situación, y, finalmente, que el sujeto, en razón de su

---

<sup>975</sup> TERRADILLOS BASOCO, "Capítulo 24. Trata de seres humanos" en op.cit., pp. 216-217.

<sup>976</sup> En este sentido, FGE, *Circular 3/2010 sobre régimen transitorio aplicable a la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio*, p. 22-23.

cargo u oficio, no esté obligado a admitir o asumir los efectos del mal pendiente o actual<sup>977</sup>. La existencia de un conflicto entre distintos bienes o intereses jurídicos, la inevitabilidad del mal, es la esencia de la eximente completa e incompleta de estado de necesidad, al exigir que no exista otro medio para salvaguardar el peligro que le amenaza sino infringiendo un mal, que el delito implica, a un bien jurídico ajeno. Siendo necesario que en la esfera personal, profesional, familiar y social, se hayan agotado todos los recursos o remedios existentes para solucionar el conflicto antes de proceder antijurídicamente, de forma que no exista otro remedio razonable y asequible para evitar el mal, que ha de ser grave, real y actual.

El **miedo insuperable** como causa de inexigibilidad de otra conducta adecuada a derecho exige el cumplimiento de una serie de presupuestos. En primer lugar, la presencia de un mal que coloque al sujeto en una situación de temor invencible determinante de la anulación de la voluntad del sujeto. En segundo lugar, que dicho miedo esté inspirado en un hecho efectivo, real y acreditado. En tercer lugar, que el miedo sea insuperable, esto es, invencible, en el sentido de que no sea controlable o dominable por el común de las personas con pautas generales de los hombres, huyendo de las situaciones extremas relativas a los casos de sujetos valerosos o temerarios y de personas miedosas o pusilánimes. Y finalmente, que el miedo ha de ser el único móvil de la acción<sup>978</sup>. Además, la aplicación de la eximente exige examinar, en cada caso concreto, si el sujeto podía haber actuado de otra forma y se le podría exigir otra conducta distinta de la desarrollada ante la presión del miedo. Si el miedo resultó insuperable, se aplicaría la eximente, y si, por el contrario, existen elementos objetivos que permiten establecer la posibilidad de una conducta o comportamiento distinto, aún reconociendo la presión de las circunstancias, se apreciará la eximente incompleta<sup>979</sup>. Si bien para la apreciación de la eximente incompleta pueden faltar los requisitos de la insuperabilidad del miedo y el carácter

---

<sup>977</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 773/2011, 11 de julio, F.J. 1º (Ponente: Andrés Martínez Arrieta), [ROJ: STS 5123/2011]; STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1707/1985, 25 de noviembre, F. 2º a 6º, (Ponente: Francisco Soto Nieto), [ROJ: STS 766/1985]; STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 853/2010, 15 de octubre, F. J. 2º (Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre), [ROJ: STS 5293/2010], STS (Sala Penal. Sección 1ª) núm. 3078/1992, de 9 de octubre 1992, F.J.1º (Ponente: Luis Román Puerta Luis), [ROJ: STS 16435/1992].

<sup>978</sup> En este sentido, STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 689/2013, de 26 de julio de 2013, FJ. 11º (Ponente: Alberto Gumersindo Jorge Barreiro), [ROJ: 428/2013]; STS (Sala Penal. Sección 1ª) núm. 332/2000, de 24 de febrero, F.J. 5º (Ponente: Julián Artemio Sánchez Melgar), [ROJ: STS 1439/2000]; STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 143/2007, de 22 de febrero (Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca), [ROJ: STS 1943/2007]; STS (Sala Penal. Sección 1ª) núm. 172/2008, 30 de abril, F.J. 5º (Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre), [ROJ: STS 7566/2008]; STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1046/2011, de 6 de octubre, F.J. 11º, (Ponente: Alberto Gumersindo Jorge Barreiro), [ROJ: 6840/2011] y STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 156/2003, de 16 de febrero, F.J.3º (Ponente: Cándido Conde-Pumpido Tourón), [ROJ: STS 835/2003]

<sup>979</sup> Vid. STS (Sala Penal. Sección 1ª) núm. 888/2013, 27 de noviembre, F.J. 9º (Ponente: Francisco Monverde Ferrer), [ROJ: STS 5681/2013]; STS (Sala Penal. Sección 1ª) núm.884/2013, 27 de noviembre, F. J. 11º, (Ponente; Alberto Gumersindo Jorge Barreiro), [ROJ: STS 6139/2013]; STS (Sala Penal. Sección 1ª) núm. 332/2000, de 24 de febrero, F.J. 5º (Ponente: Julián Artemio Sánchez Melgar), [ROJ: STS 1439/2000]; STS (Sala Penal. Sección 1ª) núm. 172/2008, 30 de abril, F.J. 5º (Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre), [ROJ: STS 7566/2008].

inminente de la amenaza, lo que nunca podrá faltar es la existencia de un temor inspirado en un hecho efectivo, real y acreditado y que alcance un grado bastante para disminuir notablemente la capacidad electiva de la víctima. No obstante, el Tribunal Supremo a pesar de que el tenor literal del precepto no hace referencia a la comparación de males, el que se trata de evitar y el que se realiza, no prescinde totalmente de la comparación y valoración de la situación para examinar la proporcionalidad referida al hecho concreto.

Por tanto, en muchos supuestos de explotación las víctimas se ven coaccionadas a realizar conductas de carácter delictivo, como la vigilancia, control, retención de documentos de otras víctimas, hurtos callejeros o en tiendas, así como menudeo de drogas. Deberá atenderse a las concretas circunstancias concurrentes para ver si el posible la apreciación de una eximente de estado de necesidad o de miedo insuperable<sup>980</sup>. Los requisitos exigidos para su apreciación generarán normalmente la apreciación de una eximente completa, pero no el reconocimiento de ausencia total de responsabilidad penal.

Los medios comisivos previstos en la cláusula, sobre todo la violencia y la intimidación, muestran la situación de coacción en la que puede encontrarse la víctima de trata durante el proceso de trata o incluso con posterioridad. Situación que sin duda podrá conllevar una anulación de su voluntad, en aquellos casos en los que la fuerza ejercida es *vis absoluta*, que impediría apreciar la existencia de un comportamiento humano y, por consiguiente, de delito. Por el contrario, si la fuerza ejercida es *vis compulsiva* la voluntad de la misma podrá verse limitada, pero no excluirá en ningún caso la existencia de un hecho típico y antijurídico, siendo posible la exención de responsabilidad por falta de imputación personal del hecho. Ante una situación de coacción como la descrita en el precepto es muy posible que la víctima se encuentre en un situación que le sea inexigible una conducta adecuada a derecho por parte de quien se hallare en situación de trata de personas que no pueda llegar a calificarse como miedo insuperable, al no concurrir todos los requisitos exigibles jurisprudencialmente.

En relación con la exención de responsabilidad criminal prevista para la trata de personas, la doctrina se plantea si se trata de una excusa absolutoria, de una causa de no exigibilidad o de una causa de justificación específica. Mientras que cierto sector doctrinal no duda en calificarla como excusa absolutoria<sup>981</sup>, otro se aproxima

---

<sup>980</sup> Vid. STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 802/2008, de 5 de noviembre de 2008, F. J. 4º (Ponente: Andrés Martínez Arrieta), [ROJ: STS 6750/2008].

<sup>981</sup> En este sentido, VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el derecho internacional*, op.cit., p. 474; CUGAT MAURI, “La trata de seres humanos: la universalización del tráfico de personas y su disociación de las conductas infractoras de la política migratoria (arts. 177 bis, 313, 318 bis)”, en *op.cit.*, p.163 y MANZANARES SAMANIEGO, *Código Penal*

sin pronunciarse abiertamente a la tesis de las causas de justificación<sup>982</sup>, mientras que la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO la identifica con la no exigibilidad de otra conducta, asimilándola a una eximente de estado de necesidad o miedo insuperable que puede interpretarse de manera más flexible que en el art. 20 CP<sup>983</sup>.

Las **excusas absolutorias** se caracterizan por ser circunstancias previstas por el Legislador por razones de política criminal eximiendo de pena a los partícipes de un acto típicamente antijurídico, imputable y culpable por razones de utilidad social o interés público. Las excusas absolutorias no excluyen la antijuridicidad del hecho ni la culpabilidad del autor pero, por razones de política criminal, impiden que el responsable sea sancionado con una pena. Como toda medida penal la exención de responsabilidad de la víctima de trata responde a cuestiones de política criminal, evitar la revictimización de la víctima viéndose acusada por las actividades delictivas realizadas, así como facilitar la acción de la justicia fomentando la denuncia de los hechos por parte de las víctimas. El hecho de que la exclusión de la responsabilidad esté prevista únicamente para las víctimas de trata le otorga cierto carácter de causa personal de exclusión de la responsabilidad penal, excluyendo únicamente la responsabilidad penal de la persona en la que concurre el elemento personal exigido y no siendo comunicable a terceras personas que hubiesen podido participar en el hecho delictivo. Sin embargo, el mero hecho de ser víctima del delito de trata no es suficiente para eximirla de pena como sería lo lógico si las cuestiones de política criminal fuesen las únicas que entrasen en juego, por lo que parece que las finalidades extrapenales no parecen tener la prioridad necesaria para considerar como no adecuada la imposición de la pena.

La exigencia de que el ilícito penal sea consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que ha sido sometida la víctima, en un contexto de explotación que implica cierto sometimiento de la víctima, parece remitir a supuestos en los que la normalidad motivacional de la víctima, exigida para la imputación personal del hecho a su autor se ve alterada al igual que ocurre en el miedo insuperable. Así, en los casos de violencia o intimidación la creación de un estado subjetivo de temor en la víctima es algo habitual, pudiendo originarse una situación de miedo insuperable que permitiría la aplicación de eximente. No obstante, ni el engaño ni abuso de una situación de necesidad, vulnerabilidad o superioridad parecen medios adecuados para generar una situación equivalente en la víctima que permitiese la aplicación de esta causa de inexigibilidad.

---

(adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, (comentarios y jurisprudencia), t (II). *Parte Especial*.(Artículos 138 a 639), op.cit., p. 218.

<sup>982</sup> La califican como causa de justificación, MUÑOZ CUESTA, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, julio, 2011, p.19; JUANES PECES, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 803, 2010, p.7.

<sup>983</sup> LAFONT NICUESA, Luis (coord.), *Protocolos sobre extranjería*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p.233.



No obstante, en una situación como la que pueden padecer las víctimas de trata en fase de explotación el engaño puede ser una causa de su actuación ilícita. Así, por ejemplo, cuando se ofrece a la víctima la libertad a cambio de reclutar a nuevas víctimas de trata o el abuso de la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra la víctima para que ésta realice funciones de control y vigilancia sobre otras víctimas del delito, participando así con conductas delictivas de cooperación en el correspondiente delito de explotación.

Por el contrario, la exigencia de proporcionalidad entre el hecho delictivo y la situación de violencia e intimidación parece remitir a la ponderación de bienes jurídicos en conflicto otorgándole cierto carácter objetivo, similar al previsto en las causas de justificación, principalmente en el estado de necesidad. Motivo por el cual algunos autores se refieren a la posibilidad de que se trate de un estado de necesidad específico menos exigente en sus requisitos al previsto en la Parte General, evitando que la no concurrencia de todos los requisitos para apreciar la existencia de estado de necesidad den lugar a la aplicación de una eximente incompleta que obligaría a la imposición de una pena atenuada. La calificación como causa de justificación suele fundarse en el carácter objetivo que la exigencia de proporcionalidad otorga a la exclusión de responsabilidad, así como a la inmediatez derivada de que el delito sea consecuencia directa de la situación de violencia o intimidación sufrida. Por último, suele apelarse a la injusticia que generaría que únicamente la víctima pueda beneficiarse de esta exclusión de responsabilidad penal por ciertos delitos, no haciéndose extensible a terceros que hayan podido cometer un delito, como el de lesiones, como consecuencia de la ayuda que presten a la víctima a salir de la situación de sometimiento en la que se encuentra<sup>984</sup>.

De calificarse esta exención de responsabilidad penal de la víctima como una causa de justificación específica para evitar la impunidad del tratante o explotador que ha obligado a la víctima a cometer el delito, por el delito perpetrado debe acudir a la institución de la autoría mediata si se considerase que en estos casos la conducta de la víctima se encuentra justificada. Si el hecho típico se encuentra justificado no podrá adquirir la calificación de antijurídico penalmente por la concurrencia de una causa de justificación y, por tanto, no habrá delito. Si a esto le unimos el principio de accesoriedad limitada que rige en la participación delictiva podríamos encontrarnos ante una situación insólita a efectos de política criminal, el explotador o tratante como inductor o cooperador del hecho delictivo no podría ser perseguido penalmente al encontrarse el hecho típico justificado. Por ese motivo deberá acudir a la autoría mediata del hombre de atrás cuando el instrumento haya actuado justificadamente, pues la conducta lícita del instrumento no excluye la responsabilidad del hombre de atrás.

---

<sup>984</sup> SANTANA VEGA, *CPC, Número 104, II Época* 2011, p. 106.

Sin embargo, no creo que en este caso nos encontremos ante una causa de justificación específica, debiendo reputarse el comportamiento de la víctima como típico e incluso antijurídico, al no tratarse en la mayoría de los supuestos de una situación de inmediato peligro exigida de forma general por las causas de justificación, sino más bien de una situación contextual y prolongada en el tiempo de sometimiento y coacción en el que la voluntad de la víctima se ve condicionada por la violencia o abuso del tratante o explotador.

Se encuentra en una situación de violencia e intimidación constante por lo que su actuación delictiva no necesariamente tiene que ser resultado directo de una concreta acción de violencia, sino de otras circunstancias como el engaño o el abuso que explican la actuación contraria a derecho en un contexto de estas características. Además, la referencia a la proporcionalidad se remite a la existente entre hecho delictivo y situación de violencia, intimidación, engaño o abuso que obliga a analizar en cada caso concreto las circunstancias concurrentes para determinar si la situación de sometimiento de la víctima es de tal entidad que justifica su participación en la actividad delictiva, atendiendo también a los bienes jurídicos en conflicto.

Por ese motivo, al igual que si la naturaleza jurídica de esta exención de responsabilidad fuese de excusa absolutoria, al ser la conducta perpetrada por la víctima típica y antijurídica carece de relevancia a efectos de punibilidad la autoría mediata pudiendo ser sancionado el tratante o explotador que ha coaccionado a la víctima para la comisión del delito como inductor del delito cometido, aunque existiendo una subordinación de la misma el recurso en estos casos a la autoría mediata parecería lo más adecuado.

## **5.2. Condiciones de aplicación**

Entrando en las condiciones exigidas el precepto se refiere a los delitos que haya podido cometer la víctima del delito durante la situación de explotación siempre que su participación en ellos haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que ha sido sometida. Parece referirse, por tanto, a las actividades delictivas perpetradas por la víctima, a título de autor o partícipe, en el curso de su explotación, fuera ya del ámbito del proceso de la trata. De acuerdo con esta interpretación se excluirían aquellas actividades delictivas realizadas durante la propia realización de la trata. Sin embargo ésta no parece ser la finalidad de la exclusión de la responsabilidad penal prevista en las disposiciones supranacionales.

Al igual que el Convenio de Varsovia, el art. 177 bis. 11 CP ni excluye de su aplicación ningún delito ni se refiere a ninguno de forma específica, tan sólo hace referencia a un marco cronológico en el que debe realizarse la actividad delictiva, en

la situación de explotación. Tampoco en el articulado de la Directiva es posible encontrar ninguna mención concreta a algún tipo de actividad delictiva, pero sí se refiere específicamente a modo ejemplificativo en su Considerando 14 a ciertas actividades ilícitas, como el uso de documentación falsa o infracciones contempladas en la legislación sobre prostitución o inmigración. Por la naturaleza de estas actividades delictivas es posible que se produzcan en la posterior fase de explotación, como los posibles delitos de prostitución, pero también se incluyen otras directamente relacionadas con el propio proceso de trata como el uso de documentación falsa.

Tienen en común todas estas infracciones penales su estrecha vinculación con la trata de personas y la situación de sometimiento en la que durante el proceso y con posterioridad se encuentra la víctima. El Convenio de Varsovia de forma amplia se refiere a las actividades ilícitas en las que se hayan visto obligadas a participar, respondiendo al denominado por Naciones Unidas como modelo de coacción, caracterizado por eximir de responsabilidad penal a la víctima de trata de personas por su participación en aquellos delitos cometidos de forma obligada<sup>985</sup>. En contraposición, la Directiva 2011/36 responde al modelo de causalidad que exime responsabilidad penal a las víctimas de trata por aquellas actividades ilícitas que hayan cometido de forma obligada y que además sean consecuencia directa de haber sido objeto de trata de personas, por tanto, por delitos directamente relacionados con la trata.

La cláusula prevista por el Legislador español carece en nuestro ordenamiento de la virtualidad práctica que en otros Estados podría alcanzar. En nuestro ordenamiento penal, a diferencia de lo que ocurre en otros países de nuestro entorno ciertas conductas realizadas por las víctimas de trata tanto durante el proceso de trata como durante la fase de explotación no alcanzan la categoría de delito y, por tanto, no se encuentran sancionadas penalmente con pena siendo innecesaria una exclusión de responsabilidad penal en estos casos.

En este sentido, debe destacarse que la entrada irregular en territorio español es constitutiva de una mera infracción administrativa, que puede dar lugar a la devolución o expulsión del extranjero, y no de un ilícito penal. El art. 318 bis CP sanciona el favorecimiento del tráfico ilegal de personas o inmigración clandestina, adquiriendo la condición de sujeto activo del delito aquella persona, distinta del propio extranjero que entra en España, que ha promovido, directa o indirectamente, la inmigración clandestina. Se garantiza con esta tipificación penal que la víctima de trata de seres humanos no se verá perseguida penalmente por la posible entrada irregular en el Estado, con independencia de que se trate de una víctima de trata de

---

<sup>985</sup> UNODC, *Ley modelo contra la trata de personas*, Naciones Unidas, Nueva York, 2010, p. 43; ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Principios y directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas*. E/2002/68/Add.1, 20 de mayo de 2002, p.3.

seres humanos o bien de un extranjero que voluntariamente ha entrado irregularmente en el Estado<sup>986</sup>, siendo aplicables también las disposiciones que en materia de extranjería se refieren a la exención de responsabilidad por estas infracciones.

Ocurre lo mismo en relación con la prostitución. España se caracteriza por la total ausencia de regulación de la actividad de la prostitución. El ejercicio de la prostitución no es para la persona que se prostituye en ningún caso una actividad constitutiva de delito. Así nuestro ordenamiento penal sanciona a aquellas personas que determinen coactivamente a una persona a ejercer la prostitución o aquellas que se lucren explotando la prostitución ajena, con las matizaciones que esta última conducta merece atendiendo al bien jurídico penalmente protegido (art. 188.1 CP). Por tanto, cualquier hombre o mujer mayor de edad que ejerza la prostitución, con independencia de si es víctima de trata o no, no cometerá ningún tipo de conducta susceptible de ser calificada como delictiva.

En segundo lugar y una vez excluidas estas actividades que no adquieren la calificación de delito en nuestro ordenamiento, queda por determinar a qué tipo de delitos se refiere esta cláusula de exención de la responsabilidad.

La práctica criminal muestra que con frecuencia las víctimas de trata se ven obligadas a hacer uso de documentos de identidad falsos, principalmente para la entrada en el territorio y/o permanencia en el mismo. Se trata de un delito claramente vinculado con la trata de personas, principalmente cuando la víctima es extranjera. El art. 392. 2 CP tipifica como nuevo delito la utilización de documentos de identidad falsos y, por tanto, en principio su conducta podría ser subsumible en este delito. No obstante, al producirse la actividad ilícita durante el proceso de trata y no durante la ulterior fase de explotación parece quedar fuera del ámbito de aplicación de la cláusula contenida en el apartado 11 del art. 177 bis CP. Si se pretende cumplir adecuadamente con los mandatos internacionales en los que la finalidad de la exención de responsabilidad penal de la víctima parece claramente dirigida a estos supuestos, la única opción posible sería interpretar la situación de explotación a la que se refiere el precepto de forma amplia abarcando en el concepto diferentes delitos cometidos por la víctima tanto en el marco del proceso del delito de trata como en la concreta situación de explotación, aunque la literalidad del precepto no favorece a ello. En este sentido, la Circular de la FGE 5/2011 sin entrar a analizar el problema cronológico derivado de que la conducta delictiva no se realice en la ulterior fase de explotación sino durante el proceso de trata se limita a considerar proporcional que las víctimas de trata queden exentas de responsabilidad penal en relación con cualquier delito que hubiera cometido con ocasión del traslado a territorio español para facilitar

---

<sup>986</sup> Vid. art. L621-2 del Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile sanciona con una pena de prisión de un año y una multa de 3.750 euros a la extranjero que entre en el territorio francés sin cumplir los requisitos exigidos. Pena que podrá ir acompañada con una prohibición de entrada y residencia no superior a tres años.

su migración fraudulenta, especialmente los relativos a las falsedades documentales. Atendiendo a los bienes jurídicos en juego en el delito de trata y en el delito de falsedad documental la proporcionalidad entre el hecho delictivo y la situación de sometimiento no genera problemas.

Sin embargo, el precepto es claro a la hora de circunscribir el ámbito de aplicación de esta cláusula a la situación de explotación. Esto nos muestra que realmente el Legislador ha procedido a una confusa redacción del precepto, dificultando su aplicación a supuestos que de forma indubitada deberían incluirse. Esta cláusula es una muestra más de la confusión existente entre trata de seres humanos y la concreta explotación a la que puede ser sometida la víctima con posterioridad pero que no es necesaria que se produzca efectivamente para la consumación del delito. La ubicación de esta cláusula en el concreto art. 177 bis CP carece de lógica, pues su redacción remite a los posteriores delitos de explotación de los que la víctima de trata puede ser objeto, sin que se incluyan aquellos que pueden perpetrarse durante el propio proceso de trata, tanto durante la captación como el traslado.

Además, las investigaciones policiales ponen de manifiesto que son numerosos los casos en los que las víctimas de trata, ya en situación de explotación, se ven obligadas a captar, alojar o trasladar a nuevas víctimas, convirtiéndose en autoras o partícipes de posteriores delitos de trata de seres humanos. Así, la Circular FGE 5/2011 pone de manifiesto que la captación de ciudadanas subsaharianas en ocasiones es realizada por víctimas de su misma nacionalidad que previamente han sido tratadas, a cambio de ser liberadas. También es habitual la realización de labores de vigilancia de las nuevas víctimas por otras que llevan más tiempo a cambio de ciertos privilegios, que en el ámbito de la explotación sexual son denominadas *controladoras*.

En estos casos es necesario analizar con detalle cada caso y, de acuerdo con las circunstancias concurrentes, determinar cuál era la situación real de la víctima que participa en un nuevo delito de trata de personas y la intensidad de su participación. Una situación en la que la víctima ha dejado de ser explotada para pasar a convertirse en reclutadora de potenciales víctimas carece de las exigencias necesarias para que entre en juego la exención de responsabilidad. Únicamente en aquellos casos en las que la víctima continúa sometida a una situación de explotación y es objeto de violencia, engaño o abuso podría entrar en juego la previsión del apartado 11 del art. 177 bis CP.

A estos hechos delictivos se suman aquéllos que pueden cometer las víctimas para liberarse de la situación de sometimiento en la que se encuentran, como la sustracción de dinero o lesiones para liberarse del explotador, entre otras. El abanico de conductas delictivas que pueden ser cometidas por las víctimas es múltiple y de

muy distinta naturaleza e importancia. Tanto es así, que MUÑOZ CUESTA restringe el ámbito de aplicación de la exención a estos delitos, al considerar que precisamente su finalidad es ofrecer a la víctima una salida a la situación de explotación en la que se encuentra, aunque ello implique la comisión de algún delito<sup>987</sup>.

Además, al exigirse que la participación en el delito sea consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida se excluyen todas aquellas conductas delictivas que responden a una decisión libremente adoptada para delinquir. De forma confusa se refiere al hecho de que la víctima se haya visto obligada a la comisión del delito, coaccionada mediante una serie de medios comisivos que en algunos casos tan sólo de forma débil son susceptibles de limitar la voluntad de la víctima, como son el abuso o el engaño, aunque la situación de explotación en la que está inmersa los pueda reforzar.

Finalmente, debe existir una adecuada proporcionalidad entre la situación sufrida por la víctima y el hecho criminal realizado. Con esta exigencia de proporcionalidad se evita la aplicación automática de la exención, impidiendo su aplicación en aquellos supuestos en los que la situación de sometimiento es insuficiente para explicar la colaboración de la víctima de trata en la actividad criminal. El apartado 11º del art. 177 bis no se refiere a una ponderación entre males o bienes jurídicos, sino a una proporcionalidad entre el hecho delictivo y la situación de sometimiento. Esta proporcionalidad entre la fuerza, intimidación, engaño o abuso y el hecho delictivo obliga a determinar la gravedad del medio comisivo y su incidencia en la víctima, así como si la situación a la que se encuentra sometida la víctima de trata es más o menos grave que el delito que comete. Se exige, por tanto, la comparación y valoración de la situación para examinar la proporcionalidad con el hecho concreto. Por lo que en casos de atentados a bienes jurídicos esenciales a la persona, como la libertad, libertad sexual y dignidad, no pueden ser justificados por cualquier tipo de maltrato que no guarde la debida proporción con la agresión en la que participa.

La redacción de esta cláusula no parece la más adecuada, su ámbito de aplicación se circunscribe a la situaciones de explotación y no al propio proceso de trata, se hace referencia a medios comisivos propios de la trata de personas o bien de la determinación coactiva a la prostitución, lo que unido la exigencia de proporcionalidad dificulta la determinación de su naturaleza jurídica, genera un amplio margen de indeterminación con la inseguridad jurídica que ello implica<sup>988</sup>.

---

<sup>987</sup> MUÑOZ CUESTA, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, julio, 2011, p. 19.

<sup>988</sup> LLORIA GARCÍA, "Lección XI. Trata de seres humanos, en op.cit., p.309.

## **6. Medidas de protección para víctimas extranjeras en la legislación de extranjería**

De los derechos reconocidos en el ámbito europeo, tanto por el Consejo de Europa como por la UE, los que fueron positivizados en un primer momento en nuestro ordenamiento fueron precisamente los referentes a las víctimas extranjeras en situación irregular. El período de reflexión y restablecimiento, así como la posibilidad de obtener una autorización de residencia y trabajo se incorporaron a nuestro ordenamiento a través de la reforma operada en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social (en adelante, LODYLE) por la Ley Orgánica 2/2009, configurándose la lucha contra la trata de personas como una de las prioridades de la política migratoria como uno de los principios rectores de la política migratoria. Se inicia con esta reforma, el camino correcto a seguir para garantizar un enfoque de actuación en la lucha contra la trata de personas centrada en los derechos humanos, debiéndose valorar positivamente, a pesar de que ciertos aspectos sean sumamente mejorables.

Con anterioridad a la reforma de 2009 las víctimas de trata de seres humanos podían obtener, bajo determinadas condiciones, una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales y, con ello, cierta asistencia y protección, aunque de carácter limitado. La reforma operada por la Ley Orgánica 2/2009 ha venido a clarificar el sistema e introducir importantes mejoras.

Un somero examen de la LODYLE permite comprobar la existencia de disposiciones específicamente previstas para las víctimas de trata de personas, como el art. 59 bis de la LODYLE, pero también es posible la aplicación de otras disposiciones no previstas específicamente para ellas. Así, dependiendo de las circunstancias concurrentes en el caso concreto las víctimas podrían acceder a un permiso de residencia temporal, bien por razones humanitarias (art. 31.3 LODYLE y art. 126 REDYLE), al haber sido víctimas de los delitos tipificados en los arts. 311 a 314 CP<sup>989</sup>, bien por colaboración con las autoridades administrativas, policiales, fiscales o judiciales (art. 31.3 LODYLE y art. 127 REDYLE) o bien por colaboración contra redes organizadas (art. 59 LODYLE y arts. 135 y ss. REDYLE). Sin embargo, la concreta regulación que se realiza de cada tipo de autorización dificulta que puedan ser considerados como mecanismos adecuados para la protección de las víctimas de trata.

---

<sup>989</sup> Para obtener esta autorización es necesario que se haya dictado una sentencia condenatoria, aunque en virtud de lo dispuesto en la Instrucción DGI/SGRJ/05/2008 podrá presentarse la solicitud y ser admitida a trámite antes de que recaiga sentencia, siempre que se hayan adoptado medidas cautelares con el objetivo de protección de la víctima o un informe del Ministerio Fiscal indique la existencia de indicios de que la persona solicitante es víctima del delito.

A continuación se realiza un análisis del régimen de asistencia y protección de las víctimas de trata en situación irregular que se ha configurado en la LODYLE tras la reforma operada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre.

## 6.1. Especial mención a las víctimas de trata (art. 59 bis)

Mediante la incorporación del art. 59 bis al texto de la LODYLE, a través de la Ley Orgánica 2/2009<sup>990</sup>, se introduce en el ordenamiento español la Directiva 2004/81 cumpliendo con las obligaciones comunitarias así como con las derivadas del Convenio de Varsovia<sup>991</sup>. La Directiva 2004/81 que complementa a la Directiva 2011/36 prevé entre otras cuestiones de interés el reconocimiento de un período de reflexión y restablecimiento a la víctima, así como la posibilidad de otorgar una autorización de residencia temporal que las habilite a permanecer en territorio español o el retorno asistido a su país de origen. Si bien la Directiva 2004/81 establece la obligación de que sus disposiciones se apliquen a las víctimas de trata de personas, abre la posibilidad a los Estados de ampliar su ámbito de aplicación también a aquellas personas que han sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal (tráfico ilícito de personas). Sin embargo, el Legislador español al rubricar el art. 59 bis como *Víctimas de trata de personas* deja claro que el régimen previsto en él únicamente será aplicable a aquellos extranjeros que hayan sido víctimas de un delito de trata de personas<sup>992</sup>, optando por una aplicación restrictiva de la disposición comunitaria.

El art. 59 bis de la LODYLE no sólo implica la transposición de la Directiva 2004/81 sino que su punto de referencia es el Convenio de Varsovia, tal y como lo demuestran las remisiones expresas, que tanto en este precepto como en los correspondientes del Reglamento se realizan al mismo. La influencia del Convenio tiene consecuencias positivas ya que impone una mejora considerable en el régimen establecido, pues este convenio es el instrumento más completo en la materia y el más respetuoso con los derechos de las víctimas.

---

<sup>990</sup> La incorporación de este precepto no estaba prevista en el Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma de la LODYLE aprobado por el Gobierno en 2008, la transposición de la Directiva pretendía realizarse mediante la incorporación del período de reflexión en una nueva redacción del art. 59 LODYLE. La aparición de este nuevo artículo es resultado de una enmienda del Grupo Parlamentario Socialista, que fue incorporada al texto definitivo. La enmienda presentada tomó como punto de referencia el Convenio europeo sobre lucha contra la trata, que es más completo y respetuoso con los derechos de la víctima que la Directiva comunitaria.

<sup>991</sup> La STJCE de 14 de mayo de 2009, asunto C-266/08, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España*, condena a España por incumplimiento de sus obligaciones por la no transposición 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.

<sup>992</sup> Las personas objeto de tráfico ilícito podrán ampararse a las disposiciones previstas en el art. 59 LODYLE si colaboran con la justicia.



Inicialmente, los poderes públicos tenían como eje común el control de los flujos migratorios y la lucha contra la criminalidad organizada, esto implicaba que el extranjero, víctima del delito, era visto como un inmigrante irregular que debía ser sancionado, normalmente mediante la expulsión del territorio, abriéndose la posibilidad de regularizar su situación únicamente cuando éste colaboraba con las autoridades en la persecución del delito y la desarticulación de la red organizada. Afortunadamente, el nuevo art. 59 bis LODYLE introduce la preocupación por los derechos de la víctima, como muestra la previsión del período de reflexión y restablecimiento necesario para facilitar la salida del ámbito de influencia de los tratantes y decida libremente su colaboración con las autoridades, la obligación de la Administración de prestar protección y asistencia durante éste y de la posibilidad de regularizar su situación en el territorio con el reconocimiento de una autorización de residencia y trabajo, no únicamente por la colaboración con las autoridades, sino por su situación personal.

Sin embargo, las carencias de la Ley son patentes en el ámbito de la colaboración y cooperación. Se ocupa principalmente de cuestiones competenciales y procedimentales remitiendo al reglamento de desarrollo la fijación de las condiciones de colaboración con las ONG en materia de protección de las víctimas de trata de seres humanos. A su vez, el Reglamento posterga la adopción de estas condiciones a un Protocolo Marco de protección de víctimas de trata de seres humanos en el que deberán establecerse, entre otras cuestiones, la participación de la sociedad civil en la acogida y protección de las víctimas, que fue adoptado mediante acuerdo de 28 de octubre de 2011 por los Ministerios de Justicia, del Interior, de Empleo y Seguridad Social y de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, la Fiscalía General del Estado y el Consejo del Poder Judicial<sup>993</sup>.

### ***6.1.1. Período de Restablecimiento y Reflexión***

Una de las principales novedades introducidas por la Ley Orgánica 2/2009 es el derecho de la víctima a que le sea reconocido un período de restablecimiento y reflexión desde el momento en el que existan indicios razonables para pensar que la persona ha sido víctima del delito de trata de seres humanos<sup>994</sup>. Sin embargo la virtualidad práctica de este reconocimiento puede ponerse en duda si se atiende al número de concesiones.

---

<sup>993</sup> Debe destacarse también la aprobación de ciertos Protocolos autonómicos, incluso con anterioridad al estatal, como el Protocolo gallego de Actuación Institucional sobre adopción de medidas de prevención, investigación y tratamiento a las mujeres víctimas de trata con fines de explotación sexual de 18 de enero del 2010, el I Plan estratégico para la igualdad de mujeres y hombres en Andalucía (2010-2013) en el que se establecen unas orientaciones para prevenir y atender a las víctimas de trata con fines de explotación sexual, pero sobre todo el reciente Protocolo de Protección de las víctimas de trata de seres humanos en Cataluña, de 17 de octubre de 2013.

<sup>994</sup>Vid. Epígrafe 7.1 de este capítulo sobre detección e identificación de las víctimas de trata

De acuerdo con los datos oficiales disponibles es preocupante el ínfimo número de víctimas que se acogen a este período de restablecimiento y reflexión. Así, en 2011 el ofrecimiento de este derecho se hizo a 655 víctimas de las que tan sólo 81 decidieron acogerse al mismo. Mientras que en 2010 el ofrecimiento se hizo a 149 mujeres de las que tan sólo 24 se acogieron a él<sup>995</sup>. El IV Informe de Seguimiento de Plan Integral de Lucha contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual pone de manifiesto que durante el año 2012 fueron concedidos 60 períodos de reflexión, denegándose 11, mientras que el número de víctimas identificadas ascendía a 976<sup>996</sup>. Se hizo ofrecimiento del período a las víctimas identificadas y tan sólo 81 de ellas aceptaron acogerse al período de restablecimiento y reflexión. En 2012<sup>997</sup> fueron 66 las autorizaciones de residencia y trabajo concedidas a víctimas de trata con fines de explotación sexual y de explotación sexual (55 provisionales y 11 de definitivas).

Los datos facilitados por las instituciones sobre ofrecimiento y concesión del permiso de reflexión y restablecimiento son preocupantes. No sólo por el número reducido de concesiones del período sino por el número de víctimas que aceptan acogerse al mismo y proceder a su identificación. La reticencia de las víctimas a colaborar con las autoridades y el miedo a posibles represalias son algunas de las causas que pueden aducirse para explicar el reducido número de víctimas que solicitan el período de reflexión, que se configura con un estadio previo y limitado de protección. Por consiguiente, es necesario fomentar que las autoridades que entren en contacto con ellas le otorguen la información necesaria para que puedan acogerse al mismo y se desplieguen las medidas necesarias para su protección, y sobre todo, que la concesión de este período no se vincule de ninguna manera a la colaboración con las autoridades en la persecución de los autores del delito.

El competente para decidir la concesión o denegación del período de reflexión es el Delegado o Subdelegado del Gobierno de la provincia en la que se hubiese identificado a la víctima, que también se pronunciará sobre su duración. La decisión sobre la concesión o denegación del período la tomará atendiendo a la propuesta que sobre la concesión del período realice la unidad de extranjería y al expediente completo que debe especificar la situación administrativa y personal de la potencial víctima. También se facilitarán los informes aportados por otras entidades o instituciones que hubiesen participado en procedimiento. Esta información deberá ser elevada en un plazo máximo de 48 horas y con el consentimiento de la víctima.

Si la víctima ha sido identificada por otras unidades policiales, éstas deberán remitir inmediatamente a la unidad de extranjería un informe motivado sobre la

---

<sup>995</sup> FGE, Memoria 2013 y 2012, p. 345 y p. 835, respectivamente.

<sup>996</sup> De estas 976 víctimas 125 lo fueron por delito de trata con fines de explotación sexual mientras que 851 fueron identificadas como víctimas de explotación sexual.

<sup>997</sup> IV Informe de Seguimiento de Plan Integral de Lucha contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual, p. 39.

existencia de indicios razonables de la condición de víctima, cualquier otra información y documentación de interés, así como la propuesta de concesión del período de restablecimiento.

Cuando de los informes remitidos y la propuesta elaborada pueda derivarse la existencia de motivos razonables de la condición de víctima potencial de trata se reconocerá el período de reflexión. El Delegado o Subdelegado competente debe resolver sobre la concesión en un plazo de cinco días, en 24 horas si el extranjero se encuentra en un Centro de Internamiento de Extranjeros. Transcurridos los plazos previstos<sup>998</sup> sin resolución expresa se entenderá concedido por la duración prevista en la propuesta (art. 141.3 REDYLE).

Respecto a la duración de este período, el Legislador español ha optado por fijarlo, de acuerdo con el mínimo exigido por el Convenio de Varsovia, en un mes. Se han obviado así, las opiniones de ciertos actores internacionales y ONG<sup>999</sup> que han puesto de manifiesto la insuficiencia de este período, recomendando que se ampliase su duración a tres meses. Sin embargo, se ha fijado que el período de restablecimiento tendrá una duración mínima de un mes, lo que no impide que ésta sea mayor si las circunstancias así lo aconsejan. De hecho el Protocolo Marco se refiere a la posibilidad de conceder una única ampliación del período de restablecimiento inicialmente concedido cuando la víctima lo solicite o cuando la propia unidad policial lo considere oportuno, que en caso de ser concedido conllevará la correspondiente ampliación de la autorización de estancia.

Durante el período de restablecimiento y reflexión, se autorizará la estancia temporal en el territorio, del extranjero y sus hijos menores de edad o con discapacidad que se encuentren en España. Para garantizar un restablecimiento y reflexión adecuado de la víctima es necesario que durante este período de restablecimiento y reflexión, al igual que durante la fase previa de identificación de las víctimas no se incoe expediente sancionador por infracción del art. 53.1.a) LODYLE. Además de esta previsión, la Ley prevé la suspensión del expediente administrativo sancionador que se hubiese podido incoar con anterioridad e, incluso, la suspensión de la ejecución de la expulsión o devolución<sup>1000</sup> eventualmente acordadas. Así, se evitan los posibles perjuicios y temores que se pudieran derivar de una constante amenaza a la sanción y expulsión, siendo imprescindible para que la víctima reflexione con

---

<sup>998</sup> De acuerdo con el art. 141. 3 in fine: “Los plazos establecidos en este apartado serán computados desde la fecha de recepción de la propuesta en la Delegación o Subdelegación del Gobierno competente”.

<sup>999</sup> En este sentido, entre otros, GRUPO DE EXPERTOS EN LA TRATA DE SERES HUMANOS DE LA UE, *Report of the Experts group on trafficking in human beings*, Brussels, 22 december 2004. Disponible en [legislationline.org](http://legislationline.org) [última visita, 12 de abril 2014].

<sup>1000</sup> Debe considerarse un acierto del Legislador el hecho de hacer mención expresa a la devolución evitando así las posibles dudas que pudiesen surgir sobre la aplicación de la disposición en estos supuestos, puesto que continúa discutiéndose sobre la naturaleza jurídica de esta institución.

libertad sobre su posible colaboración con las autoridades que su decisión no se vea condicionada por las consecuencias de su irregularidad.

Las ventajas de la concesión de este período de restablecimiento son claras, no sólo por el hecho de que durante el mismo se autoriza la estancia de la potencial víctima y sus hijos y por la no iniciación del procedimiento sancionador o, según corresponda la suspensión temporal del mismo o de la expulsión, sino también porque la concesión de este período supone la propuesta a la autoridad judicial competente de la puesta en libertad inmediata del extranjero en caso de que se hubiese acordado el ingreso en un Centro de Internamiento de Extranjeros.

Todas estas cuestiones referidas al status administrativo del extranjero son fundamentales para la protección de la víctima, pero adquiere una especial relevancia la asistencia que durante este período la Administración está obligada a otorgar. En materia de asistencia, se hace referencia a la derivación a las autoridades competentes en materia de asistencia social<sup>1001</sup> y al deber de velar por la seguridad y protección de las personas.

La seguridad, protección y asistencia no sólo le serán garantizadas a las víctimas de trata, sino que en virtud de la Ley Orgánica 10/2011 se amplían a sus hijos menores de edad o con discapacidad que se encuentren en España. De forma general, se hacen extensibles a los hijos menores de edad o con discapacidad que se encuentren en España de todas las disposiciones favorables previstas para la víctima, como el derecho a obtener una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales o bien de regresar a su país de origen. Incluso con carácter extraordinario se prevé la protección de otras personas que se encuentren en España con las que la víctima tenga cierta relación y cuya desprotección frente a los tratantes pueda impedir que la víctima colabore con las autoridades.

Con esta ampliación de los sujetos protegidos se intenta evitar posibles represalias contra la víctima y sus allegados, así como que la víctima sea coaccionada por los presuntos tratantes o explotadores para que no colabore con las autoridades. Un gran número de víctimas desisten de colaborar con la justicia por las amenazas de las que son objeto ellas y sus familiares. Ahora bien, estas nuevas disposiciones deberán evaluarse tras su articulación y concreción práctica, pues también la Ley Orgánica 19/1994 prevé la posibilidad de este tipo de protección a las víctimas y sus familiares en el contexto del proceso penal. Por lo tanto, no siempre son suficientes las disposiciones legales, sino la voluntad real de llevarlas a la práctica mediante la

---

<sup>1001</sup> Respecto a la obligación de Estado de prestar protección y asistencia a las víctimas durante el período de reflexión puede verse el art. 12 del Convenio del Consejo de Europa que especifica la asistencia mínima que se debe otorgar a la víctima para el restablecimiento físico, psicológico y social.

adopción de protocolos de actuación y la disposición de medios materiales y económicos suficientes para ejecutarlos.

El período de restablecimiento y reflexión, de acuerdo con el art. 59 bis. 3 LODYLE, podrá denegarse o ser revocado por motivos de orden público o cuando la condición de víctima se invoque de forma indebida. El competente para acordar la denegación o revocación será el Delegado o Subdelegado del Gobierno. La correcta protección de los derechos de las víctimas exige que la resolución denegatoria de la concesión del período de reflexión sea motivada y recurrible, obligando a la Administración a prescindir lo máximo posible de la subjetividad que puede estar presente en el proceso de identificación de una persona como potencial víctima y la inseguridad jurídica que generan conceptos jurídicos indeterminados como *orden público*. Para ello sería conveniente establecer ciertos indicadores objetivos que permitirían al interesado recurrir con conocimiento de los hechos e informes que fundamentan la denegación o revocación del período de restablecimiento.

### **6.1.2. Exención de responsabilidad administrativa**

La identificación de la persona como potencial víctima de trata no implica automáticamente la expedición automática de una autorización de residencia y trabajo, sino tan sólo a que le sea reconocido un período de restablecimiento y reflexión. Transcurrido este período se contactará con la víctima para que manifieste su decisión de colaborar o no en la investigación o en el proceso penal.

Por un lado, si la víctima decide colaborar con las autoridades, éstas podrán proponer al Delegado competente la exención de responsabilidad de la misma en relación con la infracción del 53.1 a) de la LODYLE. Ahora bien, parece discutible que la víctima extranjera de trata de seres humanos pudiese quedar exenta de responsabilidad administrativa por el hecho de encontrarse en España en situación irregular, pero pudiese ser responsable por otras infracciones íntimamente relacionadas con esta estancia irregular, como la de trabajar en España sin la preceptiva autorización de trabajo (art.53.1 b) LODYLE), infracción a la que, además, le corresponde el mismo tipo de sanción, multa o expulsión. La íntima relación existente entre la permanencia irregular del extranjero y el trabajo sin la preceptiva autorización, obligan a mantener que lo más adecuado sería que la exención de responsabilidad del extranjero abarcase la comisión de ambas infracciones, más aún cuando el propio REDYLE en su art. 241 recoge la posibilidad de revocar una medida de expulsión no ejecutada por la comisión de alguna de las dos infracciones (encontrarse irregularmente en España y trabajar sin la correspondiente autorización de trabajo), cuando del análisis de la solicitud de autorización de residencia por circunstancias excepcionales derive su procedencia.

Por el contrario, la responsabilidad administrativa de la víctima que puede dar origen a su expulsión puede provenir de otro tipo de infracción. Con ocasión de la exención de la responsabilidad penal de la víctima, se ha puesto de manifiesto que la víctima de trata puede ser sujeto activo de determinados delitos. Por ese motivo, en el ámbito de la ley de extranjería debe tenerse en cuenta el art. 57 de la LODYLE que permite sancionar al extranjero con la expulsión del territorio por la comisión dolosa de algún delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año (art. 57.2 LODYLE) o por encontrarse, procesado o imputado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la Ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza (57.7.a) LODYLE). Ni el art. 59 bis de la LODYLE ni tampoco el Reglamento de desarrollo se refieren a la posibilidad de eximir de responsabilidad administrativa a la víctima de trata por este motivo. Una política coherente de protección de las víctimas de este delito obliga a una adecuada coordinación de las medidas previstas legalmente, en este caso entre ambas cláusulas de exención de responsabilidad. Por ese motivo, el hecho de que una potencial víctima de trata se encuentre procesada o imputada en un procedimiento penal por la comisión de un delito relacionado con su propia condición de víctima no debería conllevar la denegación de la autorización de residencia, sino activar unas medidas de coordinación y cooperación con las instituciones judiciales o el ministerio fiscal, al igual que si la sentencia ya hubiese recaído sentencia.

Por otro lado, si la víctima decide no colaborar tendrá la posibilidad de solicitar la exención de la responsabilidad administrativa en atención a su situación personal, pudiendo acordarse también por esta causa de oficio. Se abre así la posibilidad para que la víctima acceda a la regularización definitiva de su situación sin necesidad de colaborar con las autoridades en la persecución del delito, pues únicamente se tendrá en cuenta su situación personal<sup>1002</sup>.

Si el Delegado o Subdelegado de Gobierno, competente para acordar la exención<sup>1003</sup>, acuerda no eximir de responsabilidad a la víctima de trata se levantará la suspensión del procedimiento administrativo sancionador o de la ejecución de la medida de expulsión o devolución que fueron suspendidas temporalmente (art. 143.2 REDYLE). No obstante, la continuación del procedimiento sancionador estará condicionada a la posibilidad de que el extranjero solicite la autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales fundamentada en un motivo distinto al de ser víctima del delito de trata de seres humanos (art. 143.3 REDYLE).

---

<sup>1002</sup> De acuerdo con los párrs. 183 y 184 del *Explanatory Report Council* esta situación personal debe ser de tal entidad que no sería razonable obligar a la víctima a salir del territorio nacional. Los supuestos que se pueden incluir en esta situación personal son variados: la seguridad de la víctima, el estado de salud de la familia o cualquier otro factor a tener en cuenta.

<sup>1003</sup> Art. 53.1.a) LODYLE.

### ***6.1.3. Autorización de Residencia y trabajo por circunstancias excepcionales o Retorno asistido.***

Únicamente cuando se declare la exención de responsabilidad administrativa de la víctima, ésta podrá solicitar el retorno asistido a su país de procedencia o bien solicitar una autorización de residencia (art. 145 REDYLE), o bien solicitar una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales (art. 144.1 REDYLE), tanto para ella como para sus hijos menores o con discapacidad.

Por un lado, el **retorno asistido** consiste en el regreso de la víctima a su país de origen con la gestión y asistencia que otorga la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración. El programa de retorno para personas vulnerables implicará, al menos, la evaluación, antes de la partida, de los riesgos y la seguridad, el transporte y la asistencia al extranjero hasta la llegada a destino. Aunque la remisión que en art. 145.2 REDYLE realiza al art. 16 del Convenio del Consejo de Europa obliga a incluir otras actuaciones que deberán llevarse a cabo con anterioridad a la ejecución del retorno<sup>1004</sup>. Sin embargo, es necesario remarcar que acogerse a un programa de retorno asistido implica la firma de un compromiso de no retornar a España en el plazo de tres años, aspecto puede desincentivar el uso de este tipo de programas de retorno asistido.

En el Protocolo Marco se recoge la posibilidad de incluir a la víctima e hijos en el programa de retorno voluntario de atención social destinado a inmigrantes que se encuentren en situación de vulnerabilidad por estar en riesgo de exclusión social<sup>1005</sup>, financiado por la Dirección General de Integración de los Inmigrantes del Ministerio de Trabajo e Inmigración con el apoyo del Fondo Europeo de Retorno, cuando así lo propongan las organizaciones con experiencia acreditada en la asistencia a las víctimas de trata. Los programas de retorno asistido son gestionados por distintas ONG españolas que reciben al efecto subvenciones públicas. En este sentido, a través de la Resolución de 20 de marzo de 2013, de la Dirección General de Migraciones, se

---

<sup>1004</sup> El art. 16 del Convenio de Varsovia supone un mayor número de obligaciones para el que asiste el retorno, de las mencionadas en el REDYLE. Entre otras previsiones, se menciona: la necesidad de que en el retorno se tengan en cuenta los derechos, la seguridad y la dignidad de las personas, así como el estado de cualquier procedimiento judicial relacionado con su condición de víctima. B) La solicitud al Estado receptor la expedición de los documentos de viaje u otra documentación necesaria para que la persona viaje y entre en el territorio, cuando la persona carezca de ellos. C) La adopción de programas de retorno dirigidos a evitar la revictimización; D) Deberá otorgarse a la víctima, antes del retorno, información sobre los servicios judiciales y policiales, organizaciones no gubernamentales, organismos de asistencia social y profesiones jurídicas que puedan ofrecer ayuda en el País al que va a ser retornada; y E) impedir el retorno de menores cuando el estudio de los posibles riesgos y seguridad determine que el retorno no redundaría en el interés superior del menor.

<sup>1005</sup> Son tres las vías para el retorno voluntario asistido: encontrarse en situación de vulnerabilidad social; tener intención de reintegrarse socio-económicamente en el país de origen y, en tercer lugar, percibir la prestación por desempleo por anticipado. Vid. PARELLA, Sonia y PETROFF, Alisa, "Migración y retorno en España: salidas de inmigrantes y programas de retorno en un contexto de crisis", en Aja, Eliseo y Arango, Joaquín, *Anuario de la inmigración en España*, en prensa.

convocan subvenciones para programas de retorno voluntario de personas inmigrantes, con una cuantía de 2.400.000 euros.

El Programa de Retorno voluntario asistido con especial atención a personas vulnerables, entre las que se incluyen a las víctimas de trata, prevé una serie de prestaciones relacionadas con momentos previos al viaje de retorno<sup>1006</sup> como el servicio de información, apoyo y orientación psico-social, el diseño de un itinerario de retorno adecuado a la situación individual, servicio de información y orientación sobre los trámites necesarios para la obtención de la documentación necesaria para el viaje de retorno, el pago de tasas de visado o de obtención de los documentos de viaje imprescindibles, así como pago del transporte necesario para dicha tramitación u obtención de esa documentación. Además, se procederá al pago del billete de retorno al país de procedencia desde el lugar de su domicilio en España, para el interesado y ciertos familiares y se hará entrega de un dinero de bolsillo de 50 euros por persona hasta un máximo de 400 euros por unidad familiar, para facilitar la manutención durante el transcurso del viaje desde su lugar de residencia hasta el punto de salida. Otras prestaciones relacionadas con la instalación en el país de origen como la gestión de una ayuda económica de 400 euros por persona hasta un máximo de 1.600 euros por unidad familiar, como ayuda a su primera instalación en el país de procedencia. Especialmente en el caso del retorno voluntario de las víctimas de trata de seres humanos, así como de sus hijos e hijas, menores o con discapacidad, el retorno comprenderá la evaluación previa a la partida, de los riesgos y la seguridad, el transporte, así como la asistencia en los puntos de partida, tránsito y destino.

Si se opta por el retorno asistido, la persona interesada podrá presentar la solicitud dirigida a la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración ante cualquier autoridad competente y en cualquier fase del procedimiento, desde el momento en el que se hayan apreciado motivos razonables sobre su condición de víctima de trata de seres humanos. Por lo tanto no será necesario que espere a que sea decretada la exención de responsabilidad administrativa. Si bien la solicitud de retorno podrá presentarse en cualquier momento, las autoridades que investigan el delito podrán determinar la necesidad de que el interesado permanezca en el territorio. En este supuesto la solicitud se tramitará en cuanto desaparezcan las causas que justifican

---

<sup>1006</sup> Como prestaciones excepcionales el abono de los gastos de desplazamiento en España desde su lugar de residencia hasta el punto de salida, podrá incluir el abono de los gastos de alojamiento de una noche por motivos de tránsito. En caso de tener que cubrir el transporte desde la localidad de llegada al destino final en su país de procedencia, esta ayuda podrá aumentarse hasta 100 euros por persona con un límite máximo de 600 euros por unidad familiar, gastos imprevistos de medicamentos u otros debidamente justificados por el solicitante e informados positivamente por la entidad que gestiona el retorno, pago de los gastos de acompañamiento necesario de la persona solicitante de retorno o familiar debido a enfermedad, discapacidad u otra circunstancia invalidante, que deberá justificar adecuadamente mediante informe sanitario y/o social y que la entidad deberá valorar en informe escrito.



la permanencia. Se trata a la víctima como un elemento clave del proceso penal y no como una víctima que debe ser asistida. El debido trato de la víctima obliga a que el retraso en este trámite sea el mínimo indispensable para realizar las actuaciones necesarias dirigidas a no entorpecer el posible proceso penal, como declaración de la víctima como prueba preconstituida.

Por otro lado, en el supuesto de que la víctima opte por solicitar una **autorización de residencia y trabajo** debe presentarse la solicitud ante la Delegación del Gobierno o Subdelegación que acordó la exención de responsabilidad (art. 144.2 REDYLE), personalmente o mediante representante legal. Esta solicitud deberá ir acompañada, si es el caso, de documento público por el que se otorgue representación legal a favor de la persona que presente la solicitud, y de la copia del pasaporte completo o documento de viaje en vigor, o bien por cédula de inscripción en vigor. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 59 bis.4 LODYLE<sup>1007</sup> se podrá eximir al extranjero de la aportación de estos documentos cuando su obtención pueda suponer un riesgo para él.

Una vez presentada la solicitud, se dirigirá la misma a la Secretaría de Estado de Seguridad si se fundamenta en la colaboración de la víctima en la investigación o a la Secretaría de Estado de Inmigración o Emigración si por el contrario se basa en su situación personal<sup>1008</sup>, pudiendo incluso presentar una solicitud ante cada uno de estos organismos si la exención de responsabilidad se determinó por la concurrencia de ambas circunstancias. Junto la solicitud presentada, se adjuntarán dos informes. Uno sobre la situación administrativa y personal del extranjero, y otro sobre el sentido de resolución. No obstante, no se refiere la Ley a las posibles situaciones de conflicto y coordinación que puedan producirse como consecuencia de este doble procedimiento ante dos autoridades distintas.

Únicamente cuando la propuesta de resolución remitida por la Delegación es favorable a la concesión, se otorgará al interesado una autorización provisional de residencia y trabajo. Se informará al interesado sobre el traslado de la solicitud y sobre la concesión de la autorización provisional de residencia y trabajo. Esta autorización

---

<sup>1007</sup> El último inciso de este apartado fue introducido en el texto de la Ley durante la fase de debate del Senado, al tenerse en cuenta que una forma frecuente de coacción ejercida por los tratantes y/o explotadores es precisamente la de privar de su documentación a las víctimas cuando llegan al país de destino. Con esta previsión, el procedimiento para la regularización de la situación de la víctima no se ve imposibilitada por cuestiones burocráticas.

<sup>1008</sup> Aunque el período de reflexión y las posteriores autorizaciones a las que se refiere el artículo parecen vincularse estrechamente a la colaboración con las autoridades competentes en la investigación y enjuiciamiento del delito, lo cierto es que el Legislador español siguiendo con lo dispuesto en el Convenio de lucha contra la trata, que no en la Directiva 2004/81, establece la posibilidad de otorgar la autorización de residencia y trabajo atendiendo a la situación personal en la que se encuentre la víctima. La Ley no concreta cual será esa situación personal que deberá tenerse en cuenta para la concesión, y el reglamento tampoco aporta ninguna noción que nos permita saber cuál será la situación personal a tener en cuenta.

provisional tendrá eficacia desde la notificación hasta que se dicte resolución sobre la autorización solicitada, habilitando a la víctima a permanecer en España y trabajar, por cuenta ajena o propia, en cualquier sector de actividad, ocupación y ámbito territorial (art. 144. 4 REDYLE). Dicha autorización se extiende a los hijos menores de edad o discapacitados que se encuentren en España. En el plazo de un mes desde la notificación se exige al interesado que solicite personalmente la Tarjeta de Identidad de Extranjero, donde no constará el carácter provisional de la autorización ni su condición de víctima del delito de trata de personas. Sin embargo, nada aclara la ley sobre la concreta situación jurídica en la que quedaría la víctima ante la no concesión de una autorización provisional como consecuencia de un informe desfavorable por parte de la delegación o subdelegación, que tras decretar la exención de responsabilidad administrativa no debería ser lo habitual.

Si finalmente, la Secretaría competente resuelve a favor de la concesión de la autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales, ésta tendrá una vigencia de cinco años y permitirá al extranjero e hijos residir y trabajar en España sin ningún tipo de limitación geográfica o laboral. Fijar el período de vigencia de la autorización en cinco años debe considerarse un acierto, evitando que la víctima tenga que pasar regularmente por trámites de renovación y el cumplimiento de una serie de requisitos, permitiendo que solicite la residencia de larga duración incluso antes de la expiración de su autorización al serle computado a estos efectos el tiempo que fue titular de la autorización provisional (art. 144. 5 REDYLE).

Por el contrario, si la resolución de la Secretaría deniega la autorización por circunstancias excepcionales, automáticamente la autorización provisional que se hubiese concedido perderá su vigencia, no siendo posible computar el tiempo durante el que fue titular de la misma a efectos de solicitar la residencia de larga duración. En ningún caso, la denegación impide que el extranjero pueda iniciar otro procedimiento solicitando otra autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales fundamentado en un supuesto distinto al previsto en el art. 59 bis o incluso que solicite asilo o protección subsidiaria de conformidad con la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. (arts. 144.7 y 8 REDYLE)<sup>1009</sup>.

No obstante, la denegación de la autorización de residencia y trabajo hace que la víctima pase a una situación de irregularidad siendo posible, por tanto, que pueda ser objeto de un procedimiento sancionador por estancia irregular en España. Si esto llegase a ocurrir, se puede dificultar la concesión de una autorización de residencia

---

<sup>1009</sup> Vid. Directrices sobre protección internacional de ACNUR: La aplicación del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 o del Protocolo 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados en relación con las víctimas de la trata de personas y las personas que están en riesgo de ser víctimas de la trata.

basada en alguno de los restantes supuestos a los que podría acogerse la víctima. Así, la legislación de extranjería establece como causa de inadmisión a trámite de la solicitud presentada que conste la existencia de un procedimiento administrativo sancionador contra el solicitante en el que pueda proponerse la expulsión o cuando se haya decretado la expulsión contra el mismo. Únicamente el art. 241.3 del RODYLE permite subsanar esta situación, en cuanto es posible revocar dicha medida cuando del análisis inicial de la solicitud existan indicios claros de la procedencia de la concesión de la autorización.

La referencia a los menores que se hace en el art. 146 REDYLE, se limita a recordar la necesidad de preservar el interés superior del menor en todas las actuaciones que se realicen, debiéndose garantizar la separación entre mayores y menores de edad. La institución pública que ostente la tutela legal del menor o el Ministerio Fiscal podrán proponer, por razones de protección o asistencia especializada, la derivación del menor hacia recursos específicos para las víctimas de trata

De acuerdo, con lo previsto en el art. 59 bis, se ofrece un plus de protección a las víctimas de trata en relación con otros supuestos encuadrables entre circunstancias excepcionales, ya que es posible otorgar amparo a la víctima a través de autorizaciones de estancia o residencia a las que puede acceder desde el momento en el que existan indicios para considerar que una persona es víctima de trata. No obstante, el procedimiento es confuso, dependiente de múltiples trámites que lo dificultan y rodeada de un amplio margen de discrecionalidad de la Administración, en el que los informes que se remiten al competente para resolver no son vinculantes y la concesión o denegación de la autorización no depende ni de la existencia de un procedimiento penal contra los autores del delito ni del final que éste tenga.

Debe hacer una especial mención al tratamiento que se otorga a los hijos menores o mayores discapacitados de la víctima, así como a los familiares de la misma. Debe valorarse positivamente la mención que la legislación de extranjería realiza a los hijos que se encuentren en España para extenderle a ellos los beneficios que la víctima puede obtener, especialmente la autorización provisional y definitiva. Sin embargo, ninguna mención se realiza en relación con hijos mayores de edad, ni otros familiares de la víctima que pudiesen encontrarse en España. Estos únicamente se ven protegidos, de forma indirecta, durante el período de restablecimiento y reflexión concedido a la víctima y siempre que su protección sea necesaria para favorecer la colaboración de la víctima. Más allá del período de reflexión la ley no hace referencia a los mismos, no se prevé su posible regularización ni ningún otra medida de este tipo. Con ello se olvida el Legislador que la seguridad de estos familiares directos es fundamental para la correcta recuperación de la víctima e incluso para el posible proceso penal que se siga contra los autores del delitos. Las

posibles represalias y amenazas que tengan como objeto a estos familiares pueden hacer desistir a la víctima de colaborar o retractarse de lo declarado con anterioridad.

En el mismo sentido, sería apropiado establecer alguna especificación respecto a los hijos o familiares que se encuentren fuera de España. En esta situación, tan sólo quedará acudir a la reagrupación familiar tal y como se encuentra regulada en la legislación de extranjería (art. 17 y ss. LODYLE y 53 y ss. REDYLE), con las limitaciones derivadas de los requisitos necesarios que deben cumplirse como la necesidad de una previa residencia en nuestro país.

## **6.2. Colaboración contra redes organizadas (artículo 59 LODYLE)**

Desde un punto de vista teórico, si la víctima de trata no ve regularizada su situación administrativa de acuerdo con el art. 59 de la LODYLE puede solicitar, si cumple los requisitos para ello, una autorización si colabora con las autoridades en la lucha contra el grupo organizado. No obstante, la colaboración es uno de los elementos a tener en cuenta para la concesión o denegación de la autorización prevista en el art. 59 bis LODYLE, por lo que si ésta ha sido denegada previsiblemente la nueva solicitud fundamentada en la colaboración previsiblemente correrá el mismo destino.

El art. 59 de la LODYLE rubricado “*Colaboración contra redes organizadas*”, establece un incentivo legal en el ámbito de extranjería para las víctimas, testigos o perjudicados de determinadas conductas delictivas que decidan colaborar con las autoridades administrativas, fiscales o judiciales en la persecución de los autores del delito. Los arts. 135 a 139 integrados en el Capítulo III sobre *Residencia temporal y trabajo por circunstancias excepcionales por colaboración contra redes organizadas* recogen el procedimiento a seguir en estos supuestos de colaboración con las autoridades. La finalidad de estas disposiciones es fomentar la colaboración de las personas extranjeras en situación irregular con las autoridades en la lucha contra las redes organizadas, favoreciendo así la persecución y condena de los autores de estos delitos. La desarticulación de grupos criminales organizados es una prioridad para el Estado, por este motivo el estatus de protección previsto para los extranjeros que colaboren con las autoridades con este fin es superior al previsto para otros tipos de colaboración con las autoridades públicas<sup>1010</sup>, asimilándose al régimen previsto para las víctimas de violencia de género y de trata de personas.

---

<sup>1010</sup> Los arts. 31.1 LODYLE y 127 REDYLE establecen la posibilidad de otorgar una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, de acuerdo con el procedimiento general previsto en el art. 128 REDYLE, para aquellos extranjeros que colaboren con autoridades públicas en cuestiones ajenas de lucha contra las redes organizadas, o cuando concurren razones de interés público o seguridad nacional.

La reforma operada por la Ley Orgánica 2/2009 no supuso una modificación sustancial del régimen previamente existente, sin embargo sí implicó ciertas mejoras al ampliar el ámbito subjetivo de aplicación del precepto. El tan esperado Reglamento de Extranjería<sup>1011</sup> desarrolla una importante novedad que ya era posible intuir en el texto legal, acercando el régimen de protección de las víctimas de estos delitos y que deciden colaborar con las autoridades, al previsto para las mujeres víctimas de violencia de género y las víctimas de trata de personas. Esta importante novedad es la previsión de una autorización de residencia y trabajo de carácter provisional que desplegará su eficacia hasta la existencia de una resolución definitiva sobre la concesión o denegación de la autorización de residencia y trabajo solicitada en virtud de este precepto.

No obstante, se mantiene la indeterminación de algunos términos y el amplio margen de discrecionalidad de la Administración a la hora de decidir sobre la exención de responsabilidad administrativa del extranjero en situación irregular, cuestiones que continuarán generando cierta inseguridad jurídica.

### **6.2.1. Requisitos**

De acuerdo con lo previsto en el art. 59 de la LODYLE es necesaria la concurrencia de una serie de requisitos para poder beneficiarse de los incentivos previstos en el precepto. Para comenzar, el art. 59.1 LODYLE exige que se trate de un *“extranjero que se encuentre irregularmente en España y sea víctima, perjudicado o testigo de un acto de tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal, explotación laboral o de tráfico ilícito de mano de obra o de explotación en la prostitución abusando de su situación de necesidad”*.

Se hace una alusión genérica a la irregularidad, sin establecer ningún tipo de especificación respecto a la situación irregular del extranjero en España, a diferencia de lo que ocurría en la anterior redacción<sup>1012</sup>. Por tanto, entran en el ámbito de aplicación de este precepto tanto los extranjeros que hayan entrado inicialmente en España de forma irregular o con apariencia de legalidad, como aquéllos que

---

<sup>1011</sup> RD 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2009, publicado en el BOE núm. 103, de 30 de abril de 2011.

<sup>1012</sup> Antes de la reforma, el precepto se refería al extranjero que hubiese entrado irregularmente en el territorio al haber cruzado la frontera española fuera de los pasos establecidos para ello o por no haber cumplido con su obligación de declarar la entrada, por lo que los casos de irregularidad sobrevenida no entraban en el ámbito de aplicación del precepto. En este sentido, Vid. GONZÁLEZ ZORRILLA y GARCÍA ARÁN, “Normas afectantes a la perseguibilidad” en op.cit., p. 301. También, RODRÍGUEZ CANDELA, María José, “Incentivos legales por colaboración en la persecución de determinados delitos”, en LAURENZO COPELLO, Patricia (coord. a), *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 279.

inicialmente cumplían con todos las exigencias legales pero que con el transcurso del tiempo han dejado de cumplirlas.

La inclusión de la irregularidad sobrevenida y la eliminación de la exigencia de una relación de causalidad entre la situación de irregularidad en la que se encontraba el extranjero y las conductas delictivas descritas<sup>1013</sup> suponen una considerable ampliación del ámbito de aplicación del precepto. La exigencia de que la irregularidad administrativa fuese consecuencia del hecho de haber sido víctima, perjudicado o testigo de alguno de los comportamientos delictivos mencionados en el precepto dificultaba su aplicación a los testigos del delito. A pesar de la literalidad del precepto, los testigos, más si se menciona a la víctima y perjudicado como categoría diferenciada, son terceros con conocimiento directo de la realización del delito que disponen de información sobre los hechos, pero no han sido objeto de ninguna acción delictiva, por lo que difícilmente su status administrativo de irregularidad podía ser consecuencia de acciones de tráfico o explotación<sup>1014</sup>.

Este precepto está previsto para aquellos casos en los que el extranjero en situación irregular colabore con las autoridades para la persecución de un delito de tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal (art. 318 bis CP), explotación laboral (art. 311/312.2 CP), tráfico ilícito de mano de obra (art. 312.1 CP) o de explotación en la prostitución abusando de su situación de necesidad (art. 188.1 CP).

El extranjero que cumpliendo los requisitos anteriores decida colaborar con las autoridades podrá quedar exento de responsabilidad administrativa, pudiendo optar entre el retorno asistido a su país de procedencia o la obtención de una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales. Además, deberá facilitarse al extranjero los medios necesarios para su integración social, así como garantizar su seguridad y protección (art.59.3 LODYLE).

El art. 59 de la LODYLE se refiere de una forma amplia a la colaboración de la víctima, perjudicado o testigo con las autoridades competentes, entre las que se incluyen no sólo las autoridades administrativas no policiales, sino también las policiales, las fiscales y las judiciales. Dicha colaboración abarca desde la denuncia de los autores, pasando por la cooperación o colaboración con la autoridad competente proporcionando datos esenciales, hasta la prestación de testimonio en el proceso judicial correspondiente<sup>1015</sup>. La cuestión controvertida respecto a qué debe entenderse

---

<sup>1013</sup> Vid. RODRÍGUEZ CANDELA, Incentivos legales por colaboración en la persecución de determinados delitos”, en op.cit., p. 281.

<sup>1014</sup> GONZÁLEZ ZORRILLA y GARCÍA ARÁN, “Normas afectantes a la perseguibilidad” en op.cit., p.303.

<sup>1015</sup> STS (Sala Contencioso-Administrativo. Sección 3ª) núm. de recurso 4119/2008, de 26 de julio de 2011, F.J. 2º (Ponente: Eduardo Espín Templado), [ROJ: STS 5556/2011] sobre la concesión de residencia por colaboración con la policía, entiende que “la utilización de la expresión "circunstancias excepcionales se configura como un concepto jurídico indeterminado, en definitiva como un concepto

por colaboración con las autoridades, radica en el amplio margen de discrecionalidad del que dispone la Administración para la decisión. La práctica administrativa supone en muchos casos que estas diversas manifestaciones de la colaboración con las autoridades (denuncia, aportación de datos esenciales y testimonio en juicio), que legalmente parecen haberse previsto como formas alternativas de cooperación, se transforman en requisitos acumulativos para la concesión de los derechos previstos legalmente<sup>1016</sup>, pues la Administración valorará todos ellos para decidir. Si a este amplio margen de valoración de las autoridades, se une la presencia de conceptos jurídicos indeterminados como el de “*datos esenciales*” la inseguridad jurídica se ve acrecentada<sup>1017</sup> y con ello las reticencias de las víctimas a cooperar, pues la colaboración con las autoridades competentes sin la posterior obtención de los beneficios previstos, supone un aumento de la vulnerabilidad de la víctima ya que puede ser objeto de futuras represalias.

### **6.2.2. Exención de responsabilidad**

El art. 59 de la LODYLE de forma genérica se refiere a la posibilidad de que el extranjero que cumpliendo los requisitos exigidos colabore “... *podrá quedar exento de responsabilidad administrativa y no será expulsado...*”, mientras que el art. 135 del Reglamento de forma más detallada se refiere a la exención de responsabilidad del extranjero únicamente en relación con la infracción del art. 53.1 a) de la LODYLE<sup>1018</sup>, sancionada con multa (art. 55.1.b) LODYLE) o atendiendo al principio de proporcionalidad con la expulsión del territorio (art. 57.1 LODYLE).

---

que no supone el ejercicio de potestad discrecional alguna por parte de la Administración, sino que, por el contrario, ésta viene obligada a conceder el permiso de que se trate,- o, en su caso, la exención de visado-, si concurren las circunstancias excepcionales señaladas en el precepto que en cada caso sea de referencia, debiendo precisarse que la excepcionalidad de las circunstancias no es equiparable a la simple conveniencia, utilidad o importancia de las mismas, ya que en todo caso ha de valorarse la real excepcionalidad de los motivos que puedan dar lugar a la concesión de lo pedido o, en su caso, a la dispensa de la obligación.”

<sup>1016</sup> La STSJ de Castilla y León, Burgos (Contencioso-administrativo) núm. 58/2004, de 13 de febrero, (Ponente: María Begoña González García), [ROJ: STSJ CL 771/2004] pone de manifiesto que la denuncia de la víctima no es suficiente si ésta se produce como resultado de unas investigaciones policiales previas, siendo necesario que consten datos esenciales que faciliten la averiguación de los hechos y la identificación de sus autores. La STS (Sala contencioso-administrativa. Sección 5ª), de 13 de febrero de 2008, F.J.2º, (Ponente: Rafael Fernández Valverde), [ROJ: STS 628/2008], establece que no basta con la declaración de buenas intenciones de la víctima sino que es necesario algún acto de colaboración esencial (datos que permitan la identificación de los autores o la comprobación de los hechos) con las autoridades competentes.

<sup>1017</sup> En muchas ocasiones el conocimiento que la víctima posee de la organización criminal es limitado, pues no conocen el funcionamiento de la organización, pues mantienen relación directa con los intermediarios que los reclutaron en el país de origen y que en ocasiones son familiares o amigos de la propia víctima o bien con aquellas personas que la explotaron en el país de destino.

<sup>1018</sup> Este precepto tipifica como infracción grave: “ Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente”

De acuerdo con lo dispuesto en la LODYLE cuando el extranjero esté inmerso en el procedimiento sancionador serán los órganos administrativos competentes encargados de la instrucción del mismo los que deberán informar a la persona interesada sobre las posibilidades que otorga el art. 59 de la Ley, para que pueda decidir sobre su colaboración, así como informar a la autoridad judicial que instruya el procedimiento penal (art. 59.2 LODYLE). Ahora bien, de acuerdo con el procedimiento previsto en el art. 135 la autoridad pública con la que finalmente colabore el extranjero deberá remitir un informe, al órgano instructor del expediente sancionador, sobre la colaboración prestada. Este informe será tenido en cuenta para hacer una propuesta, sobre la exención o no de la responsabilidad administrativa, al Delegado o Subdelegado del Gobierno de la provincia en la que se incoó el expediente sancionador. El Delegado o Subdelegado de Gobierno, al igual que es el competente para imponer la sanción (art. 55 LODYLE) es también el competente para decidir sobre dicha exención de responsabilidad, siendo él el que deberá acordar la suspensión temporal del procedimiento sancionador incoado o de la ejecución de la medida de expulsión o devolución, si ésta ya se hubiese acordado.

Si finalmente, se determina la no exención de la responsabilidad administrativa del extranjero se acordará la continuación del procedimiento sancionador o la ejecución de la medida de expulsión o devolución suspendida. Si por el contrario, se acuerda la exención de responsabilidad la autoridad que hubiese dictado dicha resolución informará al extranjero de la posibilidad de presentar una solicitud de autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales. En todo caso, el extranjero podrá optar por el retorno asistido a su país de procedencia.

### ***6.2.3. Retorno asistido y autorización de residencia y trabajo***

Si acordada la exención de responsabilidad, el extranjero opta por el retorno a su país de procedencia deberá presentar la solicitud ante la Delegación o Subdelegación del Gobierno que determinó la exención de su responsabilidad y dirigirla al titular de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración (art. 138.2 REDYLE). Ahora bien, es posible que las autoridades consideren necesaria la permanencia del extranjero en España por razones de investigación o de procedimiento, en este supuesto la solicitud de retorno podrá realizarse pero únicamente se dará trámite a la misma cuando desaparezcan las causas que justifican su permanencia en territorio español (art. 138.1 y 3 REDYLE).

Por el contrario, si el extranjero opta por la autorización de residencia y trabajo deberá dirigir la solicitud de autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales al titular de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, si la colaboración contra redes organizadas se produce con autoridades administrativas no



policiales. Dicha solicitud deberá ser presentada personalmente o mediante representante, ante la Delegación o Subdelegación del Gobierno que hubiera determinado la exención de responsabilidad (art. 136.1 REDYLE). Por el contrario, si la colaboración se produce con autoridades policiales, fiscales o judiciales la solicitud deberá dirigirse al titular de la Secretaría de Estado de Seguridad, debiendo ser presentada personalmente o mediante representante, ante la correspondiente unidad policial de extranjería (art. 137. 1 REDYLE). En todo caso, la solicitud deberá ir acompañada de copia del pasaporte o documento de viaje, en vigor, siendo posible sustituir este documento por la cédula de inscripción en vigor. Si la solicitud se ha presentado mediante representante deberá adjuntarse el documento público por el que se otorgue la representación legal a favor de la persona física que formula solicitud (arts. 136.2 y 137.2 REDYLE).

Por un lado, como ya se ha comentado si la colaboración se produce con autoridades administrativas no policiales será el titular de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración el competente para resolver el procedimiento sobre la autorización por circunstancias excepcionales. La Delegación o Subdelegación de Gobierno dará traslado de la solicitud al competente para la resolución, adjuntando el informe emitido por la autoridad con la que haya colaborado la persona interesada, así como un informe sobre el sentido de resolución. Si éste último informe fuese favorable supondrá la concesión por parte del Delegado o Subdelegado del Gobierno de una autorización provisional de residencia y trabajo, siéndole notificado al interesado la realización de la propuesta de inicio de oficio del procedimiento y de la concesión o no de la autorización provisional de residencia y trabajo.

Por otro lado, si la colaboración se realiza con otras autoridades policiales, fiscales o judiciales, será el titular de la Secretaría de Estado de Seguridad el competente para resolver sobre la concesión o no de la autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales. La unidad policial ante la que se presentó la solicitud dará traslado de la misma, junto con el informe emitido por la autoridad con la que hubiese colaborado y su propio informe sobre el sentido de la resolución, a la Comisaría General de Extranjería y Fronteras que será la encargada de formular propuesta de resolución a la Secretaría de Estado de Seguridad. Al igual que ocurría en el caso anterior, la existencia de informe favorable a la concesión emitido por la unidad policial de extranjería supondrá la concesión, en el momento de la remisión, de la autorización de residencia y trabajo. Siendo la unidad policial la encargada de notificar al interesado la propuesta de inicio de oficio del procedimiento, así como la concesión o no de la autorización provisional.

En ambos casos, la autorización provisional de residencia y trabajo se caracteriza por su eficacia desde el momento en el que se notifica su concesión hasta que se dicte resolución sobre la autorización definitiva por circunstancias

excepcionales. Esta autorización provisional habilita al extranjero para residir y trabajar, por cuenta propia o ajena, en cualquier ocupación o sector de actividad y ámbito territorial. Se trata, por tanto, de una autorización que no implica límites. En el plazo de un mes desde su concesión el titular de la autorización provisional deberá solicitar, personalmente y ante la Oficina de Extranjería o Comisaría de policía correspondiente, la Tarjeta de Identidad de extranjero en la que no constará el carácter provisional de la autorización de residencia y trabajo y tampoco su condición de colaborador contra redes organizadas.

Si finalmente el procedimiento sobre la autorización definitiva se resuelve favorablemente, la autorización de residencia y trabajo tendrá una vigencia de cinco años y al igual que la provisional permitirá el desarrollo de actividades lucrativas por cuenta propia o ajena, y no implicará ningún límite territorial, de sector u ocupación. Concedida dicha autorización, la persona interesada deberá solicitar en el plazo de un mes la Tarjeta de Identidad de Extranjeros en la que no constará su condición de colaborador con las autoridades. La vigencia de esta autorización, fijada en cinco años, es una importante novedad introducida en el REDYLE, pues la anterior redacción establecía una vigencia de un año, lo que implicaba la necesidad de realizar dos renovaciones para poder alcanzar la residencia permanente o de larga duración, con las dificultades que toda renovación implica por la necesidad de cumplir una serie de requisitos no siempre fáciles de alcanzar. Con la vigencia de cinco años de esta autorización inicial, se facilita al extranjero que haya colaborado con las autoridades, a obtener la residencia de larga duración más cuando se establece que se computará, para la obtención de la misma, el tiempo durante el que fue titular de la autorización provisional (art. 136.7. REDYLE).

Por el contrario, si el procedimiento sobre la solicitud de autorización definitiva finaliza con la denegación de la misma será el Delegado o Subdelegado de gobierno que declaró la exención de responsabilidad que notificará la resolución definitiva. Dicha notificación supondrá la pérdida de vigencia de la autorización provisional concedida y la imposibilidad de alegar el tiempo durante el cual se ha sido titular de la misma a efectos de la obtención de residente de larga duración.

Respecto a la posibilidad, prevista en el art. 59.4 LODYLE, del Ministerio Fiscal de solicitar a la Administración la inejecución de una expulsión ya acordada o el retorno a España del extranjero que ya ha sido objeto de expulsión, en aquellos casos en los que la presencia del extranjero debido a su condición de víctima o testigo es necesaria en el proceso penal, nada nos dice el REDYLE. Sucinta es también la referencia que a los menores se hace en el REDYLE, ya la LODYLE establecía que las previsiones generales de colaboración contra redes organizadas serán de aplicación también a los menores de edad, el reglamento se limita a establecer que todas las actuaciones estarán sometidas a la consecución del interés superior del menor,

estableciéndose medidas de protección específicas que no son concretadas en el texto legal (art. 139).

### **6.3. Residencia temporal por razones humanitarias**

Ante la denegación de la autorización de residencia y trabaja fundamentada en su condición de víctima de trata de seres humanos, éstas podrán solicitar una autorización de residencia por circunstancias excepcionales, por alguno de los motivos previstos en la legislación, principalmente por razones humanitarias. Sin embargo, como se comentará a continuación se encontrarán con dos importantes impedimentos. Por una parte, el delito de trata de seres humanos no está previsto como uno de los delitos que dan acceso a esta autorización. Por otra parte, es necesario que recaiga sentencia firme en la que se reconozca la condición de víctima del solicitante.

#### ***6.3.1. Supuestos y requisitos***

De acuerdo con el art. 126 del REDYLE que desarrolla el precepto legal, la concesión de esta autorización temporal está prevista, en primer lugar, para aquellos extranjeros que hayan sido víctimas de determinados delitos, siendo necesario que haya recaído sentencia firme. Los delitos expresamente previstos son los delitos contra los derechos de los trabajadores de los arts. 311 a 314 CP, los delitos en los que haya concurrido la circunstancia agravante del art. 22.4, así como aquellos delitos por conductas violentas ejercidas en el entorno familiar, distinta a la violencia de género.

Para la concesión de la autorización de residencia temporal por razones humanitarias por ser víctimas de determinados delitos será necesaria la obtención de una sentencia en la que se acredite la comisión del delito y la condición de víctima del interesado, ya que se exige la existencia de una resolución judicial que ponga fin al procedimiento judicial. Antes de la entrada en vigor del RD 557/2011, de 20 de abril, la Instrucción DGI/SGRJ/05/2008 en relación con los supuestos de personas extranjeras que hayan sido víctimas de determinados delitos introducía ciertos matices a esta exigencia de sentencia judicial. La Instrucción aplicaba, por analogía, las previsiones legales previstas para las víctimas de violencia doméstica a las víctimas de los delitos ahora mencionados. Esto implicaba que las víctimas podían presentar la solicitud de autorización de residencia antes de que hubiese dictado sentencia, siempre que existiese a su favor alguna medida cautelar con el objetivo de proteger a la víctima o constase el informe el Ministerio fiscal indicando la existencia de indicios de que la persona era víctima. En todo caso, la concesión de la autorización se producía cuando hubiese recaído sentencia condenatoria.

Sin embargo, la Instrucción DGI/SGRJ/2/2011, sobre la vigencia de instrucciones, circulares y oficios elaborados por la Dirección General de Inmigración, la Instrucción de 2008 mencionada ha sido derogada por la entrada en vigor del nuevo Reglamento de Extranjería, por lo que la posibilidad de solicitar la autorización con anterioridad a la sentencia condenatoria no parece posible. Se dificulta irremediablemente la situación de estas víctimas del delito, que durante la tramitación del proceso penal se encontrarán en situación irregular y, por consiguiente, podrán ser expulsadas. Situación que se agrava si se atiende a la Disposición adicional cuarta de la LODYLE que establece la inadmisión a trámite de la solicitud cuando conste contra el solicitante un procedimiento administrativo sancionador en el que se pueda proponer la expulsión o cuando ésta ya se haya acordado, salvo que haya sido revocada.

Este supuesto sería aplicable a las víctimas de trata de personas con fines de explotación laboral. En cuanto se acredite la situación de explotación vivida por sentencia firme podría acceder a este régimen.

En segundo lugar, está prevista su concesión por razones de salud a aquellos ciudadanos extranjeros que sufran una enfermedad sobrevenida de carácter grave que requiera asistencia sanitaria especializada, de imposible acceso en el país de origen. Siempre que el hecho de no recibir dicha atención o interrumpirla implique un grave riesgo para la salud o la vida, debiendo acreditarse tales extremos mediante un informe clínico expedido por la autoridad sanitaria competente. Excepcionalmente, no se requerirá que la enfermedad sea sobrevenida en el caso de necesidad de prolongar la permanencia de un menor extranjero que se haya desplazado temporalmente a España a efectos de tratamiento médico, una vez agotada la posibilidad de prorrogar la situación de estancia y siempre que dicha permanencia sea imprescindible para la continuación del tratamiento. La renovación de este tipo de autorizaciones se vinculará al tiempo mínimo necesario para completar el tratamiento.

Finalmente, pueden alegarse motivos de seguridad aquellos que acrediten que el traslado al país del que son originarios o proceden, a efectos de solicitar el visado que corresponda, implica un peligro para su seguridad o la de su familia, siempre que reúnan los demás requisitos para obtener una autorización temporal de residencia o de residencia y trabajo.

### ***6.3.2. Autorización de residencia temporal***

La concesión de una autorización de residencia temporal por razones humanitarias no implica el reconocimiento de una autorización de trabajo. No obstante, ésta podrá ser solicitada simultáneamente con la de residencia o durante su

vigencia ante el órgano competente. Para la concesión de la autorización de trabajo se exige el cumplimiento de los requisitos generales previstos en la Legislación, exceptuándose únicamente el requisito referente a la situación nacional de empleo. Estos requisitos se refieren a la necesidad de contar con un contrato de trabajo que le garantice una actividad continuada durante el periodo de vigencia de la autorización de residencia temporal, así como ciertos requisitos que debe cumplir el empleador.

Este tipo de autorización de residencia tendrá una vigencia de un año, transcurrido éste podrá solicitarse una autorización de residencia o residencia y trabajo, que de obtener tendrá una vigencia de dos años, y que exige el cumplimiento de los requisitos generales previstos en el art. 71 ó 64 del REDYLE, salvo el referente a la situación nacional de empleo.

## **7. La protección internacional como protección de las víctimas de trata: Asilo y Refugio**

Cuando una persona es identificada como víctima de trata entre las opciones de protección a su alcance se encuentra el reconocimiento del derecho de asilo o de protección subsidiaria. El hecho de que se hayan incorporado al derecho nacional otra serie de medidas de protección especialmente destinadas a las víctimas de trata extranjeras, como el período de reflexión o la autorización de residencia y trabajo, no debería impedir que éstas, en la medida que cumplan con las exigencias internacionales, puedan ver reconocida su condición de refugiadas y ser amparadas por el derecho de asilo o protección subsidiaria.

Ni los Tratados internacionales que conforman el derecho internacional de los refugiados ni tampoco las disposiciones europeas sobre protección internacional hacen mención alguna a las víctimas de trata de personas como personas susceptibles de ser consideradas como refugiadas. Únicamente la reciente Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional menciona expresamente a las víctimas de trata y las califica como personas vulnerables cuya situación deberá ser tenida en cuenta por la legislación nacional, debiéndose analizar si tienen necesidades de acogida particulares. Sin embargo el período de transposición de esta Directiva no finalizará hasta el 20 de julio de 2015, no siendo posible todavía constatar la incidencia práctica que esta mención tendrá en las legislaciones nacionales. No obstante, ya la Ley 12/2009, de 30 de octubre reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria que establece los requisitos y el procedimiento a través del cual es posible obtener en España la protección internacional, en su art. 46 hace una especial mención a personas vulnerables solicitantes de asilo entre las que se

incluye expresamente a las víctimas de trata de personas, previendo para ellas el tratamiento diferenciado de sus solicitudes.

Si bien los instrumentos supranacionales que regulan la protección internacional no hacen mención específica a las víctimas de trata, tanto el Convenio de Varsovia como el Protocolo de Palermo se refieren indirectamente a la posibilidad de las víctimas de ser reconocidas como refugiadas. Estos Tratados internacionales establecen una cláusula de salvaguardia dirigida a garantizar que sus disposiciones no afectarán al derecho internacional, incluido el derecho internacional humanitario y la normativa internacional de derechos humanos, en particular, cuando sean aplicables la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, relativos al estatuto de los refugiados (art. 40.4 y 14.5 Convenio de Varsovia). En el mismo sentido, las Directivas 2004/81 y 2011/36 especifican que no se perjudicará en ningún momento el principio de no devolución con arreglo a la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados (Convención de Ginebra) y a los arts. 4 y 19, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. También establece la obligación de que la información otorgada a la víctima abarcará la posibilidad de obtener la protección internacional de acuerdo con la Directiva 2004/83/CE del Consejo<sup>1019</sup> y a la Directiva 2005/85/CE del Consejo<sup>1020</sup>, o en virtud, de otros instrumentos internacionales.

Los anuarios estadísticos sobre asilo y protección subsidiaria que publica anualmente el Ministerio de Interior, ofrecen una información limitada del número de solicitantes de protección internacional, concesiones y denegaciones, desgranados en nacionalidad, sexo y edad de los solicitantes. Los motivos alegados para la solicitud de protección o que justifican su concesión son omitidos en estas estadísticas, por lo que no es posible conocer el número de víctimas de trata que han obtenido protección internacional en España<sup>1021</sup>. Sin embargo, las denuncias de las organizaciones especializadas en asistencia a las víctimas y de la propia Defensora del Pueblo, muestran que no existe voluntad, por parte de los órganos competentes de hacer uso del derecho de asilo y de protección subsidiaria para garantizar la debida protección a las víctimas de trata. La Oficina de asilo es reticente a evaluar y conceder las solicitudes de protección internacional presentadas por víctimas de trata, procediendo,

---

<sup>1019</sup> Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección contenida.

<sup>1020</sup> Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado.

<sup>1021</sup> Los anuarios estadísticos están disponibles en <http://www.interior.gob.es/publicaciones-descarga-17/extranjeria-y-asilo-967/asilo-en-cifras-968> . Igualmente los informes publicados por ACNUR muestran las tendencias actuales sobre refugiados, retornados y solicitantes desde un punto de vista global sin entrar en los motivos de solicitud y concesión. Disponibles en <http://www.acnur.es/materiales-publicaciones/estadisticas>

de forma general, a la inadmisión de la solicitud de asilo y a la remisión a las concretas disposiciones previstas en la ley de extranjería para las víctimas de este delito sin entrar en el fondo del asunto<sup>1022</sup>. Por ese motivo, debe aplaudirse la reciente noticia que se hace eco del reconocimiento, por primera vez en nuestro país, por parte de la Oficina de Asilo y Refugio, dependiente del Ministerio del Interior, del derecho de asilo a una víctima de trata con fines de explotación sexual y a su hija menor de edad<sup>1023</sup>, que se une a un caso previo en el que se había reconocido el derecho a la protección subsidiaria<sup>1024</sup>. A diferencia de lo que ocurre en otros países, como Canadá, Estados Unidos o Noruega, en los que es habitual la concesión del derecho de asilo a las víctimas de trata de personas<sup>1025</sup> en España el reconocimiento del estatuto de refugiado o de la protección subsidiaria se convierte en un sistema subsidiario al que se acude tras la denegación de las autorizaciones previstas en la legislación de extranjería. El hecho de que la ley no prevea como causa de inadmisión la presentación de la solicitud de asilo o protección subsidiaria como causa de inadmisión a trámite permite mantener abierta esta vía de regularización de la situación a las víctimas<sup>1026</sup>, que han pasado por el largo procedimiento previsto en la legislación de extranjería siéndole finalmente denegada la autorización.

De acuerdo con los instrumentos internacionales sobre el estatuto de refugiado, así como en virtud de los específicos sobre trata de seres humanos no debería existir obstáculos, más allá del especial análisis de las circunstancias concurrentes para determinar si en la solicitud presentada por una víctima de trata se cumplen los requisitos exigidos por la Convención de Ginebra, para que se mantenga la posibilidad de que este tipo de víctimas vean reconocido su derecho a solicitar y obtener el estatuto de refugiadas<sup>1027</sup>. Deberían configurarse el asilo y la protección internacional como el primer mecanismo de protección para las víctimas extranjeras que hayan sido objeto de trata de seres humanos y no como un mecanismo secundario o subsidiario.

---

<sup>1022</sup> Vid. DEFENSOR DEL PUEBLO, *La trata de seres humanos en España: víctimas invisibles*, Madrid, 2012, p. 235; CEAR, *La situación de las personas refugiadas en España. Informe 2013*, Ed. Libros Catarata, Madrid, 2013, pp. 11 y 8; U.S. DEPARTMENT OF STATE, *Trafficking in Persons Report 2013*, p. 340. (disponible en <http://www.state.gov/j/tip/rls/tiprpt/2013/index.htm> ).

<sup>1023</sup> La noticia puede consultarse en <http://www.cear.es/tag/solicitantes-de-asilo>

<sup>1024</sup> Red Española Contra la Trata de Personas, *Guía Básica para la identificación, derivación y protección de las personas víctimas de trata con fines de explotación*, p. 35. Julio de 2008

<sup>1025</sup> Algunos datos sobre concesiones de asilo a las víctimas de trata en algunos países como Estados Unidos, Reino Unido y sobre todo Noruega pueden verse en BHABHA, Jacqueline y ALFIREV, Christina, *Políticas legales y de protección. Identificación y derivación de las personas víctimas de trata a los procedimientos para la determinación de las necesidades de protección internacional*, ACNUR, 2009. Disponible en <http://www.unhcr.org/protect>.

<sup>1026</sup> El art. 17.2 de la Ley 12/2009 establece que la solicitud de asilo se presente sin demora y en todo caso en el plazo de un mes desde la entrada en el territorio del solicitante

<sup>1027</sup> Acreditadas voces internacionales se han manifestado a favor de este reconocimiento de la condición de refugiado a las víctimas de trata. En este sentido puede verse EXPERTS GROUP ON TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS, *Report of the Experts Group on trafficking in Human beings*, Brussels, 22 December, 2004, p. 35.

## 7.1. Protección de las víctimas de trata en el derecho internacional y derecho comunitario de asilo

El derecho internacional de los refugiados se articula a través de la Convención de Ginebra, de 28 de julio de 1951 y el Protocolo de Nueva York, de 31 de enero de 1967, que conforman el marco general y a los que se remite la Ley nacional y también las disposiciones europeas. Cuentan para su aplicación y desarrollo con otros Convenios, como el de Basilea, de 3 de septiembre de 1985 y de Estrasburgo de 15 de marzo de 1975, relativos a los diferentes extremos de cooperación administrativa entre los Estados Parte del Convenio. De acuerdo con esta Convención y el Protocolo que la modifica la condición de refugiado de un extranjero o apátrida debe reconocerse cuando, encontrándose fuera del país de su nacionalidad o, en caso de carecer de nacionalidad fuera de su país de residencia habitual, posea fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país.

En el contexto de la Unión Europea el establecimiento de un Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) es una de las prioridades de las instituciones europeas desde la comunitarización de las materias de inmigración y asilo, mediante su incorporación al Título IV “espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”, en virtud del Tratado de Ámsterdam<sup>1028</sup>. Fue el Consejo de Tampere (15 y 16 de octubre de 1999)<sup>1029</sup> el que fijó como objetivo la creación de un Sistema Europeo Común de Asilo, mientras que en el Programa de la Haya de 2004 se encontraba, entre sus 10 prioridades, el establecimiento de un procedimiento común en materia de asilo y un estatuto uniforme para los asilados<sup>1030</sup>. El Pacto Europeo de inmigración y asilo (Consejo

---

<sup>1028</sup> OLESTI RAYO, *Revista de derecho constitucional europeo*, núm. 10, 2008, p. 29.

<sup>1029</sup> Para su consecución se fijan, por un lado, unos objetivos a corto plazo, principalmente, la adopción de normas comunes para un procedimiento de asilo eficaz y condiciones mínimas comunes para la acogida de los solicitantes de asilo, y la aproximación de las normas sobre reconocimiento y contenido del estatuto de refugiado, y, por otro lado, unos objetivos a largo plazo como es la adopción de un procedimiento de asilo común y a un estatuto uniforme, válido en toda la Unión.

<sup>1030</sup> . En ese momento se da por concluida la primera fase para la creación del SECA, aunque la realidad mostró la premura de esta afirmación, y se fijan las estrategias a seguir para la segunda fase. Durante la primera fase se adoptan, entre otras la Directiva 2001/55/CE Del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva; la Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros; La Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida y la Directiva del Consejo 2005/85/CE de 1 de diciembre de 2005 sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados Miembros para conceder o retirar la condición de refugiado,. Así como el Reglamento de Dublín II (Reglamento (CE) n° 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país.) y el Reglamento de Eurodac (Reglamento (CE) n° 2725/2000 del



Europeo de 15 y 16 de octubre de 2008) invita a la Comisión a presentar una propuesta para que en 2010 o a más tardar 2012, se instaure un procedimiento común de asilo y un estatuto uniforme de refugiado y de beneficiario de protección subsidiaria. De forma realista el Programa de Estocolmo (Consejo europeo de 10 y 11 de diciembre de 2009) pone de manifiesto la existencia de diferencias entre las legislaciones nacionales e insta a las instituciones a impulsar la segunda fase del proceso. Entre las disposiciones europeas destaca el reciente paquete de medidas adoptado en materia de protección internacional por las instituciones europeas, cuya transposición y aplicación se realizará a más tardar el 20 de julio de 2015<sup>1031</sup>.

La Ley 12/2009, responde al cumplimiento de la obligación comunitaria de transponer al derecho nacional la Directiva 2003/86/CE, del Consejo, de 22 de septiembre, sobre el derecho a la reagrupación familiar; la Directiva 2005/85/CE, del Consejo, de 1 de diciembre, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado y la Directiva 2004/83/CE, del Consejo, de 29 de abril, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional, y al contenido de la protección concedida<sup>1032</sup>. Las

---

Consejo, de 11 de diciembre del 2000, relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Convenio de Dublín).

<sup>1031</sup> . En este paquete de medidas destacan la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional y Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional cuya transposición deberá realizarse a más tardar el 20 de julio de 2015 y derogan con efectos 21 de julio de 2015, respectivamente, la Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005 , sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado y la Directiva 2003/9/CE sobre normas mínimas para el acogimiento de los solicitantes de asilo en los Estados miembros; el Reglamento (UE) n° 603/2013 del Parlamento europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Reglamento (UE) n° 604/2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, y a las solicitudes de comparación con los datos de Eurodac presentadas por los servicios de seguridad de los Estados miembros y EUROPOL a efectos de aplicación de la ley, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 1077/2011, por el que se crea una Agencia europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el espacio de libertad, seguridad y justicia y el Reglamento (UE) n° 604/2013 del PE y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida<sup>1031</sup>. Estos actos legislativos europeos complementan a la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida, que deroga con efectos desde el 21 de diciembre de 2013 a la Directiva 2004/83/CE, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacionales y el contenido de la protección concedida.

<sup>1032</sup> Derogada por la Directiva 2011/95.

disposiciones europeas que integran la política común europea de asilo fijan su ámbito de aplicación exclusivamente en relación con los nacionales no comunitarios y apátridas, aunque su carácter de normas mínimas no obliga a los Estados miembros a excluir del procedimiento de asilo a los ciudadanos europeos.

## **7.2. La trata de seres humanos como causa de asilo y protección subsidiaria**

El derecho de asilo es definido en la Ley 12/2009 como la protección dispensada a los nacionales no comunitarios o a los apátridas a quienes se reconozca la condición de refugiado, de acuerdo con el art. 3 de la propia Ley y la Convención de Ginebra y su Protocolo de Nueva York. El art. 3 de la Ley nacional introduce el concepto de refugiado establecido en la Convención de Ginebra, recogiendo los mismos elementos para su reconocimiento. No obstante entre la Convención y la ley nacional existen algunas diferencias dignas de mención. La particularidad de la ley nacional radica, por un lado, en la extensión de los motivos de persecución. La Ley española ha formalizado las directrices de ACNUR<sup>1033</sup> al consolidar el género e introducir la identidad sexual como motivos de persecución que fundamentan el reconocimiento de la condición de refugiados, así como el reconocimiento de los agentes no estatales como agentes de persecución. Por otro lado, ha excluido a un determinado grupo de personas del ámbito subjetivo de aplicación de ley. Esta exclusión, como se verá a continuación en relación con el primero de los requisitos exigidos para el reconocimiento de la condición de refugiado, tendrá una importante incidencia en el ámbito de la trata de personas.

### ***7.2.1. Estatuto de refugiado y víctimas de trata***

La aplicación del Estatuto de refugiado a las víctimas de trata obliga a analizar cada uno de los elementos exigidos por la Convención para su reconocimiento desde la perspectiva de las características propias del fenómeno de la trata de personas. En este sentido, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (en adelante, ACNUR) los ha interpretado en las Directrices sobre aplicación del art. 1 A. 2 a) de la Convención de 1951 o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados en relación con las víctimas de la trata de personas y las personas que

---

<sup>1033</sup> Directrices sobre protección internacional, entre las que destaca «La persecución por motivos de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967 del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, de 7 de mayo de 2002. ACNUR considera innecesario la introducción de un nuevo motivo en la Convención de Ginebra para incluir las solicitudes de protección por motivos de género. Este tipo de persecución por motivos de género puede entenderse incluida en el motivo previsto en la Convención referido a la persecución por la pertenencia a un grupo social determinado.[[www.acnur.org](http://www.acnur.org)]

están en riesgo de ser víctimas de la trata de 2006, en un intento de garantizar que las personas que hayan sido víctimas de este delito sean reconocidas como refugiadas y reciban en los casos que correspondan la protección internacional adecuada. Estas directrices se complementan con Directrices sobre protección internacional, entre las que destaca «La persecución por motivos de género en el contexto del art. 1A (2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, pues el género es relevante para el reconocimiento de la condición de refugiado

No todas las víctimas de trata entran en el ámbito de definición de refugiado, pues es necesario el cumplimiento de las tres condiciones, previstas en la Convención de Ginebra, para que se produzca el reconocimiento de la condición de refugiado. En primer lugar, que el solicitante se encuentre fuera del país de su nacionalidad o, en caso de apatridia, fuera del país de residencia habitual. En segundo lugar, la existencia de temores fundados de persecución. Y finalmente, que no pueda o no quiera acogerse a la protección de su país.

El primero de los requisitos mencionados es claro, al exigir que el solicitante de protección internacional se encuentre fuera de su país de nacionalidad o residencia habitual, según el caso. Este requisito implica la imposibilidad de solicitar protección internacional al propio Estado del que la persona es nacional o residente. Este requisito tiene importantes consecuencias en el concreto contexto de la trata de personas al conllevar la imposibilidad de solicitar protección internacional a las víctimas de trata de personas interna, es decir, aquella que se produce dentro de las fronteras del Estado del que la víctima es nacional. Por el contrario, ninguna limitación afecta a los supuestos de trata transnacional, en el que las víctimas son trasladadas a otro Estado distinto al de su nacionalidad.

No obstante, la definición de asilo que contiene nuestra Ley implica una limitación adicional, no prevista en la Convención de Ginebra, consistente en que el solicitante sea un ciudadano extranjero no comunitario. De esta forma los nacionales comunitarios no podrán ampararse en el derecho de asilo, pues éste se configura como una protección para los nacionales no comunitarios, estando prevista como causa de inadmisión a trámite de la solicitud la condición de ciudadano europeo del solicitante. Esta exclusión de los ciudadanos comunitarios de la protección internacional afectará a todas aquellas víctimas de trata que posean la nacionalidad de alguno de los Estados integrantes de la Unión Europea, lo que en nuestro país tendrá una notable incidencia.

Este límite tiene su origen en el Protocolo núm. 24 sobre asilo a nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, adoptado con ocasión de la aprobación del Tratado de Ámsterdam y que se mantiene vigente e inalterado tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Este Protocolo se caracteriza por calificar a los Estados miembros de la Unión Europea como países de origen seguro a efectos de solicitudes

de asilo debido al elevado nivel de protección de los derechos fundamentales que mantienen todos los Estados integrantes de la Unión Europea. Esta consideración de los Estados miembros de la UE como Estados seguros no es absoluta ya que el propio Protocolo prevé en determinados supuestos la posibilidad de la que solicitud de asilo efectuada por un nacional de un Estado miembro pueda ser valorada. Estos supuestos son aquellos en los que el Estado miembro ha adoptado medidas que supongan una excepción a las obligaciones del CEDH, de acuerdo con el art. 15<sup>1034</sup>, o cuando se haya iniciado el procedimiento para la suspensión de determinados derechos o bien ya exista una Decisión del Consejo en este sentido sobre el Estado del que es nacional el solicitante, según lo previsto en el art. 7.1 y 7.2 del TUE<sup>1035</sup>. Sin embargo, a pesar de que no concurran estos supuestos, el Protocolo no impide taxativamente la valoración de la solicitud al posibilitar que cualquier Estado miembro pueda unilateralmente tomar en consideración la solicitud presentada, imponiéndose en este caso la obligación de informar al Consejo y atender la solicitud en base a una presunción de que es manifiestamente infundada<sup>1036</sup>.

La exclusión de los ciudadanos comunitarios implica una limitación geográfica de la Convención de Ginebra que no parece estar justificada, pues si bien el nivel de protección de los derechos humanos en el contexto europeo es elevado, no existe una protección absoluta<sup>1037</sup>.

El segundo de los elementos que configuran la condición de refugiado es la exigencia de que exista un **temor fundado de persecución** por alguno de los motivos mencionados en la Convención. A la hora de determinar la existencia de un temor fundado de persecución, deben evaluarse tanto el elemento subjetivo como objetivo que lo conforma. El término temor es claramente subjetivo por lo que deberán analizarse las reacciones psicológicas del individuo y la credibilidad de sus declaraciones. Sin embargo, el elemento objetivo se introduce mediante el adjetivo “fundado” que acompaña al término “temor”, exigiendo que el temor se fundamente

---

<sup>1034</sup> Este precepto permite en caso de guerra o de otros peligros que amenacen al Estado, la derogación de las obligaciones asumidas en virtud del CEDH. Derogación que no afectará al art. 2, 3, 4.1 y 7 del Convenio Europeo.

<sup>1035</sup> El procedimiento previsto en el art. 7 del TUE permite al Consejo constatar, cumpliéndose los requisitos exigidos por el precepto referentes a la propuesta, mayorías, previa aprobación del PE y audiencia del Estado afectado, la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de un Estado miembro de los valores contemplados en el art. 2

<sup>1036</sup> Con esta posibilidad unilateral del Estado se amplían las posibilidades del Estado para el estudio de una solicitud de asilo presentado por nacional de un Estado miembro de la UE, ya que la solicitud se presume manifiestamente infundada no impide su admisión a trámite. Además, no se determina cual será el papel del Consejo ante dicha decisión.

<sup>1037</sup> Vid. Crítica con esta limitación FERNÁNDEZ ARRIBAS, Gloria, “La compatibilidad del Protocolo sobre el asilo a los nacionales de los estados miembros con los distintos instrumentos internacionales sobre la materia y con la carta de derechos fundamentales de la Unión Europea”, *Revista General de derecho europeo*, núm. 11, 2006, *passim*. En referencia con la ley 12/2009 puede verse, SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel, “Entre la obsesión por la seguridad y la lucha contra la inmigración irregular: A propósito de la nueva ley de asilo”, en *Revista electrónica de estudios internacionales* núm. 18, 2009, pp. 6 y ss. Por el contrario, aceptan la compatibilidad del Protocolo MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José, *La inmigración y el asilo en la Unión Europea*, Ed. Colex, Madrid, 2002, p. 266-267.

en una situación objetiva obligando a valorar la situación del país de origen del demandante de asilo. De acuerdo con ACNUR se considerará la existencia de un temor fundado cuando la permanencia en el país de origen es intolerable por las razones indicadas en la definición o que, por esas mismas razones, le resultaría intolerable regresar a él.

Se exige la presencia de alguna prueba creíble que avale el temor razonable de que el solicitante se enfrenta a persecución. Sin embargo, no es necesaria una prueba plena, siendo suficiente una indiciaria que otorgue credibilidad a la declaración efectuada por el solicitante<sup>1038</sup>.

La persecución debe consistir en actos que atenten de forma grave contra los derechos fundamentales. Estos **actos de persecución** pueden adoptar formas muy diversas, pero en cualquier caso deben implicar una violación grave, por su naturaleza o reiteración, de los derechos fundamentales, en particular los derechos que no puedan ser objeto de excepciones al amparo del apartado segundo del art. 15 CEDH, o bien por ser una acumulación lo suficientemente grave de varias medidas, incluidas las violaciones de derechos humanos, como para afectar a una persona de manera similar. Las formas de estos actos de persecución, entre otras, podrán consistir en actos de violencia física, psíquica o sexual, en medidas legislativas, policiales o judiciales discriminatorias en sí mismas o en su aplicación, en el procesamiento o imposición de penas desproporcionadas o discriminatorias, en la denegación de tutela judicial de la que se deriven penas desproporcionadas o discriminatorias, en el procesamiento o imposición de penas como consecuencia de la negativa a la prestación del servicio militar en un conflicto en el que el cumplimiento de este servicio podría llevar aparejada la comisión de delitos y en actos de naturaleza sexual que afecten a adultos o a niños.

Las directrices de ACNUR identifican determinadas conductas inherentes al fenómeno de la trata de personas, como el secuestro, la violación, la explotación sexual, la prostitución forzada, la privación de alimentos o los trabajos forzados, entre otros, como una grave vulneración de los derechos humanos susceptibles de ser calificados como persecución a efectos de la Convención. El miedo a ser nuevamente objeto de trata de personas a su regreso al país de origen o a sufrir represalias por parte de los tratantes, así como el miedo al ostracismo, discriminación o al castigo por parte de sus familias, comunidad o incluso autoridades nacionales que se producen en determinados contextos sociales y en relación a determinadas víctimas, sobre todo aquellas que han sido obligadas a ejercer la prostitución. Para valorar la existencia de

---

<sup>1038</sup> En este sentido, STS (Sala de lo Contencioso. Sección 7ª), núm. de recurso 52/1997, de 19 de junio de 1998, F.J. 2º, (Ponente: Manuel Goded Miranda) [ROJ: STS 4091/1998]; STS (Sala de lo Contencioso. Sección 5), núm. de recurso 4251/2005, de 2 de enero de 2009, F.J. 3º y 4º. (Ponente: Jesús Ernesto Peces Morate), [ROJ: STS 209/2009]; SAN (Sala de lo Contencioso. Sección 2) núm. de recurso 166/2013, de 26 de diciembre de 2013 (Ponente: Jesús Cudero Blas), [ROJ: SAN 5574/2013].

estos actos de persecución deben analizarse múltiples aspectos, como la situación del país del origen, la magnitud del fenómeno de trata de seres humanos en el mismo, otras posibles circunstancias de la víctima que aumenten su vulnerabilidad, así como la posible impunidad de los tratantes. Todas estas circunstancias permitirán valorarla los posibles riesgos futuros que pueden producirse si la víctima regresa a su país de origen.

Por tanto, algunos de los actos a los que son sometidas o con los que se amenaza a las víctimas de trata de personas pueden ser considerados como persecución a efectos del reconocimiento de la condición de refugiado. Pero además es necesario que el temor fundado de persecución sea consecuencia de alguno de los cinco motivos mencionados en la Convención. Estos motivos son la **raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas**. El art. 7 de la Ley 12/2009, dota de contenido y clarifica cada uno de estos motivos de persecución<sup>1039</sup> en los términos fijados por ACNUR<sup>1040</sup>. Precisamente es en el

---

<sup>1039</sup> El art. 7 de la Ley 12/2009 dota de contenido y clarifica cada uno de estos motivos de persecución. El concepto de raza comprende el color, el origen o la pertenencia a un determinado grupo étnico, mientras que el concepto de religión incluye la profesión de creencias teístas, no teístas y ateas, la participación o la abstención de hacerlo, en cultos formales en privado o en público, ya sea individualmente o en comunidad, así como otros actos o expresiones que comporten una opinión de carácter religioso, o formas de conducta personal o comunitaria basadas en cualquier creencia religiosa u ordenadas por ésta. El concepto de nacionalidad se entiende de forma amplia, no limitado a la ciudadanía, sino como pertenencia a un grupo determinado por su identidad cultural, étnica o lingüística, sus orígenes geográficos o políticos comunes o su relación con la población de otro Estado. Las opiniones políticas comprenden la profesión de opiniones, ideas o creencias sobre un asunto relacionado con los agentes potenciales de persecución y con sus políticas o métodos, independientemente de que el solicitante haya o no obrado de acuerdo con tales opiniones, ideas o creencias. Finalmente se considera un grupo social determinado si las personas integrantes de dicho grupo comparten una característica innata o unos antecedentes comunes que no pueden cambiarse, o bien comparten una característica o creencia que resulta tan fundamental para su identidad o conciencia que no se les puede exigir que renuncien a ella, y dicho grupo posee una identidad diferenciada en el país de que se trate por ser percibido como diferente por la sociedad que lo rodea o por el agente o agentes perseguidores. Incluyendo en el concepto de grupo social determinado un grupo basado en una característica común de orientación sexual o identidad sexual, y, o, edad, sin que estos aspectos por sí solos puedan dar lugar a la aplicación del presente artículo. Asimismo, en función de las circunstancias imperantes en el país de origen, se incluye a las personas que huyen de sus países de origen debido a fundados temores de sufrir persecución por motivos de género y, o, edad, sin que estos aspectos por sí solos puedan dar lugar a la aplicación del presente artículo.

<sup>1040</sup> Estos motivos han sido objeto de aclaración por ACNUR. Vid. ACNUR, *Manual y directrices sobre procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, Ginebra, diciembre de 2011, pp. 68-86. [www.acnur.org]. Así la raza debe en su sentido más amplio, incluyendo todos los grupos étnicos habitualmente denominados “razas”. La persecución por “motivos de religión” puede adoptar diversas formas, por ejemplo, la prohibición de pertenecer a una comunidad religiosa, del culto en privado o en público, de la instrucción religiosa, o bien graves medidas de discriminación impuestas a las personas debido a la práctica de su religión o por pertenecer a una determinada comunidad religiosa. El término “nacionalidad” no debe entenderse sólo como “ciudadanía”, sino que designa también la pertenencia a un grupo étnico o lingüístico y, a veces, puede coincidir con el concepto de “raza”. La persecución por motivos de nacionalidad puede consistir en medidas y comportamientos contrarios a una minoría nacional (étnica, lingüística). El hecho de sostener opiniones políticas diferentes de las de los poderes públicos no justifica en sí mismo la reclamación de la condición de refugiado y el solicitante debe mostrar que abriga temores de ser perseguido por sostener tales opiniones. Esto presupone que el solicitante mantenga opiniones no toleradas por las autoridades, que expresan una

momento de establecer el vínculo entre el temor fundado y alguno de estos motivos cuando surgen las mayores dificultades a la hora de conceder el estatuto de refugiado a las víctimas de trata. En la trata de personas suele ser una motivación económica la que subyace al fenómeno, sin embargo ello no impide que la víctima haya podido ser elegida atendiendo a alguno de los motivos previstos en la Convención. Alguno de los motivos puede ser un criterio determinante para los tratantes a la hora de seleccionar a las potenciales víctimas de trata. Así ACNUR reconoce que en determinados contextos y circunstancias, las víctimas de trata de persona pueden ser elegidas como potenciales víctimas por su raza, religión, opinión política o nacionalidad y no únicamente por una cuestión económica.

Sin embargo, es la pertenencia a un grupo social determinado como motivo de carácter indeterminado por la Convención, el que ha permitido actualizar las disposiciones de la misma a los cambios sociales y culturales acaecidos desde su entrada en vigor. Ha sido ACNUR el encargado de definir, a efectos de la Convención, al grupo social como “un grupo de personas que comparte una característica común distinta al hecho de ser perseguidas o que son percibidas a menudo como grupo por la sociedad. La **característica es innata e inmutable, o fundamental de la identidad, la conciencia o el ejercicio de los derechos humanos**”. Esa característica innata puede ser inherente, al igual que lo es el sexo, la orientación sexual, el origen lingüístico o el color de la piel, o bien como resultado de una experiencia pasada. En este sentido, las mujeres, los grupos profesionales o los homosexuales son claros ejemplos de grupos sociales determinados, dentro de los cuales pueden identificarse subgrupos sociales, tales como el de mujeres viudas, solteras o menores no acompañados, entre otros.

En el contexto de la trata de personas la edad o el sexo son en ocasiones determinantes para la selección por parte de los tratantes de la persona como potencial víctima de trata. Por ese motivo, si bien el hecho de pertenecer a un determinado grupo como el de las mujeres o el de los menores no es por sí mismo motivo suficiente para el reconocimiento automático del estatuto de refugiado, cuando concurren determinadas circunstancias sí puede fundamentarlo. Una primera opción para las víctimas de trata pasa por considerar a mujeres y menores, en determinadas circunstancias, como pertenecientes a un grupo social determinado. Sin embargo, de esta forma los hombres adultos, víctima de trata quedarían al margen del mecanismo de protección internacional.

---

crítica de su política o de sus métodos. También presupone que las autoridades tengan noticia de esas opiniones o que se las atribuyan al solicitante. Finalmente, un “determinado grupo social” suele comprender personas de antecedentes, costumbres o condición social similares. Los temores alegados por una persona de ser perseguida por este motivo puede muchas veces coincidir con sus temores de serlo también por otros, por ejemplo, su raza, su religión o su nacionalidad.

Otra opción pasaría por considerar a las víctimas de trata como un grupo social determinado, cuya característica común es la experiencia de haber sido víctima de trata en el pasado, que los singulariza como grupo social, siendo posible que incluso una determinada sociedad las identifique como grupo<sup>1041</sup>. Con esta interpretación, de grupo social determinado quedarían fuera de la protección internacional las potenciales víctimas de trata al no haber sido objeto de estas conductas en el pasado y, con ello, estaría ausente la característica común que identifica al grupo. Característica común que es distinta al temor de persecución, en cuanto éste se manifiesta en el ostracismo, el castigo, las represalias o el miedo a la re-victimización.

El nexo exigido por la Convención entre el temor fundado de persecución y la pertenencia a un grupo social se entenderá cumplido cuando sea la pertenencia a ese grupo el factor determinante para la selección de la persona como potencial víctima de trata. En estos casos el agente de persecución realiza actos de persecución por razones relacionadas con uno de los motivos de la Convención. También se cumplirá con el nexo cuando el riesgo de persecución por parte de un agente no estatal no esté relacionado con uno de los motivos de la Convención, pero la incapacidad o la falta de voluntad del Estado de dar protección se deba a un motivo de la Convención. Por tanto, cuando no sea posible determinar la razón del temor de persecución del solicitante por uno de los motivos de la Convención, siempre es necesario analizar la razón por la cual las autoridades no poseen capacidad o voluntad para brindar la protección necesaria y su posible relación con uno o más de los motivos de la Convención.

Una de las cuestiones a dilucidar en torno a los casos de víctimas de trata de personas se refiere a los **agentes de persecución**. En los supuestos de trata de personas serán normalmente particulares, los propios tratantes, los que realicen los actos de persecución. De forma general se exige que los agentes de persecución sean agentes estatales para el reconocimiento de la condición de refugiado, sin embargo también es posible considerar persecución, en el ámbito de la definición de refugiado, aquellos actos cometidos por particulares cuando éstos son deliberadamente tolerados por las autoridades o si éstas se niegan a proporcionar una protección eficaz o son incapaces de hacerlo. Por tanto, en cada caso deberá analizarse si el Estado tolera de facto la trata de personas o si es facilitada por funcionarios corruptos, así como si las autoridades del país de origen tienen la voluntad y la capacidad de proteger a la víctima a su regreso. La adopción de medidas legislativas tendentes a criminalizar o prevenir la trata de personas, y cubrir las necesidades de las víctimas, así como su

---

<sup>1041</sup> Sobre la interpretación que se ha realizado en diversos países, principalmente, EEUU, Canadá y Australia, sobre el alcance de la definición de grupo social determinado en el contexto de la trata de personas puede consultarse el Informe n° 26 elaborado por CHRISTENSEN, Tyles Marie, Trata con fines de explotación sexual: Protección de las víctimas en la legislación nacional e internacional de asilo, ACNUR, Ginebra, abril de 2011, pp. 21-23.



aplicación efectiva serán puntos a evaluar para determinar si el Estado es capaz o no de proteger a la víctima.

Si se cumplen con los requisitos exigidos por la Convención de Ginebra para el reconocimiento de la condición de refugiado, debería concederse a la víctima de trata que los solicite el derecho de asilo tal y como reconoce la Ley 12/2009.

### **7.2.2. Protección subsidiaria**

Nuestra legislación en materia de asilo no sólo se refiere a este derecho derivado del reconocimiento de la condición de refugiado sino que también reconoce el derecho a la protección subsidiaria. Esta protección subsidiaria implica el reconocimiento de un estatuto de protección diferenciado del estatuto de refugiado, pero dirigido también a la protección del solicitante y asimilado en su contenido.

El derecho a la protección subsidiaria será reconocido a aquellos nacionales de otros países o apátridas que no reúnan los requisitos exigidos para que le sea reconocida su condición de refugiado y, por tanto, no le pueda ser concedido el derecho de asilo. Para la concesión del beneficio de protección subsidiaria es necesario que existan motivos fundados para creer que si el solicitante regresase a su país de origen o residencia, según el caso, “se enfrentaría a un riesgo real de sufrir graves daños”. Estos graves daños sería: a) la condena a pena de muerte o el riesgo de su ejecución material; b) la tortura y los tratos inhumanos o degradantes en el país de origen del solicitante, y c) las amenazas graves contra la vida o la integridad de los civiles motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto internacional o interno.

De acuerdo con estas disposiciones, la concesión de protección subsidiaria a las víctimas de trata de personas no representa tantos problemas como el reconocimiento de su condición de refugiada. Para acceder a esta protección debe acreditarse que el regreso al país de origen implica riesgos de ser objeto de tortura y tratos inhumanos o degradantes. Tal y como se ha puesto de manifiesto con ocasión del análisis de los elementos propios de la condición de refugiado, las víctimas de este delito pueden temer las represalias de las que pueden ser objeto tras su regreso. Además, el miedo a convertirse nuevamente en víctimas de trata o el ostracismo o castigo a las que pueden ser objeto a su regreso por parte de su propia familia, comunidad o incluso autoridades nacionales en determinados supuestos, pueden constituir tratos inhumanos o degradantes que justificarían la concesión de la protección subsidiaria.

El reconocimiento de la protección subsidiaria implica la protección por el Estado con un alcance asimilable al propio del derecho de asilo. Es precisamente esta asimilación entre el estatuto de asilado y el beneficio de la protección subsidiaria uno de los aciertos de la legislación española. Si bien el reconocimiento de esta protección subsidiaria viene impuesta por el derecho comunitario el reconocimiento de los mismos derechos y prestaciones a los asilados y a los beneficiarios del estatuto de protección subsidiaria fue una opción legislativa nacional que se adelantó a las exigencias que derivan de la Directiva 2011/95, que entró en vigor en diciembre de 2013.

Sin entrar en concretas cuestiones procedimentales es necesario destacar que la Ley 12/2009 establece un mismo y único procedimiento para el examen de las solicitudes, ya sean de asilo o de protección subsidiaria. Nuevamente el Legislador nacional va más allá de las obligaciones europeas y se adelanta al desarrollo de un procedimiento común de protección internacional en el ámbito de la UE. Con esta unificación se pretende una mayor rapidez en el examen de las solicitudes, evitando dilaciones indebidas, y se extienden las garantías propias del procedimiento de asilo a los casos de protección subsidiaria. Sin embargo el derecho de protección subsidiaria como complementario al derecho de asilo deberá ser examinado únicamente cuando el solicitante no reúna las condiciones exigidas para ser reconocido como refugiado.

### **7.3. Efectos de la concesión de protección internacional**

Uno de los aciertos de la legislación española reguladora del derecho de asilo y de protección subsidiaria es la práctica asimilación entre el estatuto de asilado y beneficio de la protección subsidiaria por lo que los efectos de la concesión de protección internacional serán los mismos. La concesión del derecho de asilo o del beneficio de la protección subsidiaria implica la garantía de una serie de derechos, reconocidos en la propia Convención de Ginebra, en la normativa de la UE y en la legislación nacional.

La principal consecuencia de la concesión de protección internacional es la garantía del principio de no devolución, consagrado en el art. 33 de la Convención de Ginebra. Este principio prohíbe a un Estado devolver o expulsar a un refugiado a un Estado en el que su vida o libertad corra peligro por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social o por opiniones políticas. Los límites a dicho principio se encuentran en la propia Convención de Ginebra mediante la referencia a la “seguridad nacional” u “orden público”.

No obstante, el principio se ha convertido en un principio de derecho internacional general que no sólo debe garantizarse a los reconocidos como refugiados sino también a los solicitantes de asilo, al menos hasta que se deniegue la solicitud. A

través de otros instrumentos internacionales sobre protección de derechos humanos se ha extendido el principio de no devolución a cualquier extranjero que por cualquier razón pueda sufrir tortura, tratos inhumanos o degradantes u otras graves transgresiones de sus derechos humanos fundamentales en caso de ser extraditado<sup>1042</sup>, ampliando la protección otorgada por el principio de no devolución de la Convención<sup>1043</sup>.

Este principio de no devolución garantiza a los solicitantes de asilo y protección subsidiaria que no serán expulsados o devueltos al Estado en el que peligra su vida o libertad por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas. Así, el art. 5 de la Ley 12/2009 reconoce que la protección concedida por el derecho de asilo y la protección subsidiaria consiste en la no devolución ni expulsión de las personas a quienes se les haya reconocido alguno de estos derechos, así como en la adopción de otra serie de medidas legalmente reconocidas.

Junto con este principio de no devolución, el art. 36 de la Ley 12/2009, plasma los derechos reconocidos a los asilados y beneficiarios de la protección subsidiaria. No obstante, la mera solicitud de asilo o protección subsidiaria implica que la persona tiene derecho a permanecer en España mientras no exista una decisión definitiva sobre la concesión o denegación de asilo, debiéndose suspender cualquier proceso de devolución, expulsión o extradición. Además, tiene derecho a que le haga entrega de la documentación que le acredite como solicitante de protección internacional y que su solicitud sea comunicada a ACNUR. Junto a estos derechos se le reconoce el derecho a asistencia jurídica e intérprete, el derecho a la atención sanitaria cuando sea necesario y a recibir prestaciones sociales específicas. Por ello, una vez admitida a

---

<sup>1042</sup> Sirva de ejemplo el art. 3 del CEDH que proscribe la tortura y los tratos inhumanos y degradantes. En base a esta prohibición el TEDH ha reconocido el principio de no devolución en caso de riesgo de tortura. En este sentido, STEDH (Pleno) de 7 de julio de 1989, *Caso Soering c. Reino Unido*, párr. 111. La obligación de no devolución se extiende también ante el riesgo a sufrir graves violaciones del derecho a un proceso con todas las garantías y del derecho a la vida. Vid. STEDH (Pleno) de 26 de junio de 1992, *Caso Drozd y Janousek c. Francia y España*, párr. 110; STEDH (Gran Sala) de 4 de febrero de 2005, *Caso Mamatkulov y Askarov c. Turquía*, párr. 90; STEDH (Sección 5ª) de 10 de agosto de 2006, *Caso Olachea Cahuas c. España*, párr. 61.

<sup>1043</sup> La STEDH de 17 de diciembre de 1996, *Caso Ahmed contra Austria*, párr. 41, reconoce que la protección otorgada por el art. 3 del CEDH es más amplia que la otorgada por el art. 33 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de Refugiado. En la Sentencia se considera contrario al art. 3 del CEDH la devolución de un extranjero al que se le había retirado la condición de refugiado como consecuencia de una condena por tentativa de robo. La concesión del estatuto de refugiado puso de manifiesto la existencia de un temor fundado a sufrir persecución en su país de origen, por lo que la expulsión acordada como consecuencia de la posterior retirada de la condición sin que hubiesen cambiado las circunstancias en el país de origen implicaba una vulneración del art. 3 del CEDH, al mantenerse el riesgo de sufrir tratos inhumanos y degradantes a su regreso. El principio de no devolución mantenido por el TEDH a diferencia del reconocido en la Convención de Ginebra tiene carácter absoluto, no viéndose limitado por razones de seguridad o por la existencia de una condena definitiva por un delito particularmente grave. También, STEDH (Gran Sala) de 15 de noviembre de 1996, *Caso Chahal contra el Reino Unido*, párr. 80, reconoce el carácter absoluto de esta obligación con independencia del comportamiento delictivo o indeseable del individuo.

trámite su solicitud si el solicitante no dispone de recursos económicos podrá beneficiarse de los servicios sociales, educativos y sanitarios que presten las Administraciones Públicas. Asimismo, se le podrá autorizar a trabajar.

La concesión del estatuto de asilado o beneficiario de protección subsidiaria implica la concesión de una autorización de residencia y trabajo permanente, prevista en el art. 125 del REDYLE, y la expedición de documentos de identidad y viaje. La autorización otorgada no dependerá de sucesivas renovaciones, sino que se mantendrá mientras se mantengan las circunstancias que motivaron su concesión, salvo que concurra alguna de las causas legalmente previstas para el cese o revocación de la protección internacional concedida. En esos casos legalmente previstos, arts. 42 a 44 de la Ley 12/2009, la Oficina de Asilo y Refugio puede iniciar, de oficio o a instancia de parte, el correspondiente procedimiento de cese o revocación de la protección internacional.

Entre las causas que pueden generar el cese de la condición de asilado se encuentra la condena por sentencia firme por delito grave que constituya una amenaza para la comunidad. En estos supuestos tiene especial importancia la exención de responsabilidad penal prevista en el art. 177 bis. 11 CP, así como la jurisprudencia del TEDH que reconoce el carácter absoluto del principio de no devolución derivado del CEDH<sup>1044</sup>.

Asimismo, se reconoce el derecho a ser informado sobre los derechos y obligaciones relacionados con el contenido de la protección internacional concedida, en una lengua que le sea comprensible. Además, se le facilitarán los recursos, servicios sociales y de acogida necesarios para asegurar sus necesidades básicas.

La acogida de asilados puede realizarse a través de los Centros de Acogida a Refugiados (C.A.R) del Ministerio o bien de aquéllos subvencionados al efecto de ONG especializadas. A través de estos centros de acogida se presta alojamiento, manutención y asistencia psicosocial urgente y primaria, así como otros servicios sociales. La estancia en estos centros será de un máximo de 6 meses, salvo en supuestos excepcionales en los que podrá prorrogarse una única vez.

Para una efectiva asistencia, protección e integración del protegido éste debe tener acceso a los servicios públicos de empleo, a la educación, a la asistencia sanitaria, a la vivienda, a la asistencia social y servicios sociales, a los programas de integración, el acceso a la formación continua y ocupacional y al trabajo en prácticas,

---

<sup>1044</sup> Vid. STEDH (Gran Sala) de 15 de noviembre de 1996, *Caso Chahal contra el Reino Unido*, párr. 80, que reconoce el carácter absoluto de la obligación de no devolución que no puede verse limitado por razones de seguridad o por la existencia de una condena definitiva por un delito particularmente grave.

a los procedimientos de reconocimiento de diplomas y certificados académicos y profesionales y otras pruebas de calificaciones oficiales expedidas en el extranjero, la libre circulación, así como el acceso a los programas de ayuda al retorno voluntario que puedan establecerse y cualquier otro derecho reconocido por la legislación según las circunstancias concurrentes.

Además, los familiares directos del asilado o beneficiario de protección subsidiaria pueden beneficiarse de la protección concedida. Con la finalidad de mantener la unidad familiar la Ley recoge disposiciones específicas relativas a la extensión del derecho de asilo o protección subsidiaria a la familia del asilado y a la reagrupación familiar, según el caso. De acuerdo con el art. 40 de la Ley, la extensión de la protección internacional a determinados miembros de la familia del refugiado, mediante la concesión a éstos del derecho de asilo o protección subsidiaria, está prevista para ascendientes y descendientes en primer grado, salvo en supuestos de independencia familiar, mayoría de edad y distinta nacionalidad. Así como para otro adulto que sea responsable del beneficiario de protección internacional si éste es un menor no casado. Incluso podrá extenderse a otros familiares cuando éstos sean dependientes del protegido y previamente conviviesen juntos en el país de origen, así como al cónyuge o pareja, siempre que no exista divorcio, separación legal o de hecho o que la concesión del estatuto de refugiado se haya realizado por motivos de género, fundándose los temores de persecución en violencia de género ejercida por su cónyuge.

Por el contrario cuando estos miembros de la familia ostenten una nacionalidad distinta a la persona refugiada o beneficiaria de protección subsidiaria corresponderá solicitar la reagrupación. La ley remite al futuro reglamento de desarrollo para que determine los requisitos y procedimientos, que tras más de tres años desde la entrada en vigor de la ley todavía no se ha aprobado. Sin embargo establece como garantía, la no exigencia en estos casos de los requisitos establecidos en la legislación de extranjería. La reagrupación familiar implicará la concesión de una autorización de residencia y trabajo análoga a la del reagrupante, limitándose la reagrupación familiar a una única vez, impidiendo que las personas que hubiesen sido reagrupadas y obtenido la correspondiente autorización procedan a una nueva solicitud de reagrupación de sus familiares.

En caso de no admisión a trámite o denegación de las solicitudes de asilo procede, de forma general, acordar el retorno, la devolución, la expulsión, la salida obligatoria del territorio español o el traslado al territorio del Estado responsable del examen de la solicitud de asilo de las personas que los solicitaron. No obstante, la salida del territorio puede evitarse en aquellos casos en que la persona interesada reúna los requisitos para permanecer en España en situación de estancia o residencia, así como en aquellos otros en que se autorice su estancia o residencia en España por

razones humanitarias. La denegación de la solicitud de asilo deja abiertas las vías de protección previstas para las víctimas de trata de personas que contempla la Ley de extranjería o por razones humanitarias. En este sentido, el propio art. 46. 3 de la Ley prevé la posibilidad de otorgar autorización de residencia al solicitante por razones humanitarias en los términos previstos en la legislación de extranjería.

Para finalizar, tan sólo queda reflexionar sobre la importancia que la apertura del reconocimiento de la condición de refugiado puede tener para las víctimas de trata de seres humanos. La protección derivada de este reconocimiento y la concesión del derecho de asilo, o en su defecto, de protección subsidiaria, es desde un punto de vista legal la adecuada a los estándares internacionales, cuando se cumplan los requisitos exigidos. La inclusión de las víctimas de trata como potenciales solicitantes de asilo está prevista en la legislación, no obstante, en la práctica, la realidad hasta ahora es bien distinta. El desarrollo de la Ley 12/2009 debería realizarse mediante la introducción de disposiciones específicas referentes a las víctimas de trata que garanticen un procedimiento acorde con la vulnerabilidad de la víctima, adoptando una serie de recursos que garanticen el cumplimiento de los mandatos internacionales en materia de trata de personas, atendiendo a sus necesidades especiales como víctimas de este delito. En cualquier caso, debe promoverse una práctica administrativa acorde con la legislación nacional e internacional, que permita garantizar y hacer efectivo el derecho de cualquier persona, incluyendo la víctima de trata, a solicitar asilo.

El estatuto de refugiado posee un mayor y más desarrollado reconocimiento en normas internacionales, oponibles como tales a terceros Estados, motivo por el cual el hecho de la existencia de una protección subsidiaria no debe privar al solicitante de su reconocimiento si se cumplen con los requisitos exigidos. Así, como un especial mecanismo de protección específico para las víctimas de trata en la legislación de extranjería no debe impedir que éstas vean reconocida su condición de refugiada si concurren todos los requisitos exigidos para ella, debiéndose articular como forma de protección principal y no alternativa. Los derechos reconocidos a los asilados y beneficiarios de la protección subsidiaria son mayores a los derivados del art. 59 bis de la LODYLE. Por un lado, la protección de la víctima extranjera no se condiciona de ningún modo en la colaboración con las autoridades en la persecución del delito, sino que dependen en exclusiva de la situación de la víctima. Además, se garantiza una autorización de residencia y trabajo que no dependerá de renovaciones administrativas sino, principalmente, del mantenimiento de las causas que fundamentaron su concesión. Por otro lado, las posibilidades de reagrupar a la familia de la víctima de trata son mayores en caso de reconocerse la condición de refugiado. Asimismo, el estatuto jurídico de estos familiares reagrupados será asimilado al del propio asilado o beneficiario de la protección subsidiaria. Por ello, los problemas de desestructuración familiar resultantes del mecanismo de protección previsto en la

legislación de extranjería se reducirían considerablemente en estos supuestos y con ello se favorecería a una recuperación adecuada de la víctima, e incluso facilitaría la colaboración de la víctima con las autoridades. Finalmente, el Estado español cumpliría así con los mandatos internacionales que le obligan a proteger adecuadamente a los refugiados.

## **7. Medidas de asistencia y protección para las víctimas de trata de seres humanos**

### **7.1. Identificación**

Para que las víctimas de trata puedan beneficiarse de los derechos y medidas de asistencia y protección previstas en el Convenio de Varsovia y en la Directiva de 2011, así como en la propia legislación nacional, es imprescindible que previamente sean identificadas como víctimas. Es la detección y posterior identificación de las víctimas de trata lo que permite el acceso a los mecanismos de protección establecidos en la legislación, por lo que si el procedimiento establecido para esta identificación presenta alguna laguna o deficiencia ya sea legal, administrativa u operativa, el sistema de protección instaurado fracasa estrepitosamente, dejando a la víctima desamparada y en una situación de mayor vulnerabilidad frente a los presuntos tratantes que puede generar una revictimización.

Las medidas de protección y asistencia previstas en el ordenamiento deben activarse desde el momento en el que existan indicios razonables para considerar que una persona ha sido víctima de este delito. Durante el proceso de identificación a la potencial víctima debe otorgársele la misma asistencia que la prevista para las víctimas que ya han sido identificadas. Por tanto, no es de extrañar que el Convenio de Varsovia haya puesto un especial énfasis en la necesidad de que exista un personal formado y cualificado en materia de trata de personas como condición *sine qua non* para proceder a la identificación.

A pesar de la importancia de la identificación de las potenciales víctimas de trata, ésta se encuentra prevista de forma muy limitada en la legislación de extranjería, art. 59 bis de la LODYLE y en los arts. 140 a 145 del REDYLE. La propia LODYLE menciona expresamente el art. 10 del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, para recordar a las autoridades la necesidad de adoptar las medidas adecuadas y establecer la coordinación necesaria con las organizaciones asistenciales para la correcta y definitiva identificación de las víctimas de la trata de personas (art. 59 bis.1 LODYLE). El precepto legal no concreta que tipo

de medidas serán éstas, por lo que parecía ésta una tarea adecuada para el Reglamento de desarrollo, pero lo cierto es que el art. 140 del REDYLE ha decidido remitir la concreción de la coordinación y actuación de las administraciones, así como las bases para la participación de las organizaciones no gubernamentales, a la adopción de un Protocolo marco de protección de las víctimas de trata de seres humanos. Este Protocolo Marco fue adoptado mediante acuerdo de 28 de octubre de 2011 por los Ministerios de Justicia, del Interior, de Empleo y Seguridad Social y de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, la Fiscalía General del Estado y el Consejo del Poder Judicial<sup>1045</sup>.

El procedimiento para la identificación de potenciales víctimas no comunitarias de trata de personas se encuentra previsto en el art. 141 del REDYLE. Consecuencia de su ubicación en la legislación de extranjería no nos puede extrañar que las pautas fijadas sobre la identificación de las víctimas se circunscriban únicamente a las víctimas extranjeras, dejando fuera cualquier mención a las víctimas nacionales y comunitarias. Por ese motivo, el Reglamento se centra en la detección de víctimas que se puede producir como consecuencia de un procedimiento sancionador, aunque menciona expresamente la posibilidad de que se pueda tener conocimiento de la existencia de una potencial víctima por cualquier otro motivo, debiéndose informar inmediatamente a la autoridad policial competente para la investigación del delito o a la Delegación o Subdelegación del Gobierno de la provincia (art. 141. 1 REDYLE).

Dado el contexto en el que se produce la identificación en estos casos, adquiere una especial importancia la formación y capacitación de las autoridades que por sus competencias puedan entrar en contacto con potenciales víctimas, así como la sensibilización de los mismos respecto al fenómeno. La falta de una capacitación tiene como consecuencia habitual el trato de las víctimas como inmigrantes irregulares y, por consiguiente, el correspondiente trámite de expulsión o devolución a sus países de origen<sup>1046</sup>.

El Protocolo Marco de protección de las víctimas de trata de seres humanos, adoptado en cumplimiento del mandato del art. 140 REDYLE, tiene como finalidad establecer las pautas de coordinación y actuación de las instituciones y administraciones competentes, así como la participación de organizaciones y entidades con experiencia acreditada en la asistencia a las víctimas de trata. Este Protocolo detalla de forma más pormenorizada el procedimiento de identificación de

---

<sup>1045</sup> Debe destacarse también la aprobación de ciertos Protocolos autonómicos, incluso con anterioridad al estatal, como el Protocolo gallego de Actuación Institucional sobre adopción de medidas de prevención, investigación y tratamiento a las mujeres víctimas de trata con fines de explotación sexual de 18 de enero del 2010 o el reciente Protocolo de Protección de las víctimas de tráfico de seres humanos en Cataluña, de 17 de octubre de 2013. .

<sup>1046</sup> Vid. DEFENSOR DEL PUEBLO, *La trata de seres humanos en España: Víctimas invisibles*, Madrid, 2012, pp. 134, 144, *passim*. Disponible <http://www.defensordelpueblo.es/es/index.html> [última consulta, 5 de marzo de 2014].



la víctima, estableciendo las actuaciones y derivaciones a realizar por las distintas personas que hayan detectado a una potencial víctima<sup>1047</sup>. A diferencia del REDYLE este Protocolo Marco se refiere no sólo a las víctimas extranjeras en situación irregular sino a las víctimas en general, incluyendo a aquellas que se encuentran regularmente en nuestro país, no haciendo distinciones entre ellas al detallar los servicios a los que pueden tener acceso. El apartado VI.C del Protocolo Marco es el encargado de fijar el procedimiento para determinar la existencia de motivos razonables de que una persona es víctima de trata de seres humanos.

Será la autoridad policial con formación específica en trata de seres humanos la competente para realizar la identificación de la víctima<sup>1048</sup>. Para proceder a la identificación de la persona como víctima es necesario recabar toda la información disponible de la persona y de su situación. Con este fin está prevista la realización de una entrevista personal que debe ser realizada por el personal, con formación específica en identificación de víctimas, competente para la investigación del delito, debiendo realizarse de forma reservada y confidencial<sup>1049</sup>. Durante esta fase de identificación se prevé la participación de las organizaciones dedicadas a la defensa de los derechos de las víctimas de trata abriendo la posibilidad de que aporten toda la información que consideren relevante a efectos de la identificación de la persona como víctima. Sin embargo, esta participación de las organizaciones o profesionales cualificados no es más que una posibilidad que no garantiza su intervención en todos

---

<sup>1047</sup> El Protocolo Marco en su apartado V sobre detección de posibles víctimas de trata de seres humanos fija las primeras actuaciones a realizar por los distintas autoridades, organizaciones o personas que detecten a una posible víctima de trata. Así, las FCSE deberán informar de manera inmediata al Ministerio Fiscal, los inspectores laborales deberán informar al Jefe de la Inspección provincial que informará al Ministerio Fiscal y a las FCSE. En casos de detección de frontera la unidad policial comunicará el hecho a la Brigada Provincial de Extranjería, mientras que si la detección se produce en un CIE se pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal y de la Dirección del Centro. Cuando la detección se produzca en otros ámbitos como los centros de migraciones gestionados por la Administración General del Estado, el ámbito sanitario, asistencial o social de alguna administración u organizaciones y entidades, deberá ponerse el hecho en conocimiento de las FCSE, Ministerio fiscal o juzgado de guardia.

<sup>1048</sup> Le corresponde a la Unidad Central de Redes de Inmigración Ilegal y Falsedades documentales (UCRIF) la investigación de las actividades delictivas, de ámbitos nacional y transnacional, relacionadas con la trata de seres humanos, el tráfico de personas, la inmigración ilegal y las falsedades documentales en esta materia, así como de los delitos conexos a aquéllos. Respecto a las víctimas el principal cometido es la identificación y localización, protección inmediata, recepción de sus denuncias o informaciones que puedan y quieran aportar sobre su captación, traslado y explotación. Asimismo, tienen la obligación de informar a las víctimas de sus derechos, de las ventajas y beneficios legales que obtendrían con su colaboración activa para la investigación relacionada con su caso, así como ponerlas en contacto con las ONG o estamentos oficiales que puedan proporcionarles asistencia social, legal, sanitaria. . En aquellas provincias españolas en las que no haya presencia de la UCRIF, las funciones desempeñadas por estas unidades deben ser ejecutadas por las Brigadas Provinciales de Extranjería y Documentación que existen en todas las capitales de provincia españolas.

<sup>1049</sup> La entrevista personal deberá realizarse teniendo en cuenta las circunstancias de la víctima y sin presencia de los explotadores. Si fuese posible se le prestará apoyo jurídico, psicológico y asistencial. Cuestión fundamental es que toda la información obtenida tendrá el carácter de reservada, en un intento de evitar que la víctima sea objeto de futuras represalias. El primer anexo del Protocolo Marco recoge una serie de pautas a seguir durante la entrevista a posibles víctimas con la finalidad de detectar posibles indicios de que una persona es víctima de trata de seres humanos.

los supuestos y que dependerá de la decisión que en cada caso adopten los competentes en el procedimiento.

La colaboración de organizaciones no gubernamentales es fundamental en esta fase ya que en muchas ocasiones son las que tienen un primer contacto con las potenciales víctimas, pues éstas acuden en busca de ayuda y asesoramiento o entran en contacto con ellas mediante visitas en los centros de internamiento de extranjeros. El miedo a posibles sanciones derivadas de su situación de irregularidad en el territorio, el desconocimiento del ordenamiento jurídico y de sus derechos como víctimas, así como la propia desconfianza de las víctimas hacia las autoridades policiales como consecuencia de posibles vivencias con funcionarios corruptos, genera reticencias a acudir a las autoridades policiales. Por ese motivo una correcta y fluida coordinación y colaboración entre autoridades administrativas y Organizaciones no gubernamentales pueden facilitar considerablemente la fase de identificación de las víctimas.

Para determinar la existencia de motivos razonables de que una persona es víctima de trata de seres humanos se tendrán en cuenta una serie de indicadores. Entre los cuatro anexos al protocolo, el segundo de ellos reproduce una serie de indicadores que deben valorarse en su conjunto<sup>1050</sup> y no como un mero cuestionario a realizar durante la entrevista. Estos indicios deberán valorarse de acuerdo con el criterio de máxima protección de la víctima para garantizar la atención integral y protección de la víctima.

El proceso de identificación finalizará con un informe realizado por la unidad policial competente para la identificación al que se adjuntará toda la información recabada durante el proceso.

En supuestos de víctimas extranjeras en situación irregular, la Ley Orgánica 10/2011, de 27 de julio, de modificación de los arts. 31 bis y 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social supuso una importante novedad al establecer que durante la fase de identificación y de período de reflexión no se incoará expediente sancionador si éste no se había iniciado con anterioridad a la fase de identificación, decretándose la suspensión inmediata del expediente sancionador o de la expulsión si por el contrario ya se había iniciado o acordado con anterioridad a la existencia de indicios sobre la posibilidad de que se tratase de una víctima de trata de personas. Por tanto, durante esta fase de identificación no se iniciará el procedimiento sancionador, quedando en suspensión el posible expediente sancionador, o en su caso, la expulsión o devolución acordada con anterioridad. El hecho de que las autoridades incoasen el

---

<sup>1050</sup> El protocolo recoge un conjunto de indicios atendiendo a los elementos que caracterizan la trata de personas y sus distintas modalidades, como son los indicios generales: sobre la fase de captación, sobre la fase de transporte, traslado, acogida y recepción y, finalmente, sobre la fase de explotación, que se complementan con una serie de indicios conductuales y otros relacionados con las condiciones laborales y del entorno de la víctima.

procedimiento sancionador cuando entraban en contacto con un extranjero en situación irregular, independientemente de ser considerada como una potencial víctima, generaba desconfianza en las víctimas que durante todo el proceso tenían la amenaza de la sanción, incluida la expulsión.

## 7.2. Información

Tan pronto como se tengan indicios razonables<sup>1051</sup> de la existencia de una potencial víctima de trata se informará a la persona interesada, fehacientemente y en idioma que comprenda de los derechos que la legislación le reconoce.

La víctima será informada de los derechos que la legislación le reconoce en el contexto del proceso penal, como la posibilidad de participar en el proceso penal (art. 109 y 110 LECrim), sobre la posibilidad de acogerse a alguna medida de protección derivada de la Ley de protección de testigos y ser reconocida como testigo protegido, así como de los derechos derivados de la Ley 35/1995. Asimismo se le informará de la posibilidad de ser derivada a alguno de los recursos asistenciales facilitados por las administraciones u organizaciones y entidades con experiencia acreditada en la asistencia a las víctimas de trata.

Cuando se trate de una persona en situación irregular será informada de las previsiones del art. 59 bis de LODYLE, es decir, del derecho a que le sea reconocido un período de restablecimiento y reflexión, de la posibilidad de obtener una autorización de residencia y trabajo, así como de la posibilidad de solicitar el retorno. Cuando la víctima se encuentre en situación regular, pero su autorización esté próxima a la extinción se informará sobre la posibilidad de solicitar el periodo de restablecimiento y reflexión sin demora cuando se produzca la extinción de su autorización.

Además, atendiendo a la valoración del riesgo a la que puede estar sometida la víctima, realizada durante la identificación, la unidad policial informará sobre los posibles riesgos y las medidas de protección y seguridad que deben adoptarse. Estas medidas pueden consistir en facilitar un teléfono de comunicación permanente con el personal encargado de la investigación o bien en informar a la víctima sobre medidas de autoprotección, como la necesidad de permanecer en un alojamiento seguro, su

---

<sup>1051</sup> Estos indicios razonables no puede equiparse con un total convencimiento de la condición de víctima. En el proceso de identificación deben analizarse indicios, los cuales teniendo en cuenta las circunstancias de cada persona pueden ser muy diversos. Algunas instituciones como Red Española contra la trata de personas en la Guía para la identificación, derivación y protección de las personas víctimas de la trata con fines de explotación, 2009, Madrid, recogen una lista de tipos indicios que deben ser tenidos en cuenta para la identificación. En el mismo sentido la ONU ha facilitado ciertos indicadores de trata que muestran la variedad de situaciones en la que se pueden encontrar las víctimas de trata Disponible en [www.unodc.org/documents/human-trafficking/HT\\_indicators\\_S\\_LOWERS.pdf](http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/HT_indicators_S_LOWERS.pdf)

traslado a otra CCAA o ciertas prevenciones en las actividades cotidianas como evitar rutinas, informar a ciertas personas de la situación que se vive. En cualquier caso, estas medidas deberán extenderse a los hijos menores o con discapacidad de la víctima, que se encuentren en España. Asimismo, la protección puede extenderse, en casos excepcionales, a otras personas con vínculos con la víctima que se encuentren en España, cuando la situación de desprotección en la que quedarían es de tal magnitud que no sería posible que la víctima accediese a cooperar.

### **7.3. Asistencia a las víctimas**

Unos de los puntos clave tanto del Convenio de Varsovia como de la Directiva 2011/36 son las obligaciones que impone a los Estados en materia de asistencia a las víctimas de trata de personas, y es precisamente en este punto donde las actuaciones estatales son prácticamente inexistentes. En este sentido, la Comisión europea ha solicitado formalmente a España, mediante dictamen motivado, que adopte las medidas necesarias para garantizar el pleno cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Directiva 2011/36, ante la falta de notificación a la Comisión de las medidas nacionales de transposición.

Precisamente el estándar internacional mínimo en materia de asistencia a las víctimas de trata obliga a los estados a facilitar un alojamiento apropiado y seguro, ayuda material, cuidados médicos, asistencia psicológica, asesoramiento e información, servicios de traducción e interpretación. La adopción de la Estrategia de la UE para la erradicación de la trata de seres humanos (2012-2016), muestra como una de las prioridades a corto plazo es la adopción de mecanismos de orientación de las víctimas que garanticen a las víctimas la protección y asistencia adecuadas sobre la base de evaluaciones individuales de riesgos y necesidades<sup>1052</sup>. La mejora de la coordinación y cooperación entre los principales interesados y la coherencia de las políticas a través de mecanismos y procedimiento oficiales que definan las funciones de cada actor es otra de las prioridades.

Los instrumentos supranacionales en materia de trata se encuentran fuertemente influidos por las disposiciones sobre victimo-asistencia proactiva que se han adoptado en el seno de las Naciones Unidas y en el contexto europeo, tanto por el Consejo de Europa como por la Unión Europea, poniendo un énfasis especial en el abominable delito del que son víctimas y su particular vulnerabilidad.

---

<sup>1052</sup> Prioridad A. Acción 1 sobre establecimiento de mecanismos de orientación de las víctimas nacionales y transnacionales de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones de la “Estrategia de la UE para la erradicación de la trata de seres humanos (2012-2016)

En primer lugar, la asistencia de las víctimas nos remite al art. 16 de la Ley 35/1995, que prevé la creación de Oficinas de Asistencia a las Víctimas de Delitos (en adelante, OAVD) en aquellas sedes de órganos jurisdiccionales y fiscales en que las necesidades lo requieran<sup>1053</sup>. Estas OAVD se han implantando en todas las Comunidades y ciudades de provincias. Sin embargo, al margen de esta referencia a la posibilidad de su creación en la Ley 35/1995, no existe ninguna norma que establezca la tarea asistencial que deben prestar a la víctima ni que detalle sus funciones.

Mediante la implantación de estas oficinas se establece un sistema público de servicios de asistencia, gestionado por la Administración<sup>1054</sup>, que más allá de la posible información y acompañamiento a la víctima no garantiza la cobertura social exigida por las disposiciones supranacionales que obligan a España. De forma general, su labor social se limita a informar y orientar sobre los recursos sociales existentes, mediante la coordinación con los servicios de asistencia de cada comunidad autónoma.

Las OAVD, dependientes del Ministerio de Justicia<sup>1055</sup>, tienen entre sus funciones informar a las víctimas sobre sus derechos y evitar su desprotección, esta información se referirá al lugar donde presentar una denuncia, su contenido y forma, también a los recursos sociales existentes, procurar el acceso a tratamientos médicos, psicológicos sociales y jurídicos. Además el personal de la OAVD podrá acompañar a la víctima a las diligencias judiciales, orientarlas hacia recursos sociales existentes facilitando su acceso, así como potenciar la coordinación entre las Instituciones implicadas. Su atención se centra principalmente en las víctimas denunciantes del delito, aunque nada impide que otras víctimas puedan solicitar sus servicios, siendo derivadas a ellas una vez que entran en contacto con el sistema de justicia penal.

Haciendo uso de la posibilidad, prevista en la propia Ley algunas oficinas han sido implantadas por las propias Comunidades autónomas, no dependiendo del Ministerio de Justicia. Las oficinas dependientes del Ministerio de Justicia se estructuran de acuerdo con el modelo unipersonal en el que las víctimas son atendidas por un gestor administrativo que proporciona la información y coordina su actuación con otros servicios prestados por profesionales, existiendo también un psicólogo en el

---

<sup>1053</sup> Iniciativas previas a la creación de estas oficinas se habían producido en Comunidades autónomas, como Valencia (1985), Cataluña (1989), Baleares (1989) o el País Vasco (1991) encargados del acogimiento y asistencia a las víctimas. Vid. LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *La moderna victimología*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998., p. 112-115.

<sup>1054</sup> En algunos supuestos se ha externalizado la prestación del servicio mediante concurso público, como en el caso de Andalucía, en el que ATENIN Cooperativa Andaluza de Interés Social asume desde el año 2005 el SAVA de Huelva o AMUVI, desde enero de 2002, el SAVA de Sevilla. Sobre la externalización del servicio puede verse DAZA BONACHELA, María del Mar, "Fallas en el modelo andaluz de gestión de la asistencia a las víctimas. El caso granadino", en *RECPC*, núm. 11, 2009, pp. 5 y ss.

<sup>1055</sup> Las OAVD dependientes del Ministerio de Justicia son las correspondientes a las Comunidades Autónomas de Castilla León, Castilla La Mancha, Extremadura, Murcia, Baleares y Ceuta y Melilla.

servicio y, en algunos casos, un trabajador social. Mientras que algunas de las OAVD dependientes de la CCAA responden a un modelo multidisciplinar. Este es el caso de Cataluña, en el que las Oficinas de Atención a la víctima del delito son las encargadas de cumplir las funciones de estas oficinas de asistencia a las víctimas basándose en un modelo multidisciplinar, caracterizado por la integración en el servicio de un equipo psicólogos, abogados, educadores y trabajadores sociales especializados en el ámbito judicial que otorga a la víctima una mayor cobertura y atención<sup>1056</sup>, que al margen de la labor desarrollada durante el proceso penal, abarca su inclusión, según los casos, en programas especiales de atención psicológica o de atención y seguimiento.

Ante las limitadas funciones de las OAVD y sus deficiencias no puede mantenerse que estas OAVD instauren una red de servicios de atención integral y de apoyo a las víctimas que satisfaga las demandas de las víctimas del delito, ni en particular las víctimas de trata. Tampoco asociaciones privadas de carácter general para las víctimas del delito cumplen con esta función<sup>1057</sup>.

Las OAVD funcionan, principalmente, como un primer contacto y sus funciones durante el proceso penal aunque relevantes son claramente insuficientes para otorgar asistencia a las víctimas de trata. En Cataluña, dentro del ámbito de la Administración de la Generalitat, la Oficinas de atención a la víctima del delito ofrecen asistencia y atención a cualquier persona víctima de un delito que requiera sus servicios. La actividad proactiva de estas OAVD se producirá únicamente cuando se haya detectado un riesgo hacia la víctima y se haya evaluado su situación. Con la misión de evitar la victimización secundaria se le reconoce la facultad para solicitar al órgano judicial medidas de protección visual durante la celebración del juicio, solicitar la utilización del sistema de videoconferencia en juicio para que la víctima realice la declaración, así como acompañar a la víctima al acto del juicio oral.

Si el Estado se compromete realmente con la asistencia y protección de las víctimas y pretende dar cumplimiento a sus obligaciones internacionales debe configurar un sistema de servicios sociales y sanitarios que funcionen como soporte desde el momento inicial de detección de una posible víctima que facilite su salida del ámbito de influencia de los tratantes y garantice su subsistencia. Visto que las OAVD no cumplen con esta función, las víctimas obtendrán la asistencia social o bien a

---

<sup>1056</sup> Vid. Programa Marco de ordenación integral de las víctimas en Cataluña, disponible en <http://www20.gencat.cat/portal/site/Adjucat/menuitem.5241ca2acc8cf176b1893110b0c0e1a0/?vgnextoid=4ef4409dd6423110VgnVCM1000008d0c1e0aRCRD&vgnnextchannel=4ef4409dd6423110VgnVCM1000008d0c1e0aRCRD>

<sup>1057</sup> En España la presencia de asociaciones de víctimas, reconocidas institucionalmente y financiadas, en parte, con fondos públicos, son habituales. Sin embargo se caracterizan por ser sectoriales, al representar a víctimas de determinados delitos, como las víctimas del terrorismo, las víctimas de accidentes de tráfico o de abuso sexual. No obstante, es posible encontrar asociaciones de carácter general como la “Asociación Nacional de Víctimas de delitos Violentos” y “FADIVE”, fundación que gestiona, bajo el protectorado de la Generalidad Valenciana, las OAVD de la Comunidad de Valencia. Ambas asociaciones son miembros de la *Victim Support Europe*.

través de los servicios sociales prestados por las administraciones públicas o bien a través de diversas organizaciones no gubernamentales de muy diverso signo.

En relación con la red pública de servicios sociales y desde un punto de vista competencial debe tenerse en cuenta que los servicios sociales son competencia exclusiva de las Comunidades autónomas, por lo que será la Administración autonómica a través de sus servicios sociales la encargada de prestar asistencia a las víctimas, sin olvidar las competencias sobre servicios sociales básicos que son reconocidas a los municipios por vía de la Ley 7/1985 de Bases del Régimen Local. Las actuaciones previstas en las distintas disposiciones que se ocupan de la asistencia de la víctima, como la LODYLE, el Protocolo Marco o el Plan Estatal, deben entenderse remitidas a la legislación de servicios sociales de cada Comunidad Autónoma. Por ese motivo, la coordinación y colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas es esencial en este punto, debiéndose articular a través de convenios u otras formas de colaboración. El desarrollo de esta competencia autonómica conlleva que los requisitos para el acceso a estos servicios sociales, los servicios prestados, su alcance y contenido varíen de una Comunidad a otra, con los perjuicios que ello puede ocasionar a la víctima, generando situaciones caracterizadas por la ausencia de servicios y/o prestaciones que tengan como finalidad el apoyo y a las víctimas de trata.

En la red pública de servicios sociales no se ofrecen programas especiales para las víctimas de los delitos, salvando los casos de violencia de género, ni para las víctimas de trata de personas, por lo que sus necesidades acaban siendo cubiertas, en el mejor de los casos por los servicios sociales generales (información, acogida, ayudas económicas puntuales). El sistema autonómico no contiene ni en sus leyes generales ni en la legislación específica prestaciones dirigidas a las víctimas de trata tal y como exigen los Tratados internacionales.

Además, la insuficiente actividad institucional llevada a cabo por el Estado en momentos iniciales ha introducido ciertos problemas, al centrarse el interés de la trata únicamente en aquella que tiene una finalidad sexual. Si bien la adopción del Plan Integral de lucha *contra la trata de mujeres con fines de explotación sexual*, el 12 de diciembre de 2008 por el Consejo de Ministros, debe considerarse como el inicio de la actividad institucional en la lucha contra la trata de seres humanos. su valoración debe ser favorable, en cuanto sentó las bases para la distinción entre tráfico de personas y trata de personas, poniendo énfasis en la necesidad de proceder a importantes reformas legislativas en ámbitos muy diversos para adaptar el ordenamiento español a los estándares internacionales en materia de trata de personas. Sin embargo, su limitado ámbito, restringido a la trata con fines de explotación sexual ha servido para mantener la confusión entre trata y prostitución y ha consolidado esta visión parcial en algunas disposiciones legales y en el tratamiento que en la red pública de servicios

sociales se otorga a las víctimas de trata<sup>1058</sup>. Lo que añadido a la ausencia de personal técnico especializado en este delito, de recursos suficientes o incluso de la regulación que de los mismos se realiza puede provocar la exclusión de un importante número de víctimas de los servicios sociales prestados por la administración pública, que suelen ser derivadas a otros dispositivos existentes sobre violencia de género u organizaciones no gubernamentales.

Sirva de ejemplo, la Ley catalana 5/2008 sobre el derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista que ha introducido la trata y explotación sexual de mujeres y niñas entre la violencia machista. Si bien en determinados supuestos la trata de personas es una manifestación de violencia de género, entendida de forma amplia, ello no se produce en todos los supuestos. Consecuencia de la identificación de este tipo de trata con la violencia de género, en sentido amplio, se han previsto estas situaciones en la Cartera de servicios sociales de la Generalitat de Cataluña<sup>1059</sup>, otorgando a las mujeres en esta situación acceso a prestaciones especializadas como la acogida de urgencia, el servicio de acogida y recuperación, el servicio de piso con soporte y el servicio de piso puente, entre otras.

Por ese motivo, es el denominado tercer sector el actor más relevante en el ámbito de la asistencia a las víctimas. Existe un importante número de ONG especializadas en la asistencia a víctimas de trata de personas, sobre todo con fines de explotación sexual. Entre diciembre de 2005 y enero de 2006 se constituye la Red Española de lucha contra la trata de personas que aglutina a más de una veintena de organizaciones no gubernamentales e internacionales. La función de esta Red es trabajar contra la trata desde una perspectiva global de acuerdo a los instrumentos legales nacionales e internacionales aplicables en España<sup>1060</sup>, y, aunque no presta asistencia directa a las víctimas, algunas de las organizaciones que se integran en ella sí gestionan estos servicios. Así, el Proyecto Esperanza o el Programa de Actuación Integral contra la Trata de personas de Accem, son claros ejemplos de ello. En el ámbito catalán, se ha creado la Xarxa Catalana contra el Tràfic de personas (XCT), integrante de la Red española de lucha contra la trata, en la que participan entidades e instituciones de Cataluña, públicas y privadas de ámbito local, autonómico o estatal, cuyo objetivo principal es ser un agente de coordinación y colaboración en la lucha

---

<sup>1058</sup> Esta identificación de la trata de personas con la explotación sexual que ha caracterizado a las políticas públicas en España ha sido criticada por el GRETA. Vid. GRETA, *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Spain. First evaluation round*, Strasbourg, 27 September 2013, párr. 66, p.22.

<sup>1059</sup> Decreto 142/2011, por el cual se aprueba la cartera de servicios sociales de Cataluña 2010-2011.

<sup>1060</sup> Son organizaciones integrantes de esta Red: Antena Sur contra la Trata, AIETI, APRAMP, CEAR, CONFER, Fapmi-Ecpat, Federación de Mujeres Progresistas, Fundación Cruz Blanca, Fundación Tierra de hombres, Fundación APIP-ACAM, IEPALA, Médicos del Mundo, Mujeres en Zona de Conflicto, Proyecto Esperanza, Red Cántabra, Xarxa Catalana sobre la trata de personas y Women's Link Worldwide. Las organizaciones colaboradoras de la Red contra la Trata son: ACCEM, ACNUR, Amnistía Internacional, Cáritas Española, Cruz Roja Española, OIM, Save the Children y Villa Teresita.



contra el tráfico de personas. Especialmente importante es la participación en la XCT de los Mossos d'Esquadra como miembro de soporte en la reunión plenaria de la red.

En un intento de clarificar cuales son las organizaciones que facilitan atención integral a las víctimas de trata de personas la Red española se elaboró una Guía Básica para la identificación, derivación y protección de las personas víctimas de trata con fines de explotación en la que se detallan los servicios que ofrecen las Organizaciones integrantes de la Red para cubrir las necesidades de soporte a las víctimas y se asesora sobre el trato que debe recibir una potencial víctima<sup>1061</sup>. Los servicios que ofrecen estas organizaciones son muy variados, como la información, el acceso al alojamiento adecuado seguro, cobertura de necesidades básicas, asistencia médica y psicológica, asesoramiento legal, retorno voluntario, formación y soporte a la inserción laboral. El catálogo de prestaciones y servicios en función de cada entidad varía y su cobertura territorial es muy limitada, centrándose en ámbitos geográficos muy concretos. Además, destaca la falta de referencias expresas a los servicios que estas organizaciones ofrecen a hombres o mujeres víctimas de explotación laboral. De la guía de recursos elaborada se extrae que la mayor parte de los servicios se dirigen a mujeres víctimas de trata con fines de explotación sexual y a mujeres que se encuentren en el ámbito de la prostitución, así como a menores o inmigrantes en riesgo de exclusión. Se muestra que la red de recursos es todavía insuficiente para cubrir las demandas internacionales y dar respuesta a un fenómeno que va más allá de la explotación sexual.

Las víctimas de trata de personas pueden acceder a los servicios sociales que prestan tanto los servicios públicos como las organizaciones, desde el tercer sector, por iniciativa propia o bien al ser derivadas a los mismos por otras autoridades. La derivación de las víctimas a los servicios asistenciales, según el Protocolo Marco se producirá con el consentimiento de la víctima a las administraciones autonómicas o locales competentes en materia de asistencia social o a los servicios de las organizaciones y entidades con experiencia en asistencia a las víctimas de trata, principalmente las que otorgan asistencia integral y participan en los programas de las administraciones públicas para asistencia y protección.

A pesar de la previsión de esta derivación en el Protocolo lo cierto es que no existen protocolos de derivación, por lo que la coordinación real y efectiva entre las autoridades públicas y las entidades se desconocen y dependerá en buena medida del conocimiento de las redes sociales de protección y la voluntad de colaboración de las autoridades competentes, tanto policiales como de extranjería. Para intentar paliar el posible desconocimiento de estas entidades especializadas en asistencia a las víctimas

---

<sup>1061</sup> RED ESPAÑOLA CONTRA LA TRATA DE PERSONAS, *Guía Básica para la identificación, derivación y protección de las personas víctimas de trata con fines de explotación*, 2008. Disponible en <http://www.redcontralatrata.org> [última consulta, el 1 de diciembre de 2013].

de trata y fomentar la participación de estas organizaciones, el Cuarto anexo del Protocolo Marco recoge una Guía de Recursos para la atención a Víctimas de Trata con fines de explotación sexual<sup>1062</sup>, en la que se describen de forma escueta los recursos de atención ofrecidos por organismos públicos o privados para atender a las víctimas de trata. Esta Guía tiene su origen en documento previo realizado en cumplimiento de las disposiciones del Plan integral de lucha contra la trata con fines de explotación sexual, el *Mapa de Recursos Existentes para la atención a Víctimas de Trata con Fines de Explotación Sexual o en contextos de Prostitución*. Del título del documento ya se desprende su principal deficiencia, su exclusiva atención a los recursos ofrecidos a las víctimas de trata con fines de explotación sexual, dejando al margen a otras víctimas del delito. La Guía de recursos recogida en el anexo 4 del Protocolo Marco peca de la misma limitación. Su finalidad es identificar las entidades que atienden a las víctimas diferenciando entre aquellas que entre sus servicios se encuentra el alojamiento y aquellas que carecen del mismo. Se informa de la ubicación geográfica de estas entidades, sus centros según provincias y de los recursos que prestan cada una de ellas, así como el número de plazas para el alojamiento y la estancia máxima en los centros. Los servicios ofrecidos por estas organizaciones son de diverso alcance, desde atención formativa hasta atención médica y psicológica, pasando por atención social y jurídica, inserción laboral y alojamiento. Aunque común a todas ellas es que las entidades referenciadas en la Guía centran su ámbito de actuación en las necesidades de las mujeres, especialmente cuando éstas han sido maltratadas o se encuentran en el contexto de la prostitución.

Es necesaria una actualización de esta Guía de recursos en las que se diferencie claramente entre mujeres víctimas de trata y mujeres que han ejercido la prostitución, relación que no siempre tiene porque producirse, así como entidades que den cabida a víctimas de trata con otras finalidades y aquéllas que se encuentren especializadas en la atención de víctimas menores. Buen ejemplo de ello es que en la Guía de recurso únicamente constan dos entidades que dispongan de alojamiento para hombres. Las entidades identificadas en la Guía son organizaciones y asociaciones que en los últimos años han sido subvencionadas por las administraciones para realizar programas de atención social a mujeres víctimas de trata con fines de explotación sexual, en virtud de Fondo de ayuda a las víctimas de trata. Anualmente desde 2009 se convocan subvenciones para la realización de proyectos para la protección y asistencia a mujeres víctimas de trata con fines de explotación sexual. Desde 2009 hasta 2012 la cuantía anual para estas subvenciones ascendía a 2.000.000 euros, descendiendo en 2013 hasta 1.500.000. Todos los proyectos que han recibido subvenciones se limitan a la trata con fines de explotación sexual y algunos de los proyectos financiados se refieren a la atención social de la mujer prostituida y/o excluida.

---

<sup>1062</sup>Este anexo puede consultarse en <http://www.msssi.gob.es/ssi/violenciaGenero/tratadeMujeres/ProtocoloMarco/home1.htm> [última consulta, el 1 de diciembre de 2013].

El Reciente Protocolo de protección de las víctimas de trata de seres humanos de Cataluña<sup>1063</sup> de forma más amplia identifica y describe los recursos asistenciales de la Generalitat de Cataluña, de la administración local y de organizaciones y entidades con experiencia acreditada a las víctimas de trata. Al igual que ocurre en el ámbito estatal la gran parte de los servicios ofrecidos por organizaciones se dirigen a mujeres víctimas de trata o en el contexto de la prostitución, una organización ofrece atención a inmigrantes víctimas de violación de los Derechos humanos y tortura (EXIL), otra a refugiados y asilados (CCAR. Comissió Catalana d'ajuda al refugiat) y otra a menores (ACIM-ECPAT. Associació Catalana per la infància maltractada). Servicios a los que se unen los prestados por la administración catalana a través del Institut Català de les Dones mediante el Servicio contra la violencia machista y las Oficinas de información y atención a las mujeres que ofrecen servicios de asesoramiento jurídico y atención psicológica, tanto de la Generalitat como de los municipios con más de 20.000 habitantes. Por el contrario la asistencia a víctimas de trata con fines de explotación laboral se identifica con el asesoramiento jurídico gratuito que las organizaciones sindicales prestan con carácter general a todos los trabajadores, y con los servicios que se ofrecen a los extranjeros a través del Servicio de Atención a los inmigrantes, extranjeros y refugiados (SAIER). Mientras que los menores recibirán protección y asistencia a través de la Dirección General de Atención a la Infancia y adolescencia (DGAI).

Mención especial merece, la asistencia sanitaria, tras las últimas reformas efectuadas por el Ejecutivos. La Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, en la redacción dada por las recientes reformas operadas en materia de asistencia sanitaria por el Real Decreto-ley 16/2012 de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, se establecen una serie de requisitos a cumplir para ostentar la condición de asegurado, reconociéndoles a ellos y, eventualmente a sus beneficiarios<sup>1064</sup>, la asistencia sanitaria en España con cargo a fondos públicos a través del Sistema Nacional de Salud. Esta condición de asegurado la ostentarán los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia, los pensionistas o perceptores de cualquier otra prestación de la seguridad social, así como aquellas personas que habiendo agotado la prestación o subsidio por desempleo figure inscrito como demandante de empleo. En el supuesto de cumplir alguno de estos requisitos, los españoles o ciudadanos europeos, así como los extranjeros residentes regularmente en España ostentará la condición de asegurado siempre que acrediten que no superan

---

<sup>1063</sup> Protocolo de protección de las víctimas de trata de seres humanos de Cataluña, de 17 de octubre de 2013. Disponible en [www.gencat.cat](http://www.gencat.cat)

<sup>1064</sup> Ostentarán la condición de beneficiarios de un asegurado, siempre que residan en España, el cónyuge o persona con análoga relación de afectividad, que deberá acreditar la inscripción oficial correspondiente, el ex cónyuge a cargo del asegurado, así como los descendientes a cargo del mismo que sean menores de 26 años o que tengan una discapacidad en grado igual o superior al 65%.

el límite de ingresos determinado reglamentariamente, que asciende a 100.000 euros, de acuerdo con el RD 1192/2012, de 3 de agosto.

En el resto de supuestos la prestación sanitaria se obtendrá mediante el pago de la contraprestación o mediante el pago de la cuota derivada de la suscripción de un convenio especial. Se produce, por tanto, una exclusión de los extranjeros en situación irregular en el acceso a la asistencia sanitaria, situación en la que se encontrarán muchas de las víctimas del delito de trata de personas.

Tan sólo se prevé una excepción a esta exclusión de los extranjeros en situación irregular, reconociéndoles el derecho a recibir asistencia sanitaria de urgencia por enfermedad grave o accidente, así como a recibir asistencia al embarazo, parto y postparto. Únicamente los menores de 18 años recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.

No obstante, determinadas Comunidades Autónomas como Cataluña han establecido excepciones más amplias. Así el CatSalut da acceso a al sistema de salud catalán a todas las personas extranjeras sin recursos que se encuentren empadronadas en Cataluña, con independencia de su situación administrativa. El cumplimiento de una serie de requisitos, entre los que se incluye el empadronamiento durante los tres meses anteriores a la solicitud<sup>1065</sup>, permite a los extranjeros sin residencia legal acceder a una serie de prestaciones<sup>1066</sup>. Cuando el empadronamiento sea de un año en Cataluña, se amplían las prestaciones a las que se puede tener acceso, únicamente en la Comunidad autónoma de Cataluña, añadiendo la atención sanitaria especializada programada. A pesar de esta ampliación lo cierto es que sigue excluyéndose a un gran número de víctimas de trata, pues el requisito del empadronamiento, aunque sea por un período de tres meses, no siempre podrá cumplirse.

---

<sup>1065</sup> Estos requisitos son: 1) Tener una suma de ingresos de la unidad familiar inferiores a la cuantía correspondiente a la renta básica para la inclusión y protección social de acuerdo con la normativa reguladora; 2) No tener la condición de asegurados o beneficiarios del SNS; 3) Documentación acreditativa de su identidad: pasaporte u otros.; 4) Estar empadronadas en cualquiera de los municipios de Cataluña por un periodo continuado, al menos, de tres meses inmediatamente anterior a la presentación de la solicitud; 5) No tener acceso a la asistencia sanitaria de cobertura pública a cargo de otra entidad diferente del Servicio Catalán de la Salud; 6) Firma del documento establecido que autoriza al CatSalut a verificar los datos declarados y comprobar su veracidad.

<sup>1066</sup> Estas prestaciones son: 1) La atención urgente que incluye el transporte sanitario urgente; 2) Las prestaciones de los programas sanitarios de interés para la salud pública que establece el Departamento de Salud como son la atención a las drogodependencias, la prevención y la atención al sida / infección por VIH, la prevención y el control de las infecciones de transmisión sexual, el programa infancia con salud incluidas las vacunaciones, la prevención y el control de las enfermedades transmisibles, como la tuberculosis, la hepatitis, la meningitis, etc., el programa de seguimiento del embarazo y los cribados relacionados; la prestación farmacéutica a los programas, y también otros programas que determine el Departamento. Así como la atención primaria y la atención farmacéutica, abonando el 40% del precio de los medicamentos prescritos en la atención primaria. Finalmente, la atención especializada se autorizará excepcionalmente en caso de gravedad o riesgo vital para la persona.

Si bien la Ley 16/2003 no hace referencia en ningún momento a las víctimas de trata, sí es posible encontrar esa referencia en el RD 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema nacional de Salud. Especialmente en la Disposición adicional quinta de este Real Decreto, modificada por el Decreto 576/2013, de 26 de julio<sup>1067</sup>, se reconoce a las víctimas de trata de seres humanos cuya estancia temporal en España haya sido autorizada durante el período de restablecimiento y reflexión, mientras permanezcan en esta situación, el acceso a la cartera común básica de servicios asistenciales del Sistema nacional de salud<sup>1068</sup>. Proporcionando, además, la atención médica o de otro tipo, a las víctimas con necesidades especiales.

Esta normativa restringe en exceso la atención sanitaria de las víctimas de trata de personas reconociéndola desde el momento en el que se encuentren en el período de restablecimiento y reflexión. Al margen queda la posible asistencia sanitaria a estas víctimas antes del reconocimiento del período de restablecimiento. Se excluye, por tanto, a un elevado número de víctimas que desde el mismo momento de su detección y con anterioridad a cualquier posible reconocimiento del período de reflexión necesitan atención médica, a lo que se añade el ínfimo número de víctimas que en la práctica acceden a este período.

La normativa internacional y europea obliga a prestar asistencia a la víctima desde que existan indicios de que pueda ser considerada como víctima de trata, por tanto, antes de que se le reconozca el período de reflexión. Es por ese motivo que las disposiciones previstas en la legislación nacional sobre asistencia sanitaria a este tipo de víctimas no son suficientes.

Tanto en materia de asistencia social y sanitaria es necesaria una profunda reforma del sistema público establecida. Desde un punto de vista de la atención médica es necesario que se reconozca ésta a todas las víctimas desde momentos iniciales y, por tanto, con anterioridad al reconocimiento del período de restablecimiento, así como en los casos en que a pesar de haber sido identificada como potencial víctima no se le ha reconocido el mismo.

---

<sup>1067</sup> Decreto 576/2013, de 26 de julio, por el que se establecen los requisitos básicos del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria a personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud y se modifica el RD 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.

<sup>1068</sup> El art. 8 bis introducido por el número dos del art. 2 del Real Decreto- Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, incluye en esta *cartera* común básica todas las actividades asistenciales de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación que se realicen en centros sanitarios o socio-sanitarios, así como el transporte sanitario urgente, cubiertos de forma completa por financiación pública.

En materia de asistencia social, el Estado debe realizar una importante labor de reestructuración y actualización de los servicios públicos ofrecidos, incluyendo entre sus destinatarios a todas las víctimas de trata con independencia de su situación administrativa o sexo, así como de la finalidad perseguida por la trata. La adopción de protocolos de derivación de las víctimas a los servicios asistenciales y sociales es una necesidad.

Además, respecto a los servicios ofrecidos las organizaciones especializadas aunque no se pueda dudar de la importante labor que en materia de asistencia a víctimas realizan estas organizaciones y la ferviente lucha que protagonizan para el reconocimiento efectivo de los derechos de las víctimas de la trata de seres humanos, lo cierto es que el hecho de que la prestación de atención social sea prestada, principalmente por organizaciones no gubernamentales presenta algunas problemas. Así, para la prestación de estos servicios sociales las entidades realizan en la mayoría de casos un informe sobre el nivel de urgencia y vulnerabilidad de la víctima y en función de esta valoración se otorgan prestaciones tan fundamentales como la acogida. Cada entidad tiene sus propios procedimientos internos para identificar a una víctima como tal, los servicios a prestar, los criterios de valoración y la conveniencia de asistir a la víctima en base a los principios y objetivos de la entidad, sin que exista un procedimiento estándar a nivel nacional. Sin entrar en la calidad de los servicios prestados, la cualificación y experiencia del personal en la materia, criterios de actuación o los criterios de valoración utilizados.



## CAPÍTULO VII

### CONCLUSIONES

**Primera.** La trata de seres humanos y la esclavitud son fenómenos distintos pero intrínsecamente vinculados que no deben confundirse. Los antecedentes históricos de la actual trata de personas se remontan a la trata de esclavos y la trata de blancas, si bien la actual sociedad globalizada y la universalización de los derechos humanos le otorgan sus rasgos distintivos.

Sin embargo, y salvadas las diferencias, estas antiguas tipologías de trata sirven como elemento de referencia para contextualizar la trata de seres humanos. Si entendemos la trata de esclavos como un auténtico comercio en el que las personas constituyen el objeto de negocio principal -incluyendo en tal actividad también los actos previos a la esclavización de la persona como pueden ser la captura o adquisición de la persona para esclavizarla-, estamos identificando ya algunos de los comportamientos propios de la trata en la actualidad. En efecto, si el término esclavo utilizado para definir la trata de esclavos lo sustituimos por el más genérico “persona”, las similitudes entre las conductas son una realidad. Así entendida, la actual proscripción internacional de la trata de seres humanos en esencia busca impedir el comercio de personas en una estrategia global de efectiva abolición de la esclavitud en todas sus formas.

Desde esta perspectiva, no debe extrañar que desde instancias internacionales y europeas se califique la trata de seres humanos como la nueva esclavitud del siglo XXI, pues tal aseveración no es más que una respuesta a la necesidad de reformular o actualizar expresiones que han quedado desfasadas, tales como la trata de esclavos, la trata de blancas o la esclavitud. Por eso no debería extrañarnos que muchas de las conductas que de forma generalizada se identifican con la trata de personas sean en realidad situaciones, tradicionalmente vinculadas a la esclavitud o servidumbre.

Del presente estudio sobre la trata debe concluirse que la trata de seres humanos forma parte de un proceso de esclavización, y que la esclavitud es la forma más grave de explotación y degradación del ser humano que implica la negación de la dignidad humana. No obstante, aunque la esclavitud se encuentra en el origen de la trata de seres humanos, existen algunas diferencias entre ambas actividades, si por un lado, la trata se percibe como algo posterior a la propia reducción de una persona a esclavitud, pues el comercio se produce con personas ya sometidas a esclavitud, por otro lado, la propia trata puede entenderse a su vez como un proceso hacia la esclavitud al convertir a la persona en mercancía.



**Segunda.** Tratándose de un fenómeno delictivo con un origen tan antiguo y que ha sido objeto de numerosos Tratados internacionales que obligan a su tipificación es paradójico que durante mucho tiempo no existiese en nuestro ordenamiento penal un delito de estas características encargado de sancionar penalmente no sólo la trata de personas, o alguna de sus antecesoras, sino tampoco la reducción y sometimiento de una persona a esclavitud. Por ese motivo debe valorarse como acertada la decisión del Legislador español de incorporar a nuestro ordenamiento jurídico penal la preocupación por estas execrables conductas que deben avergonzar a toda la humanidad mediante la inclusión del nuevo art. 177 bis del Código Penal. De esta forma, la trata de seres humanos deja de vincularse con la inmigración irregular para vincularse, al menos formalmente con la dignidad humana, permitiendo diferenciar dos fenómenos criminales distintos, la trata de seres humanos y el tráfico de personas.

Asimismo, la referida diferenciación debería conllevar que el argumento de la lucha contra la mercantilización del ser humano dejase de ser utilizado para justificar la permanencia en el Código Penal de un delito, previsto en el art. 318 bis CP, cuya finalidad es puramente luchar contra la inmigración irregular imponiendo penas desproporcionadas y cuyo mantenimiento en nuestro Código Penal es y debe ser objeto de crítica doctrinal

**Tercera.** Con la introducción del delito de trata de seres humanos en 2010 puede mantenerse que el Legislador español ha cumplido, en lo que a la obligación de tipificación se refiere, con las obligaciones internacionales y europeas incriminando el delito de trata de seres humanos en términos muy similares a los que conceptualizan el fenómeno en estos instrumentos. Sin embargo, la influencia de estas disposiciones supranacionales se ha materializado con una muy criticable técnica legislativa consistente en la directa transcripción de las disposiciones internacionales y europeas, incurriendo en una notable dejación de las funciones legislativas por parte del Estado.

En este sentido, si no queremos que ciertas expresiones como la de SCHÜNEMANN que califica al Legislador penal nacional con un “Lacayo de Bruselas”, se hagan realidad, nuestro Legislador nacional debe ir más allá de la mera transcripción literal o cuasi literal de las disposiciones europeas y adaptar su sentido al ordenamiento jurídico español, que responde a una lógica, tradición y peculiaridades propias. Téngase en cuenta que en ningún caso las directivas europeas obligan a una transcripción literal de los preceptos, sino a una armonización de las disposiciones penales. Desde esta perspectiva, la armonización pudiera ser una meta deseable. Por el contrario, la completa homogenización de disposiciones penales no lo es en absoluto, pues prescinde de las tradiciones jurídicas propias de cada Estado, pudiendo provocar efectos no deseados.

De hecho el propio Legislador europeo es en ocasiones más respetuoso con tales tradiciones jurídicas que el propio Legislador nacional, tal y como ocurre en determinados aspectos controvertidos, como es el caso de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, donde las directivas europeas aluden expresamente a los principios propios de cada ordenamiento penal para flexibilizar las obligaciones derivadas del derecho comunitario.

Partiendo de ese marco internacional y europeo, el Legislador nacional cuando procede a la concreta tipificación del delito en el ordenamiento penal español, debería reflexionar sobre las reales obligaciones existentes, el alcance de las mismas, la individualización de los concretos comportamientos que merecen ser perseguidos y sancionados penalmente y el catálogo de delitos ya existentes. De otra manera, serán constantes en el ámbito interno los problemas interpretativos, las innecesarias duplicidades y los problemas concursales.

**Cuarta.** Precisamente estos problemas se encuentran presentes en el delito de trata de seres humanos. A pesar de que la reforma conlleva una importante mejora en relación al tratamiento penal otorgado con anterioridad, y un cumplimiento de las obligaciones internacionales, la solución adoptada por el Legislador puede considerarse insatisfactoria. La concreta tipificación efectuada del delito no puede librarse de crítica, pues genera interrogantes sobre el bien jurídico-penalmente protegido, el alcance de las conductas típicas, la delimitación con los propios subtipos agravados y respecto de otros delitos relacionados, así como en relación con el elevado marco penal previsto.

La trata de seres humanos entendida como el comercio de personas o como proceso hacia la esclavitud se relacione con un elemento esencial e inherente a todo ser humano, la dignidad. Es precisamente esta dignidad el bien jurídico que debería ser objeto de protección en el tipo penal. A pesar de las dificultades para dotar de contenido a la dignidad humana y su configuración como valor supremo del ordenamiento, es un bien jurídico susceptible de protección penal autónoma, pues aunque de ella deriven una serie de bienes jurídicos que ya son objeto de protección en el Código Penal, es posible identificar en la dignidad un resquicio, algo distinto a todos ellos, la esencia humana, que no puede ser abarcada por los derechos que le son inherentes. Por ese motivo, aunque existen innegables dificultades para positivizar el contenido propio de este bien jurídico, sí es posible extraer una serie de conductas que atentan contra ella y que son susceptibles de tipificación penal. Entre estas conductas se encuentra la esclavitud o la trata de personas, cuyo desvalor implica un atentado de tal envergadura a la vida y libertad en todas sus facetas, que tal sólo una alusión a la dignidad humana permite abarcarlo en su totalidad.

Sin embargo, fundándose en la protección de la dignidad el Legislador ha previsto como conductas típicas del delito de trata una multitud de comportamientos, tales como la captación, el traslado, transporte, recepción, acogimiento y el alojamiento, que tal y cómo se encuentran configurados no poseen el desvalor necesario para adquirir la calificación de delito autónomo.

El inexcusable olvido del Legislador a la hora de tipificar el delito de la conducta consistente en el intercambio o cesión del control de la víctima, así como del correspondiente medio comisivo consistente en el pago o entrega de beneficios económicos, pone de manifiesto cual es el verdadero alcance de la conducta típica. El comercio o la “compraventa” de personas no se sitúan en el plano central del tipo penal sobre el que deberían girar las restantes conductas, sino que desaparece del mismo. Únicamente si entendemos que la captación, el traslado y el alojamiento en determinadas circunstancias y con ciertas finalidades son formas de “tratar” o “comerciar” con personas, como fases de un proceso de mercantilización y negociación, puede entenderse protegida la dignidad humana. Por el contrario si se prescinde de la conducta vertebradora, las restantes conductas previstas se constituyen como partes de un proceso, en este caso de traslado de la víctima de un lugar a otro, lo que carece de la relevancia necesaria para constituirse en delito autónomo.

En mi opinión es ésta la situación ante la que nos encontramos cuando se analizan los diferentes elementos que integran la conducta típica. Los comportamientos punibles tienen como punto de referencia el traslado y la finalidad de explotación perseguida por el autor. De esta forma el Legislador mantiene una visión trafiquista del fenómeno, centrada en el traslado de las personas y no en el atentado a sus derechos y a su dignidad. Conclusión que era posible intuir de una lectura superficial del tipo penal, que al incluir un elemento territorial, que si bien no implica una restricción de los sujetos pasivos del delito por razón de su nacionalidad, si muestra la auténtica preocupación del Legislador. Evitar la llegada a territorio español de potenciales víctimas, principalmente extranjeras, es nuevamente una de las finalidades perseguidas con la tipificación del delito, en lugar de prevenir un conducta que *per se* implica una lesión de la dignidad humana como es el comercio de personas.

**Quinta.** El Legislador centra la conducta en el traslado y la finalidad de explotación del sujeto activo. La referencia que el tipo penal realiza a los trabajos forzosos, la esclavitud y prácticas análogas, convierte a estas graves formas de explotación del ser humano en el referente para identificar el bien jurídico afectado con las conductas de trata, pues las restantes finalidades consistentes en la explotación sexual y extracción órganos son manifestaciones concretas de la primera, exigiéndose que todas ellas sean equivalentes en términos de lesividad.

**Sexta.** El marco penal previsto en el tipo básico me parece excesivo y totalmente desproporcionado en los subtipos agravados. La decisión de fijar un marco penal de cinco a ocho años de prisión para el delito de trata va más allá de lo obligado por la propia Directiva 2011/36 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos que exige que la pena máxima para el tipo básico sea de al menos de cinco años de prisión, debiendo ascender a 10 años de pena privativa de libertad en los subtipos agravados. Cumple sobradamente el Legislador español con las exigencias de pena impuestas por el derecho de la Unión Europea.

**Séptima.** Relacionados con la naturaleza del delito y el marco penal impuesto, se encuentran los problemas concursales que ha generado la reforma penal al incluir sin una previa reflexión el delito de trata de seres humanos en el catálogo de delitos previstos en nuestro código penal.

Por un lado, la explotación, que debe ser equivalente al menos a la esclavitud, prácticas análogas o trabajos forzosos, fin último de la trata de seres humanos, implican un claro atentado a la dignidad de las personas, su total instrumentalización, que debería tener prevista una pena mayor o al menos de la misma gravedad que la prevista para el delito de trata de seres humanos. De otra forma, parece que el Legislador se centra en cumplir formalmente con los mandatos internacionales pero sin que exista una auténtica preocupación por evitar que las personas sean sometidas a explotación

Por otro lado, la incoherencia interna del texto penal en el tratamiento de la trata de seres humanos se hace patente si atendemos a otras conductas delictivas que coexisten con el delito de trata de seres humanos, tipificando manifestaciones concretas de trata de personas, especialmente referidas al tráfico de menores, con finalidades diversas, tales como la mendicidad, la adopción ilegal o la pornografía. La trata de seres humanos mantiene una relación de género a especie, con otros delitos como el tráfico de menores con fines de adopción ilegal, con fines de mendicidad o con la captación de menores o incapaces con fines exhibicionistas o pornográficos. La relación de especialidad existente entre ellos, obligaría a la aplicación de estas concretas modalidades de trata de personas en lugar del delito general. Pero como consecuencia del marco penal previsto para estos delitos, la aplicación de la regla de especialidad encargada de resolver este concurso de normas produciría un claro privilegio penológico para el sujeto activo del delito, pues se le impondría por la comisión de un delito más concreto y especial una pena muy inferior a la prevista para el delito de trata, lo que carece de explicación tanto desde un punto de vista dogmático como político-criminal.

**Octava.** Estas inconsistencias que se producen en relación con la tipificación del delito no son exclusivas del ámbito penal, sino que se extienden a otras facetas del

ordenamiento jurídico generando un elevado grado de incertidumbre en relación con la protección de la víctima.

Un fenómeno tan complejo como la trata de seres humanos y su estrecha vinculación con la esclavitud obligaría a seguir una estrategia centrada en los derechos humanos de las víctimas. Ello requiere, a su vez, un tratamiento multidisciplinar y completo dirigido a asegurar la protección de las víctimas, siendo imprescindible que las distintas medidas adoptadas sean coherentes entre sí, complementarias, y que cumplan con la finalidad última del sistema, garantizar los derechos de las víctimas.

Por ello, es prioritario poner fin a la visión parcial de la trata de seres humanos, para adquirir una visión de conjunto del fenómeno, pues en mi opinión es esta parcialidad el origen de muchos de los problemas que en la práctica se pueden constatar. No es suficiente con introducir mecanismos en algunos instrumentos legales de forma inconexa, es necesario que éstos se complementen. El gran número de instrumentos y medidas que pueden adoptarse específicamente para las víctimas de trata de seres humanos, así como aquellas que sin dirigirse específicamente a las mismas le son aplicables, obliga a actuar con prudencia para que cualquier reforma no desestabilice el sistema perjudicando a las víctimas.

En España, se han producido importantes avances en materia de protección y asistencia de las víctimas, pero todavía es mucho el trabajo que queda por realizar para adaptarse a los estándares mínimos exigidos para la protección de la víctima de trata. Han sido algunos los aciertos del Legislador en materia de protección de la víctima, como el amplio reconocimiento que realiza del derecho a la asistencia jurídica gratuita a las víctimas de trata de seres humanos. Sin embargo, en otros ámbitos de gran relevancia, o no se han realizado las reformas oportunas o bien éstas reformas son insatisfactorias e insuficientes para garantizar los derechos que las víctimas de este delito tienen reconocido en el ámbito internacional y europea.

**Novena.** Para empezar, son nulas las medidas adoptadas en la legislación procesal penal para proteger a las víctimas de este delito durante el proceso penal y evitar su revictimización.

Por un lado, las medidas policiales previstas en la Ley de testigos protegidos son insuficientes no sólo para garantizar a la víctima un nivel óptimo de seguridad sino también para otorgarle un contexto adecuado que fomente y favorezca su colaboración con la justicia. Si la seguridad de la víctima y sus familiares no está garantizada con qué autoridad puede exigírsele una plena colaboración con la justicia y un compromiso con la persecución del delito. Es imprescindible no sólo un desarrollo de la Ley de Testigos Protegidos tendente a articular un auténtico programa de protección de los mismos y unos mecanismos mínimos para garantizar que su

presencia en la administración de justicia no implique un aumento de su sufrimiento, sino también la aportación de recursos económicos, materiales y humanos a este fin. Así como la adopción de acuerdos de cooperación y colaboración con terceros estados, en determinadas situaciones, principalmente, cuando el delito se ha realizado en el marco de una organización criminal de carácter transnacional, para articular la protección de aquéllos familiares de la víctima que puedan ser objeto de represalias.

Dicho esto, cualquier modificación en las medidas procesales debe ser cautelosa, pues no podemos olvidar que es necesaria una adecuada ponderación de los intereses en juego, el derecho de la víctima a no verse amenazada y el derecho del acusado a un juicio con todas las garantías. La aceptación de los testigos anónimos, presenta importantes conflictos constitucionales en cuanto pueden afectar al derecho de defensa del acusado, por lo que su generalización a todas las víctimas no parece lo más adecuado, siendo necesario atender a las circunstancias concurrentes en cada caso. Por el contrario, en algunos casos la utilización de la prueba preconstituida, con todas las garantías, puede ser un mecanismo adecuado para proteger a la víctima. Sería contraproducente para su recuperación que se viese obligada a permanecer en España cuando su voluntad es retornar a su país de origen, en aras de la colaboración con la justicia.

Finalmente, no tiene justificación la exclusión de un importante número de víctimas de trata del ámbito de aplicación de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual. Debe modificarse esta Ley, o al menos su reglamento de desarrollo, para permitir el acceso a estas ayudas públicas a un número de víctimas de trata que en la actualidad se ven excluidas del mismo como consecuencia de su situación administrativa irregular o por la concreta modalidad de trata de seres humanos de la que ha sido víctima.

**Décima.** Un ejemplo de la criticada aproximación fragmentaria a la trata, nos lo ofrece la inicial vinculación entre trata de seres humanos e inmigración irregular, así como la excesiva preocupación por este último fenómeno. Esta asociación conceptual explica por qué las primeras y más profundas reformas para la protección de la víctima se han producido en el marco de la legislación de extranjería.

En efecto, en la legislación de extranjería se reconoce a la víctima, por una parte, el derecho a un período de restablecimiento y reflexión y, por otra, se introduce la posibilidad de acceder a una autorización de residencia y trabajo de cinco años cuando se cumplan determinados requisitos exigidos, así como la posibilidad de solicitar el retorno asistido.

Estas novedades se justifican por la especial necesidad de proteger a la víctima extranjera en situación irregular, que se encuentra totalmente desamparada. Estos

mecanismos de protección de la víctima extranjera en situación irregular deben ser valorados positivamente, al menos desde un punto de vista formal, pues en la práctica el reducido número de períodos de restablecimiento y autorizaciones de residencia y trabajo que se han concedido desde su establecimiento en 2009, muestra un panorama preocupante. Mientras que los mecanismos previstos parecen adecuados para cumplir con su finalidad de protección de la víctima, la realidad constata que existen múltiples problemas que impiden el acceso de las víctimas a estas autorizaciones y a los derechos que de ella se derivan.

**Undécima.** En el fondo, el riesgo para la víctima de ser nuevamente revictimizada no proviene de la ausencia de regulación específica sino de la existencia de un problema del propio sistema. Con anterioridad, tanto a la reforma penal de 2010 como a la reforma de extranjería de 2009, se aducía la ausencia de una tipificación y legislación específica en la materia como explicación de la falta de investigaciones policiales, ausencia de condenas penales, así como de la desprotección de las víctimas.

No obstante, en este momento, iniciado ya el camino para la protección de la víctima es necesario comprobar dónde están las fallas del sistema para ponerle solución

**Duodécima.** Uno de esos problemas se encuentra en la fase previa de identificación de las víctimas. De nada sirve el establecimiento de un completo sistema de protección de las víctimas si el procedimiento de identificación no es el adecuado o los competentes para proceder a su realización no poseen la formación y capacitación necesaria para ello.

La relevancia de una adecuada identificación se plasma en los casos de víctimas extranjeras, en el hecho de que una inadecuada identificación de la víctima acarree la aplicación de la legislación de extranjería, con todo su potencial restrictivo y sancionador. La consideración de la víctima de trata como un inmigrante irregular susceptible de expulsión del territorio, permite despreocuparse de su situación, de la restauración de sus derechos y del posible peligro de revictimización a su vuelta al país de origen donde puede continuar sometida a la voluntad de los tratantes. Por ello, considerarse el establecimiento de un adecuado procedimiento para la identificación de la persona como víctima o potencial víctima, pues éste constituye el elemento central de todo el sistema de protección desplegado legislativa e institucionalmente.

**Decimotercera.** A las dificultades derivadas de la identificación de las potenciales víctimas, se unen las propias del procedimiento legalmente establecido para la regularización de la víctima. Se trata de un proceso largo y confuso, que se estructura en múltiples fases, tales como la identificación, el reconocimiento del período de reflexión, la exención de responsabilidad administrativa y, por último la

correspondiente concesión o denegación de la autorización de residencia y trabajo, presididas todas ellas por el amplio margen de discrecionalidad que se reconoce al competente para la resolución.

Algunos aspectos de la nueva regulación deben valorarse positivamente, como la decisión del Legislador de introducir una autorización de residencia y trabajo de cinco años que permitirá enlazar, incluso durante su vigencia, con una autorización de larga duración. Así como, la posibilidad de acceder a una autorización provisional durante la sustentación del procedimiento administrativo de concesión y la extensión de la protección y regularización a los hijos menores y mayores de edad discapacitados que se encuentren con la víctima en España. Sin embargo, estas medidas son insuficientes, deberían completarse con una relativización del requisito de colaboración con las autoridades y una mayor relevancia de la situación personal de la víctima para la obtención de la autorización. El papel de las organizaciones especializadas así como los posibles informes que emita al respecto el Ministerio Fiscal debería plasmarse en la ley, para disminuir el amplio margen de discrecionalidad de la administración. Además, sería adecuado que se estableciese, al menos, especificaciones en el régimen de reagrupación familiar tendentes a flexibilizar los requisitos exigidos con carácter general, de difícil cumplimiento para las víctimas de trata.

Con estas medidas se centraría el interés en las víctimas y no en la utilidad que éstas tienen para la persecución y procesamiento del delito. Un adecuado respeto a sus derechos exige, entre otras cuestiones, evitar que se produzca una restructuración familiar. Asimismo estas medidas también facilitarían una mayor colaboración de las víctimas con las autoridades.

**Decimocuarta.** En atención a todo lo anterior, la coordinación y complementariedad de todas y cada una de las medidas que se introduzcan para proteger a la víctima resulta prioritario. Los intereses en juego deben atender a las particularidades de determinadas víctimas y su especial vulnerabilidad.

El concreto establecimiento de vías de regularización de la víctima en la legislación de extranjería ha tenido como consecuencia la conversión del procedimiento de asilo y protección subsidiaria al que podrían acogerse aquellas víctimas en las que concurriesen las circunstancias necesarias para el reconocimiento de la condición de refugiado, en una vía subsidiaria y condicionada a la de extranjería. El derecho internacional humanitario exige que éste sea el mecanismo principal para la protección de los refugiados, como consecuencia de los efectos que se derivan de su reconocimiento. Por ese motivo, deberían seguirse en este punto las directrices marcadas por ACNUR en relación con las víctimas de trata de seres humanos.



**Decimoquinta.** Mientras que a nivel internacional se maneja un concepto amplio de trata de seres humanos, es habitual que la trata de seres humanos se aborde desde una perspectiva sesgada. En España no todas las modalidades de trata son objeto del mismo interés por los poderes públicos y la sociedad. Prueba de ello fue la adopción del Plan integral de lucha contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual que demuestra como la trata de seres humanos únicamente con esta finalidad centra el interés de la administración pública y de las organizaciones especializadas, en detrimento de otras modalidades de trata de seres humanos.

Este tratamiento fragmentario de la trata tiene importantes consecuencias, tanto en la persecución del delito como en las medidas de asistencia previstas para las víctimas del delito. Por ese motivo el fenómeno debe ser abarcado en su globalidad y no sólo alguna de sus manifestaciones.

Por un lado, las estadísticas del Ministerio Fiscal muestran como el número de procedimientos iniciados por un delito de trata de seres humanos con una finalidad genérica de explotación laboral son muy inferiores a aquéllos que poseen una finalidad de explotación sexual. Ello se contrapone con los datos que las organizaciones internacionales aportan sobre el fenómeno y sobre los propios estudios cualitativos que se han realizado en España al respecto, que ponen de manifiesto que esta modalidad de trata no es de carácter residual o anecdótico como podría extraerse de las estadísticas oficiales. Estas estadísticas que muestran una baja incidencia del delito son resultado de esa visión parcial del fenómeno y del especial interés que han desplegado las instituciones públicas en las víctimas de explotación sexual, relegando a un segundo plano a las restantes.

Por otro lado y desde la perspectiva de los servicios sociales y medidas asistenciales previstas para la víctima, nos encontramos, como consecuencia, la ausencia de recursos para aquellas víctimas de trata de personas, cuando se lleva a efecto con una finalidad que no sea de explotación sexual. La aprobación del Plan integral fue el origen de la extensión de una serie de servicios sociales y recursos ofrecidos por las ONG a las víctimas de trata, como alojamiento, manutención, asistencia psicológica, entre otras. Por parte del Gobierno se puso a disposición de estas organizaciones una serie de subvenciones destinadas a la asistencia de estas víctimas. Sin embargo, la circunscripción del Plan integral a la finalidad de explotación sexual tuvo como efecto adverso que todos esos recursos y medios se dirigiesen en exclusiva a las víctimas de trata de seres humanos con fines de explotación sexual, así como a las víctimas de explotación sexual, particularmente, a mujeres que ejerciesen la prostitución, siendo prácticamente inexistente los recursos disponibles para otras víctimas de trata. Se produce así una confusión entre trata de personas con fines de explotación sexual con prostitución, considerando como

víctimas a mujeres que ejercen la prostitución, con independencia de que ésta sea forzada o voluntaria.

**Decimosexta.** Es necesario frenar la constante confusión, en ocasiones buscada, entre trata de seres humanos con fines de explotación sexual y prostitución. La situación de vulnerabilidad de la víctima y la cláusula del consentimiento previstas en el delito de trata de seres humanos han sido interpretados por los defensores de las teorías neoabolicionistas para proceder a esa identificación entre trata con fines de explotación sexual con la prostitución, defendiendo que la trata en realidad implica que toda persona que ejerce la prostitución se encuentra en una situación de explotación, prescindiendo de si ésta ha otorgado su consentimiento al libre el ejercicio de la prostitución. Negando en ciertas circunstancias la capacidad de decisión de ciertas personas, tales como las mujeres inmigrantes en situación de irregularidad administrativa, al entender que se encuentran en una clara situación de vulnerabilidad impidiendo con ello que puedan prestar consentimiento válido.

Una confusión entre trata de seres humanos y prostitución únicamente perjudica a las víctimas de trata de seres humanos. La lucha contra la trata de seres humanos acaba siendo absorbida por una estrategia de lucha contra todo tipo de prostitución que acaba centrando en ésta, el polarizado debate que existe al respecto de ella.

Si la esclavitud y los trabajos forzosos pasasen a un primer plano en la actuación de la Administración, ésta se vería obligada a concretar esfuerzos en estas conductas para paliar las desigualdades existentes entre las víctimas, en materia de asistencia. Prestar una especial atención a estas conductas no implica olvidar a las víctimas de trata explotadas sexualmente. Por un lado, porque estas conductas de explotación sexual así como la esclavitud sexual en todas sus formas, pueden incluirse también en la genérica situación de esclavitud o trabajo forzoso a pesar de poseer una connotación más laboral. Por otro lado, con ello se lograría extender a todas las víctimas de trata el circuito de servicios sociales previsto, con independencia de la explotación a la que sea sometida. No siendo la extensión de estos servicios y medidas asistenciales a todas las víctimas de trata, impedimento para la adopción de medidas específicas y necesarias para asistir de forma completa a las víctimas de explotación sexual, debido a sus particularidades.

**Decimoséptima.** Una vez llevada a cabo la labor interpretativa de los tipos penales vigentes sobre la trata de seres humanos en nuestro ordenamiento jurídico es posible proponer ciertas reformas que podrían mejorar el tipo penal.

A) Debería prescindirse del elemento territorial presente en el tipo penal que conlleva una limitación de la competencia judicial de los tribunales y jueces

españoles, en los términos analizados en el Capítulo III, que no deja de ser una reminiscencia a la anterior tipificación penal de la trata de seres humanos a través del delito de tráfico ilegal de personas.

B) En segundo lugar, deberían eliminarse las reiteraciones terminológicas innecesarias presentes en la definición de las conductas típicas, puesto que transportar y trasladar, así como acoger, recibir y alojar son sinónimos cuyo mantenimiento en el tipo penal únicamente genera problemas interpretativos y de delimitación de cada una de las conductas.

C) Debería incorporarse, también en relación con las conductas típicas, el intercambio o cesión del control de una persona, así como la incorporación como medio comisivo del pago u ofrecimiento de beneficios económicos. Esta conducta típica es especialmente relevante y urgente su incorporación al constituir el núcleo esencial de la trata de seres humanos.

D) Debe procederse a una mejora de la redacción de los subtipos agravados en aras de una mejor identificación del marco penal aplicable. También en relación con los subtipos agravados, especialmente en relación con la minoría de edad y especial vulnerabilidad de la víctima de trata. Ambos subtipos podrían englobarse sin inconvenientes en un único subtipo referido a la “especial vulnerabilidad” de la víctima.

E) Se debería proceder a una revisión del marco penal previsto en el tipo básico del delito de trata de seres humanos del cual dependen, a su vez, los marcos penales resultantes para los subtipos agravados. En este punto, una pena de prisión de cinco años a ocho años de prisión es excesiva, atendiendo a las características del delito y la pena prevista para los concretos delitos de explotación ulterior. Además, no existe impedimento alguno a esta revisión de la pena, pues las disposiciones europeas exigen una pena máxima de al menos cinco años para el tipo básico y de diez años para los subtipos agravados. En cumplimiento de las disposiciones europeas, sería posible reducir la pena de prisión hasta un máximo de cinco años.

F) Urge poner fin a las diferencias penológicas injustificadas que se han identificados al analizar el tratamiento penal que se otorga a la trata de seres humanos en nuestro Código Penal a través de tipos penales dispersos que responden a modalidades concretas del fenómeno. En delitos específicos respecto al fenómeno más genérico de trata de seres humanos, como el tráfico de menores o incapaces, con la finalidad de utilizarlo para el ejercicio de la mendicidad o la captación de menores o incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, debe tenerse especial cuidado como consecuencia del solapamiento normativo existente evitando que las penas previstas para ellos sean inferiores a las previstas para el delito de trata

de seres humanos, siendo aconsejable de *lege ferenda* que estas formas específicas de trata desapareciesen.

Finalmente, valdría la pena proceder a una reconsideración de los delitos de explotación posterior, tanto laboral como sexual. En cuanto estos delitos implican una lesión del bien jurídico penalmente protegido en la trata de seres humanos, al menos estos delitos deberían tener previsto un marco penal equiparable al de la trata de seres humanos.

G) Sin embargo, la reforma que considero más adecuada no es aquella que se limita a solventar algunas de las deficiencias técnicas que han podido constatarse durante la elaboración de esta tesis, sino aquella que pase por un cambio de visión sobre este fenómeno criminal dirigida a atender a la auténtica relación existente de este delito con otros asociados, centrandó la actuación en los derechos de las víctimas.

En el caso español, la concreta tipificación realizada del delito de trata de seres humanos gira en torno a la conducta consistente en el traslado de la personas en determinadas circunstancias y para los fines previstos. Debe dejarse claro que la trata de seres humanos no es únicamente un delito instrumental de los posteriores delitos de explotación, situando la atención en momentos previos a la consumación del concreto delito de explotación. Si la captación, el traslado y el alojamiento de la víctima en determinadas circunstancias y con la finalidad de someterla a explotación, son las conductas que centran el interés del Legislador, no sería necesaria la tipificación autónoma del mismo. Existe en el ordenamiento tipos penales aplicables a aquellos casos en los que se produce la retención de una persona en un lugar para explotarla sexualmente, así como la captación forzada, pudiendo incurrir el autor de estos hechos en un delito contra la libertad o de un delito relacionado con la explotación sexual. Por ello, la captación de una persona, su traslado o alojamiento en contra de su voluntad con una ulterior finalidad de explotación no deberían implicar una automática aplicación del delito de trata de seres humanos, sino que lo relevante sería que todas esas conductas se dirigiesen a comerciar con la personas.

Por ese motivo propongo que el delito de trata de seres humanos quede restringido a aquellas conductas que impliquen un comercio con personas, por lo que el intercambio, compraventa y cesión del control de personas deberían configurarse como las conductas típicas clave. La captación, el traslado o el alojamiento de la persona que ha sido objeto de comercio quedarían integradas en la conducta con mayor desvalor, consistente en la auténtica comercialización y cosificación del ser humanos.

Por otro lado, esta reforma debería ir acompañada de una inmediata incorporación de un delito autónomo de reducción y mantenimiento en situación de esclavitud o prácticas análogas a la misma, así como de trabajos forzados.

Los delitos genéricos contra los derechos de los trabajadores cumplen actualmente la función de sancionar penalmente estas graves formas de explotación. Sin embargo, estos delitos contra los derechos de los trabajadores no abarcan el desvalor de una conducta como la mencionada, pues en la esclavitud únicamente se atenta contra los derechos laborales de forma indirecta o secundaria centrándose el desvalor de la conducta en el total sometimiento de una persona a otra, negando su autodeterminación y libre desarrollo.

Estas conductas implican un claro atentado a la dignidad de la persona pues conllevan un total sometimiento de la persona a la voluntad de otra, produciéndose la afectación a un bien jurídico de naturaleza penal de tanta relevancia y esencialidad como es la dignidad humana, que deberían tener su plasmación en la incorporación de un delito de esta naturaleza en nuestro Código penal. Además, con esta decisión se pondría énfasis en la conducta más grave de explotación y no en estadios previos a la misma con conductas que responden a momentos más alejados a la lesión del bien jurídico.

Las diferencias cualitativas existentes entre la esclavitud, los trabajos forzados y la explotación laboral en sentido estricto, debería plasmarse en una tipificación acorde con los diferentes desvalores de las mismas. Los delitos contra los derechos de los trabajadores, como cajón de sastre, que permiten incluir conductas muy dispares en cuanto a la afectación a bienes jurídicos, no pueden ser una solución adecuada a la esclavitud o a los trabajos forzados. Todo ello hace imprescindible que el Legislador incrimine sin más demora aquellas conductas que implican un auténtico y claro atentado a la dignidad como es la esclavitud, prácticas análogas a la misma y trabajos forzados de forma autónoma.

Con esta incriminación algunos de los problemas que se identifican en la aplicación del delito de trata de seres humanos desaparecerían, pues de hecho algunas de las conductas que tanto en el ámbito internacional como nacional se identifican con la trata de personas son en realidad claros casos de sometimiento a esclavitud o servidumbre por deudas, debiéndose proceder a su castigo mediante el correspondiente delito y no por el delito de trata de seres humanos.

H) Además, debería replantearse la existencia del delito de favorecimiento de la inmigración clandestina o tráfico ilegal de personas. Debido al carácter formal del delito y al bien jurídico protegido que no puede adquirir la calificación de penal éste debería ser eliminado del catálogo de delitos incluidos en el CP. Su

mantenimiento en el CP tan sólo puede defenderse desde un punto de vista del cumplimiento de las obligaciones internacionales y comunitarias, no desde un punto de vista dogmático. Por ese motivo la penalidad del tipo básico debería reducirse al mínimo imprescindible con una pena que debería reducirse a los tres meses de prisión o multa.

Una tipificación como la aquí propuesta, creo que daría una mayor coherencia al sistema penal, siendo más respetuosa con los principios fundamentales del Derecho penal, tales como la exclusiva protección de bienes jurídicos, lesividad, antijuricidad y *ultima ratio*.

I) Además de las reformas propuestas en el ámbito penal, creo prioritario realizar reformas también en otros ámbitos del ordenamiento para intentar solventar las deficiencias que han podido identificarse en el sistema de protección y asistencia a las víctimas. Principalmente en lo que a la protección de testigos se refiere, a la reparación de las víctimas y en el ámbito de asistencia social.

Todo ello sin olvidar, que no todas las deficiencias en materia de seguridad, asistencia y protección de las víctimas exigen una reforma legal. De hecho las importantes modificaciones efectuadas en la legislación de extranjería son un ejemplo claro de que en ocasiones las dificultades del sistema no provienen de la ausencia de legislación sino de problemas endémicos, como la falta de recursos materiales y personales para hacer frente a la situación o incluso la falta de concienciación del problema, de sensibilización o de formación al respecto de aquellos que están encargados de aplicarlas.



## BIBLIOGRAFÍA

### 1. Monografías

ACALE SÁNCHEZ, María, El tipo de injusto en los delitos de mera actividad, Ed. Comares, Granada, 2000.

BACIGALUPO SAGESSE, Silvina La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Editorial Bosch, Barcelona, 1998.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, Delitos impropios de omisión, [Recurso electrónico], Dykinson, 2005.

BALES, Kevin La nueva esclavitud en la economía global, (trad. Borrajo Castanedo), Ed. Siglo Veintiuno de España Editores, Madrid, 2000.

BARQUÍN SANZ, Jesús, Delitos contra la integridad moral, Ed. Bosch, Barcelona, 2001.

- Los delitos de tortura y tratos inhumanos y degradantes, EDERSA, Editoriales de Derecho Reunidas, 1992.

BECK, Ulrich, La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad, (Traducción de Jorge Navarro, Daniel Jiménez y M<sup>o</sup> Rosa Borrás), Ed. Paidós, Barcelona, 1998.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

- El delito imprudente, 2<sup>a</sup> ed. Ed. B de F, Montevideo-Buenos aires, 2005.

DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto, El delito de trata de personas, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

- El derecho penal como herramienta de la política migratoria, Ed. Comares, Granada, 2009.

DAVID, Fiona, ASEAN and Trafficking in Persons. Using data as a tool to combat trafficking in Persons, OIM, Ginebra, 2007.

DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier, Tráfico de personas e inmigración ilegal, Ed. Tiran lo Blanch, Valencia, 2003.



DE LUCAS, Javier, *Puertas que se cierran. Europa como fortaleza*, Ed. Icaria, Barcelona, 1996.

DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel (Dir.), *Protección y expulsión del extranjero en derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007.

ESCUCHURI AISA, Estrella, *Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica*, Ed. Comares, Granada, 2004.

GALLEGO SOLER, José-Ignacio, *Los delitos de tráfico de drogas II: (un estudio analítico de los arts. 369, 370, 372, 374, 375, 377 y 378 CP, y tratamientos jurisprudenciales)*, Ed. J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1999.

GARCÍA ALBERO, Ramón, *Non bis in idem material y concurso de leyes*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1995.

GARCÍA VÁZQUEZ, Sonia y FERNÁNDEZ OLLALA, Patricia, *La trata de seres humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.

GIDDENS, Anthony, *Sociología*, 5ª edición, (trad. Francisco Muñoz de Bustillo), Alianza Editorial, Madrid, 2006.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *La dignidad de la persona*, (2ª Edición), Ed. Civitas- Thomson Reuters, Navarra, 2011.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *La dignidad de la persona*, (2ª Edición), Ed. Civitas- Thomson Reuters, Navarra, 2011.

GUARDIOLA LAGO, María Jesús, *El tráfico de personas en el derecho penal español*, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007.

GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio, *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005.

HATTON, Timothy J. y WILLIAMSON, Jeffrey G., *Global migration and the world economy. Two centuries of policy and performance*, The MIT Press, Cambridge- London, 2005.

IGLESIA SKULJ, Agustina, *Trata de mujeres con fines de explotación sexual. Análisis político-criminal del Código penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

LAFONT NICUESA, Luis (coord.), *Protocolos sobre extranjería*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *La moderna victimología*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998.

LAURENZO COPELLO, Patricia, *Dolo y conocimiento*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, *Código Penal (adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, (comentarios y jurisprudencia), t (II). Parte Especial. (Artículos 138 a 639)*, Ed. Comares, Granada, 2010.

MAQUEDA ABREU, María Luisa, *Tráfico sexual de personas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José, *La inmigración y el asilo en la Unión Europea*, Ed. Colex, Madrid, 2002.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La inmigración como delito. Un análisis político criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del artículo 318 bis CP*, Ed. Atelier, Barcelona, 2007.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, 6ª edición, Ed. Reppertor, 2002.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte Especial*, 18ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *Los delitos contra la integridad moral*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

OLAIZOLA NOGALES, Inés, *El delito de cohecho*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

ORTUBAY FUENTE, Miriam, *La tutela penal de las condiciones de trabajo: un estudio del artículo 311 del Código penal*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2000.

PÉREZ ALONSO, Esteban, *Tráfico de personas e inmigración clandestina (Un estudio sociológico, internacional y jurídico penal)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, Ed. Comares, Granada, 2004.

PÉREZ FERRER, Fátima, Análisis dogmático y político-criminal de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, [Recurso electrónico] Ed. Dykinson, Madrid, 2006], [última consulta, 20 de diciembre de 2013].

PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel, El delito contra la integridad moral del artículo 173.1 del vigente código penal. Aproximación a los elementos que lo definen, Universidad del País Vasco Servicio editorial, 2005.

POMARES CINTAS, Esther, El derecho penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013

QUERALT JIMÉNEZ, Joan J, *Derecho penal español: Parte Especial*, 6ª Edición, Atelier, Barcelona, 2010.

RODRÍGUEZ MESA, Mª José, La atribución de responsabilidad en comisión por omisión, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005.

- Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, Delitos de peligro, dolo e imprudencia, Servicio de publicaciones facultad de derecho de la Universidad Complutense de Madrid/ Centro de Estudios judiciales, Madrid, 1994.

ROXIN, Claus, Autoría y dominio del hecho en derecho penal, trad. a la 7ª edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2000.

- Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, (Traducción por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesa), ed. Civitas, Madrid, 2006.

SASSEN, Saskia, Guest and Aliens, The New press, New York, 1999.

SEGURA GARCÍA, María José, El consentimiento del titular del bien jurídico en derecho penal, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

SERRANO GÓMEZ, Alfonso y SERRANO MAÍLLO, Alfonso, Derecho penal. Parte especial, 16ª Edición, Ed. Dykinson, Madrid, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María Expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, (3º Edición), Ed. Edisofer, Buenos aire, 2011.

- Aproximación al derecho penal contemporáneo, 2ª edición, Ed. B d F, Montevideo- Buenos Aires, 2010.
- El delito de omisión. Concepto y sistema, Barcelona, 1986.
- El nuevo Código penal: Cinco cuestiones fundamentales, J.M. Bosch Editor, 1997.

SUTCLIFFE, Bob, *Nacido en otra parte. Un ensayo sobre la migración internacional, el desarrollo y la equidad*, Ed. Hegoa, Bilbao.

TORRES DEL MORAL, Antonio, *Principios de derecho constitucional español*, Servicio Publicaciones Facultad Derecho. Universidad Complutense, Madrid, 1998.

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el derecho internacional*”, Ed. Aranzadi, Navarra, 2011.

## **2. Artículos en Revistas y Colaboraciones en obras colectivas**

AEBI, Marcelo F. y LINDE, Antonia, “El misterioso caso de la desaparición de las estadísticas policiales españolas”, *RECPC*, núm. 12-07, 2010, <http://criminet.ugr.es/recpc/> [última consulta, 20 de marzo de 2014].

AGUADO LÓPEZ, Sara, “Lección V. Lesiones “, en BOIX REIG, Javier (Dir.), *Derecho penal. Parte especial. Volumen I. La protección penal de los intereses jurídicos personales (adaptado a las reformas de 2010 del Código penal)*, Ed. Iustel, Madrid, 2010 pp. 143-169.

AJA FERNÁNDEZ, Eliseo, “Introducción. El marco general de los derecho de los inmigrantes”, en AJA FERNÁNDEZ, Eliseo (coord.), *Los derechos de los inmigrantes en España*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael, “La devaluación del derecho a la contradicción en la jurisprudencia del TEDH”, *Revista Indret*, núm. 4, octubre de 2013, pp. 1-15.

ALONSO ÁLAMO, Mercedes, “¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual”, en *Revista Penal*, nº 19, 2007, pp. 3-20.

- “Derecho penal y dignidad humana. De la no intervención contraria a la dignidad a los delitos contra la dignidad”, *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 12, 2011, p.1-48.

ALONSO RIMO, Alberto y VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, “La víctima en el sistema de justicia penal I”, en BACA BALDOMERO, Enrique, ECHEBURÚA ODRIOZOLA, Enrique y

TAMARIT SUMALLA, Josep M<sup>a</sup>, *Manual de victimología*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 307-344.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Gregorio, “La protección contra la discriminación del extranjero en el Código penal”, en AAVV, *El extranjero en el derecho penal español sustantivo y procesal (adaptado a la nueva Ley Orgánica 4/2000)*, Manuales de Formación continuada (5) Consejo general del poder judicial, Madrid, 1999 pp. 301-357.

ARROYO ZAPATERO, Luis, “Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos”, en ARROYO ZAPATERO, Luís, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (Dir.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, Ed. Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, Ediciones Universidad, Cuenca, 2001, pp. 25-43.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique,” Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de “compliance” (A propósito del Proyecto de reformas del Código penal de 2009)”, en *Diario La Ley*, núm. 7442, Sección Doctrina, 9 de julio de 2010, Año XXXI, pp. 1-10.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, “Capítulo I. Vigencia de la RPPJ en el derecho sancionador español” en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Tratado de Responsabilidad penal de las Personas jurídicas*, Ed. Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2012, pp.19-48.

BARBERO SANTOS, Marino, “¿Responsabilidad penal de la empresa?”, *Actualidad penal*, 1987-1, pp. 1081-1098.

BEDMAR CARRILLO, Eulogio, “El Bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos”, en *La Ley penal*, nº 94-95, sección legislación aplicada a la práctica, Junio-Julio, 2012, pp. 1-20. [Recurso electrónico. <http://revistas.laley.es>]

BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco, “Capítulo 5. Obtención, tráfico y Trasplante ilícitos de órganos humanos”, en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (coord.), *Sistema de Derecho penal español. Parte especial*. Ed. Dykinson, 2011.

BENÍTEZ PÉREZ-FAJARDO, Fernando-Germán, “El delito de trata de personas”, en AA.VV., *XXII Jornadas de Estudio de la Abogacía. El Nuevo Código Penal*, Ministerio de Justicia, 2011, pp. 185-203

BLANCO CORDERO, Isidoro, “Comiso ampliado y presunción de inocencia”, en PUENTE ALBA, Luz (dir.) y ZAPICO BARBEITO, Mónica y RODRÍGUEZ MORO, Luis, (coord.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal*, Ed. Comares, Granada, 2008, pp.69-106.

BOIX REIG, Javier, “Lección VI. Lesiones al feto. Manipulación genética”, en BOIX REIG, Javier (Dir.), *Derecho penal. Parte especial. Volumen I. La protección penal de los interés jurídico personales (adaptado a las reformas de 2010 del Código penal)*, Ed. Iustel, Madrid, 2010, pp.185-198.

BONET PÉREZ, Jordi, “Explotación laboral infantil”, en ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco y FORNER I DELAYGUA, Joaquim (dirs.) *La protección de los niños en el derecho internacional y en la relaciones internacionales: Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del niño*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 215-238

BONET PÉREZ, Jordi, “La Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares”, en GÓMEZ ISA, Felipe y PUREZA, José Manuel, Ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 2003, pp. 309-350.

BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Trata de seres humanos, en especial menores”, en *Revista de derecho Migratorio y extranjería*, núm. 23, pp. 51-112.

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, “La construcción de los migrantes como categoría de riesgo: Fundamento, Funcionalidad y consecuencias para el sistema penal”, en CANCIO MELIÁ y POZUELO PÉREZ (coords.), *Política Criminal en Vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, Criminalidad organizada*, Ed. Thomson- Civitas, Navarra, 2008, pp.140-196.

CANCIO MELIÁ, Manuel y MARAVER GÓMEZ, Mario, “El derecho penal español ante la inmigración: Un estudio político-criminal”, en BACIGALUPO, Silvina y CANCIO MELIÁ, Manuel (coord.), en *Derecho penal y política transnacional*, Ed. Atelier, Barcelona, 2005, pp. 342-415.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis “Lección VI. Lesiones”, AA.VV, *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

CARDENAL MONTRAVETA, Sergi y CARDENAL ALEMÁN, Ferrán, “El delito contra los derechos de los trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo (art. 312.2 in fine CP). Especial referencia a su aplicación jurisprudencial”, *Revista del Poder judicial*, núm. 66, pp. 213-274.

CARMONA SALGADO, Concepción, “La nueva regulación del tráfico ilegal de personas con fines de explotación sexual según la LO 11/2003: reflexiones críticas acerca de un injustificado propósito legislativo”, en ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (Dir.) y

PÉREZ ALONSO, Esteban Juan (coord.), en ZUGALDÍA ESPINAR, José (dir.) y PÉREZ ALONSO, Esteban (coord.), *El derecho Penal ante el fenómeno de la inmigración*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 213-250.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, “Criminalidad organizada. Concepto. La Asociación ilícita. Problemas de autoría y participación”, en GRANADOS PÉREZ, Carlos (dir.), *La Criminalidad Organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, CGPJ, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2001, pp. 215-268.

CONDE PUMPIDO FERREIRO, Cándido: “El derecho fundamental a la integridad moral reconocido en el artículo 15 de la Constitución: su tutela penal”, *Diario La Ley*, núm. 4, 1997, 1996, pp. 1668-1670.

CONDE PUMPIDO TOURÓN, Cándido, “Delitos contra los derechos de los Extranjeros”, en MARTÍN PALLÍN, José Antonio (Dir.), en *Extranjeros y Derecho penal*, Cuadernos de Derecho Judicial (IV), Madrid, 2003, pp.281-331.

CÓRDOBA RODA, Juan Libertad de asociación y ley penal: Un estudio sobre el núm. 5 del art. 172 del Código penal”, *ADPCP*, núm. 30, 1977, pp. 5-18.

CUENCA GARCÍA, M<sup>a</sup> José, “La criminalidad organizada tras la reforma del código español: una visión desde el derecho italiano”, *La Ley penal*, núm. 93, Sección Legislación aplicada a la práctica, Mayo 2012, pp. 1-41.

CUERDA RIEZU, Antonio, “El concurso de delitos en el Borrador de anteproyecto del Código Penal de 1990”, *ADPCP*, núm. 44, 1991, pp. 821-866.

CUGAT MAURI, Miriam, “La trata de seres humanos: la universalización del tráfico de personas y su disociación de las conductas infractoras de la política migratoria (arts. 177 bis, 313, 318 bis)”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *La reforma penal de 2010: Análisis y Comentarios*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2010, pp.157-164.

DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto, “El tráfico y la trata de personas tras la reforma del Código penal”, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, GORJÓN BARRANCO M<sup>a</sup> Concepción y FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio (coords.), *La reforma penal de 2010*, Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2011, pp. 121-137.

- “Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas”, *Indret*, (1), 2010, pp. 1-44 ([www. Indret.com](http://www.Indret.com)).

DAZA BONACHELA, María del Mar, “Fallas en el modelo andaluz de gestión de la asistencia a las víctimas. El caso granadino”, en *RECPC*, núm. 11, 2009, pp.1-12.

DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes, “Persona, dignidad y derecho Penal” en ARROYO ZAPATERO, Luís, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (Dir.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, Ed. Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, Ediciones Universidad, Cuenca, 2001, pp. 209-229.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “Torturas y otros atentados contra la integridad moral”, *EPC*, núm. 21, 1998, pp. 41-116 Disponible en <http://hdl.handle.net/10347/4104>

DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier, “El marco europeo de la lucha contra el tráfico de personas y la legislación sancionadora española”, en ARROYO ZAPATERO, Luis, NIETO MARTÍN, Adán y CRESPO BARQUERO, Pedro (coords.), en *La armonización del derecho penal español: Una evaluación legislativa*, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, Suplemento al número 2015, de 15 junio de 2006, pp.108-118.

- “Propuesta de reforma frente a la trata de seres humanos”, en AA.VV. *El anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008: algunos aspectos, Cuadernos penales José María Lidón*, núm. 6, 2009, Editor Universidad Deusto, pp. 125-150.

DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, “La delimitación típica de los llamados hechos de conexión en el nuevo artículo 31 bis nº 1, del Código penal”, *CPC*, núm. 103, 2011, pp. 41-94.

- “Responsabilidad penal de empresas y código de buena conducta corporativa”, en *Diario La Ley*, núm. 7670, Sección Doctrina, 11 julio 2011, Año XXXII, pp. 1-13.

DÍAZ PITA, María del Mar, “El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral”, *EPC*, núm.20, 1997, pp. 25-102.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, “Autoridad y funcionario a efectos penales” en LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (dir.), *Enciclopedia penal básica*, Ed. Comares, Granada, 2002, pp. 178-181.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio, “El delito de tráfico de órganos humanos”, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio (dir.), *Estudios sobre las reformas del Código penal operadas por las LO 5/2010, de 2 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*, Ed. Civitas, 2011, pp. 275-288.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual”, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (Dir.), *Delitos contra la libertad sexual*, CGPJ, Colección Estudios de derecho judicial, núm. 21, 1999, pp. 215-259.



- “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española”, *Revista Indret*, núm. 1, 2012, pp. 1-32.

DOLS GARCÍA, Ana, “El Vudú como elemento de coacción en el delito de trata”, en *Revista General de Derecho penal*, núm. 18, 2012, pp. 1-27.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, “Comisión por omisión y principio de legalidad. El artículo 11 CP como cláusula interpretativa auténtica”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2º época, núm. Extraordinario 2, 2004, pp. 279-315.

DURO VENTURA, César, “Los extranjeros y el derecho penal”, en PALOMAR OLMEDA, Alberto (coord.), en *Tratado de Extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*”, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004, pp. 483-549.

DÜVELL, Franck, “Irregular migration”, en BETTS, Alexander (ed.), *Global Migration Governance*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 78-108.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, “Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el código penal español” en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Tratado de Responsabilidad penal de las Personas jurídicas*, Ed. Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2012, pp. 65-90.

FELIP I SABORIT, David y RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, “Tema 5. Torturas y otros delitos contra la integridad moral”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (dir.) y RAGUÉS I VALLÈS, Ramón (coord.), *Lecciones de derecho penal. Parte especial*”, 3ª edición, Ed. Atelier, Barcelona, 2011, pp. 105-117.

- “Tráfico de órganos” en ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (Coord.), *Memento experto. Reforma Penal 2010*, Ed. Francis Levbre, Santiago, 2010, pp. 40-50.
- Tema 3. Las lesiones”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Dir.) y RAGUÉS I VALLÈS, Ramón (coord.), *Lecciones de derecho penal. Parte especial*”, 3ª edición, Ed. Atelier, Barcelona, 2011, pp. 67-84.

FERNÁNDEZ ARRIBAS, Gloria, “La compatibilidad del Protocolo sobre el asilo a los nacionales de los estados miembros con los distintos instrumentos internacionales sobre la materia y con la carta de derechos fundamentales de la Unión Europea”, *Revista General de derecho europeo*, núm. 11, 2006, pp. 1-28.

FERNÁNDEZ BESSA, Cristina, ORTUÑOZ AIX, José María y MANAVELLA SUÁREZ, Alejandra, “Los efectos de la cultura de emergencia en la criminalización de los inmigrantes”, en PUENTE ALBA, Luz María (Dir.) y RODRÍGUEZ MORO, Luis y ZAPICO BARBEITO, Mónica (coord.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal*, Ed. Comares, Granada, 2008, pp. 228-244.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco “La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico”, *Derecho PUCP*, núm. 50, 1996, pp. 11-35 [http://revistas.pucp.edu.pe] [última consulta, 16 de abril 2014].

FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo, “El proceso social de la determinación de la normativa administrativa y penal en materia de inmigración”, en FARALDO CABANA, Patricia (dir.) y PUENTE ALBA, Luz María y SOUTO GARCÍA, Eva María (coord.), en *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 219-248.

- “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el código penal español (una visión crítica)”, *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 25, septiembre de 2011, pp. 7-42.

-

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, “Trabajo sexual, crimen organizado y trata de personas”, en AA.VV., *Un derecho penal comprometido: libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 403-418.

GARCÍA ALBERO, Ramón, “El nuevo delito de tráfico de órganos (art. 156 bis)”, en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (dirás.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 183-192.

- “El nuevo delito de tráfico de órganos”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *La reforma penal de 2010: Análisis y Comentarios*, Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2010, pp.141-150.

GARCÍA ÁLVAREZ, Patricia, DEL CARPIO DELGADO, Juana, “Los delitos relativos al régimen de extranjería”, en RODRÍGUEZ BENOT, Andrés y HORNERO MÉNDEZ, César (coords.), *El nuevo derecho de extranjería: estudios acerca de la Ley Orgánica sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, Granada, 2001, pp. 381-410.

GARCÍA ARÁN, Mercedes, “Introducción”, en GARCÍA ARÁN, Mercedes (coord.), *Trata de personas y explotación sexual*, Ed. Comares, Granada, 2006, pp.1-31.

- “La protección penal de la integridad moral”, en DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (coord.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 1241-1258.

GARCÍA COSO, Emiliano, “Los avances de la UE contra el crimen organizado, tráfico de personas e inmigración ilegal”, Instituto Universitario de Investigación sobre seguridad interior. Disponible en [www.uned.es](http://www.uned.es) [última visita, 20 de diciembre de 2010].

GARCÍA ESPAÑA, Elisa y RODRÍGUEZ CANDELA, José Luis, “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: El artículo 318 bis del Código penal”, *Actualidad Penal*, núm. 29, 2002, pp. 523-751.

GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, “La dignidad y sus menciones en la Declaración”, en CASADO, María (coord.), *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre bioética y derechos humanos de la Unesco*, Ed. Thomson Reuters, Pamplona, 2009, pp. 43-64.

GARCÍA RIVAS, Nicolás y LAMARCA PÉREZ, Carmen “Organizaciones y grupos criminales (arts. 570 bis, 570 ter y 570 quáter)”, en ÁLVAREZ GARCÍA y GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Comentarios a la reforma de 2010*, 2010, pp. 503-520.

GARCÍA VÁZQUEZ, Sonia y Fernández Ollala, Patricia, *La trata de seres humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.

GARRIDO FALLA, Fernando, “Comentario al artículo 10”, en GARRIDO FALLA (dir.), *Comentarios a la Constitución*, 2ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1985, pp. 185-188.

GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Nosotros y los otros: el desafío de la emigración”, *Revista Jueces para la democracia. Información y Debate*, núm. 40, 2001, pp. 3-8. Disponible en <http://www.juecesdemocracia.es>

GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, Andrea y REQUENA ESPADA, Laura, “Tráfico de seres humanos con fines de explotación sexual en los países de la Unión Europea”, *Boletín criminológico*, Instituto andaluz interuniversitario de Criminología, núm. 82, noviembre-diciembre 2005. Disponible en <http://www.boletincriminologico.uma.es>.

GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, Andrea, SUSAJ, Gentiana y REQUENA ESPADA, Laura, “La dimensión laboral de la trata de personas en España”, *RECPC*, núm. 11-04, 2011. Disponible en <http://criminet.ugr.es>

GÓMEZ- JARA DÍEZ, Carlos, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal”, *Diario La Ley*, Núm. 7534, Sección Tribuna, 23 de diciembre de 2010, año XXXI, pp. 1-14.

GÓMEZ MARTÍN, Víctor, “Falsa alarma o sobre por qué la Ley Orgánica no deroga el principio “societas delinquere non potest”, en MIR PUIG, Santiago, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dir.) y GÓMEZ MARTÍN, Víctor (coord.), *Garantías constitucionales y derecho penal europeo*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 331-383.

- “De las personas criminalmente responsables de delitos y faltas”, en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu y MIR PUIG, Santiago (dirs.), *Comentarios al código penal. Reforma LO/2010*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 117-137.

GÓMEZ RIVERO, M<sup>a</sup> del Carmen, “El delito de tráfico ilegal de órganos humanos”, *Revista penal*, núm. 31, 2013, pp. 133-139.

- “Lección IV. Delitos contra la salud y la integridad corporal” en GÓMEZ RIVERO, M<sup>a</sup> del Carmen (coord.), *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte Especial*, 2<sup>a</sup> ed., Ed. Tecnos, 2010

GÓMEZ TOMILLO, Manuel, “Artículo 156 bis”, en GÓMEZ TOMILLO, Manuel. (Dir.), *Comentarios al Código penal*, 2<sup>a</sup>ed., Ed. Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 617-619.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, “Delitos de tortura y otros tratos degradantes (delitos contra la integridad moral)”, en VIVES ANTÓN, Tomás y MANZANARES SAMANIEGO, José Luis (Dirs.), *Estudios sobre el Código penal de 1995 (Parte especial)*, Consejo General del Poder Judicial, Estudios de derecho judicial, núm. 2, Madrid, 1996, pp. 69-86.

GONZÁLEZ RUS, Juan José, “La criminalidad organizada en el Código penal español. Propuestas de reforma”, *Anales de Derecho*, núm. 30, 2012, pp. 15-41. [<http://dx.doi.org/10.6018/analesderecho>].

GONZÁLEZ ZORRILLA, Carlos y GARCÍA ARÁN, MERCEDES, “Normas afectantes a la perseguibilidad” en GARCÍA ARÁN, Mercedes (coord.), *Trata de personas y explotación sexual*, Ed. Comares, Granada, 2006, pp.258-309.

GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás y JUANES PECES, Ángel, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor”, en *Diario La Ley*, núm. 7501, 2010, pp.1-13.

GRACIA MARTÍN, Luis, “El delito y la falta de malos tratos en el Código Penal español de 1995”, *Actualidad penal*, núm. 33, 1996, pp. 577-596.

GRANADOS PÉREZ, Carlos, “Inmigración ilegal y derecho penal”. Publicaciones del ministerio fiscal, CEJ. Ministerio de Justicia, 2005 [<http://cej.justicia.es>] [Última consulta, 24 julio de 2013].

GRIMA LIZANDRA, Vicente, “Lección X. Delitos contra la integridad moral”, en BOIX REIG, Javier (Dir.), *Derecho penal. Parte especial. Volumen I. La protección penal de los interés jurídico personales (adaptado a las reformas de 2010 del Código penal)*, Ed. Iustel, Madrid, 2010, pp. 257-292.

GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando, “El nuevo delito de tráfico ilegal de personas”, en LAURENZO COPELLO, Patricia (coord.), *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 287-308.

GUARDIOLA GARCÍA, Javier, “Reforma de los delitos de tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas: ¿de la impunidad por falta de jurisdicción al exceso de atribución competencial?”, *Revista General de Derecho Penal*, núm.9, 2008, pp.1-13.

HABERMAS, Jünger, “La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos” (Traducción de Juan Luis Fuentes Osorio), *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 44, 2010, pp. 105-121. [ <http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/index>].

HASSEMER, Winfried, “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?”, en HEFENDHL, Rolan, *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, (Edición española a cargo de Rafael ALCÁCER, María MARTÍN e Íñigo ORTIZ DE URBINA), Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, pp. 85-104.

HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Luis, “Delitos de peligro con verificación de resultado: ¿Concurso de leyes?”, *ADPCP*, XLVII, Enero-Abril 1994, pp. 111-140.

- “El delito de tráfico de personas para su explotación sexual”, en LAURENZO COPELLO, Patricia (coord.), *Inmigración y derecho penal. Bases para un debate*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 237-254.

HORTAL IBARRA, Juan Carlos, “A vueltas sobre el bien jurídico-penal protegido en los mal llamados “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros””, en MIR PUIG, Santiago, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Dirs.) y GÓMEZ MARTÍN, Víctor (coord.), *Política Criminal y reforma penal*, Ed. Edisofer- B de F, Madrid, Montevideo, 2007, pp. 463-504.

- “El concepto de dolo: su incidencia en la determinación del tipo subjetivo en los delitos de peligro en general y en el delito contra la seguridad en particular”, *ADPCP*, núm. LVII, Enero de 2004, pp. 509-558.

HURTADO ADRIÁN, Ángel, “Emigración ilegal (Art. 313)”, en JUANES PECES, Ángel, *Reforma del Código penal*, Ed. El derecho, 2011, pp.279-288.

JUANES PECES, Ángel, “El delito de trata de seres humanos en el proyecto de reforma del Código penal de 1995”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 803, 22 de julio de 2010, pp.1-6.

- “Principios inspiradores de la reforma penal” en JUANES PECES, Ángel, *Reforma del Código penal*, Ed. El derecho, 2011, pp.15-63

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, en RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (dir.), *Comentarios al Código penal*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, pp.504-513.

LAURENZO COPELLO, Patricia, “La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros”, *Revista de derecho penal y criminología*, núm. 12, julio 2003, pp. 63-93.

- “Últimas reformas en el derecho penal de extranjeros: Un nuevo paso en la política de exclusión, *Revista Jueces para la democracia. Información y Debate*, núm. 50, 2004, pp. 30-36. Disponible en <http://www.juecesdemocracia.es>

LLORIA GARCÍA, Paz, “Lección XI. Trata de seres humanos, en BOIX REIG, Javier (Dir.), *Derecho penal. Parte especial. Volumen I. La protección penal de los interés jurídico personales (adaptado a las reformas de 2010 del Código penal)*, Ed. Iustel, Madrid, 2010, pp. 297-313.

LÓPEZ CERVILLA, José M<sup>a</sup>, “El extranjero como víctima del delito. Análisis de los tipos penales (Artículos 318 bis, 313.1 y 312.2. 2º del Código Penal)”, *Estudios Jurídicos*, 2004, pp. 2636 - 2836.

([www.cej.mjusticia.es/pdf/publicaciones/fiscales/FISCAL59.pdf](http://www.cej.mjusticia.es/pdf/publicaciones/fiscales/FISCAL59.pdf)).

LUTHER, Joing, “Razonabilidad y dignidad humana” (traducido del italiano por Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez), *Revista de derecho constitucional europeo*, núm. 7, enero-junio, 2007, pp. 295-326.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, “Dolo y dolo eventual: Reflexiones”, en ARROYO ZAPATERO Luis Alberto y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: “in memoriam”*, Vol. 1, Ediciones Univ. Castilla La mancha /Univ. de Salamanca, 2001, pp. 1109-1134.

MAPELLI CAFFARENA, Borja, “Tráfico ilegal e inmigración clandestina con fines de explotación sexual”, en *La Ley Penal*, núm. 57, febrero 2009, pp.1-17.

MAQUEDA ABREU, M<sup>a</sup> Luisa, “A propósito de la trata y de las razones que llevan a confundir a l@s inmigrantes con escl@vas” en CARBONEL MATEU, Juan Carlos, GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, ORTS BERENGUER, Enrique y CUERDA ARNAU, María Luisa, *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Vol. 2, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pp.1245-1260.

- “Hacia una nueva interpretación de los delitos relacionados con la explotación sexual”, en ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (Dir.) Y PÉREZ ALONSO, Esteban Juan (coord.), *El derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007 pp. 251-268.

MARAVÉR GÓMEZ, Mario, "La trata de seres humanos" en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio (Dir.), *Estudios sobre las reformas del Código penal operadas por las LO 5/2010, de 2 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*, Ed. Civitas, 2011, pp. 311-334.

MARTEL PÉREZ-ACALE, Cristóbal y QUINTERO GARCÍA, Débora, "De las organizaciones y grupos criminales", en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentario*, Ed. Aranzadi-Thompson Reuters, Navarra, 2010, pp.357-368.

MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, Carlos, "Los delitos de peligro en el derecho penal económico y empresarial" en SERRANO-PIEDRECASAS, José Ramón y DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *El derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo*, Ed. Colex, Madrid, 2010, pp. 87-11.

MARTÍNEZ PARDO, Vicente José, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *Revista internauta de práctica jurídica*, nº 26, 2011, p. 61-68.;

MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio, "El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis del Código Penal", *EPC*, vol. XXXII, 2012, pp. 97-130. [<http://www.usc.es/revistas>].

MAYORDOMO RODRIGO, Virginia *El delito de tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas*, Ed. Iustel, Madrid, 2008.

MAYORDOMO RODRIGO, Virginia, "Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas", *Estudios Penal y Criminológicos*, Vol. XXXI, 2011, pp. 325-390. 358. (<http://www.usc.es/revistas/index.php/epc>)

MÉNDEZ LAGO, Mónica, "Actitudes de los españoles ante la inmigración. Una mirada desde las encuestas" en AJA, Eliseo y ARANGO, Joaquín (eds.), en *La inmigración en España en 2006*, Anuario de inmigración y políticas de inmigración, Barcelona, 2007, pp. 68-81.

MIR PUIG, Santiago, "Bien Jurídico y Bien jurídico-penal como límites al Ius Puniendi", *EPC*, XIV, 1991, pp.205-215. [<http://hdl.handle.net/10347/4205>]

MIRÓ LINARES, Fernando, "Política Comunitaria de inmigración y política criminal en España. ¿Protección o "exclusión" penal del inmigrante?", en *RECPC*, núm. 10, 2008, pp. 1-31 [ [www.criminet.ugr/recpc](http://www.criminet.ugr/recpc) ]

MORALES PRATS, Fermín y GARCÍA ALBERO, Ramón, "Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales", en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.) y MORALES PRATS, Fermín (coord.), *Comentarios al nuevo Código penal*, 4ª Edición, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005, pp.945-1029

MORALES PRATS, Fermín, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2010, pp.46-69.

- “Título Primero. De la infracción penal; Capítulo Primero De los delitos y las faltas”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.) y MORALES PRATS, Fermín (coord.), *Comentarios al nuevo Código penal*, 4ª Edición, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005, p. 93-208.

MORENO-TORRES HERRERA, María Rosa, “La protección penal del menor Extranjero”, en ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (Dir.) y PÉREZ ALONSO, Esteban Juan (coord.), en *El derecho Penal ante el fenómeno de la inmigración*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007,, pp. 463-468.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “Consentimiento y consentimiento presunto ¿dos formas de un mismo todo?” en AA.VV., *Libro homenaje al Prof. Luis Rodríguez Ramos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 139-162

MORÓN LERMA, Esther, GARCÍA ARÁN, Mercedes y JIMÉNEZ VILLAREJO, Carlos, “Los tipos penales acogedores del tráfico de personas”, en GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Trata de personas y explotación sexual*”, Ed. Comares, Granada, 2006, pp.197- 255

MOYA, David (Coord.), “Actualidad institucional, bibliografía y documentación en el ámbito de la inmigración (julio 2008-junio 2009)”, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 22, noviembre de 2009, pp. 11-62.

MÜNCH, Ingo, “La dignidad del hombre en el derecho constitucional alemán” (traducción de Alberto Oehling de los Reyes, *Foro. Revista de ciencias jurídicas y sociales, Nueva época*, núm. 9, 2009, pp. 107-123. [<http://revistas.ucm.es/index.php/FORO>].

MUÑOZ CONDE, Francisco, “Problemas de autoría y participación” en FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos y ANARTE BORRALLA, Enrique (coord.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, Huelva, 1999, pp.151-160.

MUÑOZ CUESTA, Francisco Javier, “Trata de seres humanos: aspectos más relevantes que configuran esta nueva figura criminal”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, julio, 2011, pp. 10-20.

MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *Los delitos contra la integridad moral*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

NAVARRO CARDOSO, Fernando, “Observaciones sobre los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en *Revista penal*, núm. 10, 2002, pp.41-54. [<http://www.uhu.es/revistapenal>]



NIETO GARCÍA, Ángel Juan, “Concurso Penal de la trata de seres humanos y utilización de menores como mendigos”, en *Diario La Ley*, núm. 7867, 2012, pp.1-6.

NÚÑEZ CASTAÑO, Nuria, “La violencia doméstica en la legislación española: especial referencia al delito de maltrato habitual (art. 173.2 del Código penal”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, núm., 12, 2010, pp. 97-157. [<http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RECEJ/issue/view/1411>]

OEHLLING DE LOS REYES, Alberto, “El concepto constitucional de la dignidad de la persona: forma de comprensión y modelos predominantes de recepción en la Europa continental”, *Revista española de derecho constitucional*, núm. 91, enero-abril 2003, pp. 135-178.

OLESTI RAYO, Andreu, “Las políticas de la Unión Europea relativas al control en las fronteras, asilo e inmigración”, *Revista de derecho constitucional europeo*, núm. 10, 2008, pp. 13-48.

- “La acción de la Unión Europea contra la inmigración irregular”, DE LUCAS DE MARTÍN, Francisco Javier y SOLANES CORELLA, Ángeles, *La igualdad en los derechos: claves de la integración*, Dykinson, 2009, pp. 41-66.
- “La Unión Europea y la progresiva creación de un régimen comunitario de extranjería”, en *Revista catalana de dret públic*, núm. 40, 2010, pp. 21-52.

ORTEGA GÓMEZ, Marta, “La trata de seres humanos en el derecho de la Unión Europea”, en BADÍA MARTÍ, Ana, PIGRAU I SOLÉ, Antoni y OLESTI RAYO, Andreu (coord.), *Derecho internacional y comunitario ante los retos de nuestro tiempo. Homenaje a la profesora Victoria Abellán Honrubia*, Vol. 2, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2009, pp. 1195-1216

ORTS BERENGUER, Enrique *Compendio de derecho penal. Parte especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

ORTS BERENGUER, Enrique, “Lección X. Torturas y otros delitos contra la integridad moral. Trata de seres humanos”, en VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, ORTS BERENGUER, Enrique, CARBONELL MATEU, Juan Carlos, GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal Parte especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 1-10. (disponible en <http://www.tirant.com/editorial/actualizaciones/leccionX.doc>).

PADILLA ALBA, Herminio Ramón, “El delito de tráfico ilegal de personas tras su reforma por la LO 11/2003, de 29 de septiembre”, en *La Ley penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 14, 2005, pp. 5-23.

- “La inmigración clandestina”, en FERNÁNDEZ LE GAL, Annaïck y GARCÍA CANO, Sandra (Dir.), en *Inmigración y derechos de los extranjeros*, Ed. Servicios de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2005, pp.217-243.

PALOMO DEL ARCO, Andrés, “Criminalidad organizada y la inmigración ilegal”, en GRANADOS PÉREZ, Carlos (Dir.), *La criminalidad organizada: aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*. Cuadernos de derecho Judicial (2), Madrid, 2001, pp.169-214.

PARELLA, Sonia y PETROFF, Alisa, “Migración y retorno en España: salidas de inmigrantes y programas de retorno en un contexto de crisis”, en Aja, Eliseo y Arango, Joaquín, *Anuario de la inmigración en España*, en prensa.

PÉREZ ALONSO, Esteban Juan, “El delito de trata de seres humanos: regulación internacional, europea y española” en LARA AGUADO, Ángeles (Dir.), LARA AGUADO, Ángeles, RUEDA VALDIVIA, Ricardo y RUÍZ SUTIL, Carmen (coords.), *Nuevos retos en la lucha contra la trata de personas con fines de explotación sexual. Un enfoque Interdisciplinar*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 357-385.

- “Las últimas reformas del principio de justicia universal legalizadoras de la jurisprudencia “creativa” del Tribunal Supremo español”, en *EPC*, vol. 32, 2012, pp. 131-196. [<http://www.usc.es/revistas>]
- “Los nuevos delitos contra la integridad moral en el Código penal de 1995”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*. 3ª época, núm.2, 1999, pp. 141-170.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel y QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Las normas penales españolas: cuestiones generales”, en GARCÍA ARÁN, Mercedes (coord. a), *Trata de personas y explotación sexual*”, Ed. Comares, Granada, 2006, pp. 109-171.

- “Algunas consideraciones político-criminales previas a la incriminación del tráfico de personas”, en *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, núm. 0, 2002, pp. 109-134.
- “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (artículo 318 bis reformado por la LO 11/2003)”, en RODRÍGUEZ MESA, Mª José; RUÍZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón (coords.), en *Inmigración y sistema penal: Retos para el siglo XXI*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 157-195.
- “Propuesta legislativa para la armonización de las Decisiones Marco relativas a los delitos de tráfico ilícito de personas”, en ARROYO ZAPATERO, Luis, NIETO MARTÍN, Adán y CRESPO BARQUERO, Pedro (coords.), en *La armonización del derecho penal español: Una evaluación legislativa*, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, Suplemento al número 2015, de 15 junio de 2006, pp. 119-133.

PÉREZ FERRER, Fátima, “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.), *Comentarios al Código Penal. Segunda Época*, t (X) vol. I, CESEJ Ediciones, Madrid, 2006, pp.465-50

PÉREZ INFANTE, José Ignacio, “La inmigración y el empleo de los extranjeros en España”, en AJA, Eliseo, ARANGO, Joaquín y OLIVER, Josep, *Anuario de Inmigración en España 2008*, CIDOB, Barcelona, 2008, pp. 96-119.

PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel, “Concreción del concepto jurídico de “mobbing”, bien jurídico lesionado y su tutela penal”, *RECPC*, núm. 06, 2004, pp. 1-64. [<http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-06.pdf>].

PÉREZ MANZANO, Mercedes, “, Los delitos contra los derechos de los trabajadores” en *relaciones laborales*, núm.3, 1997.

POLAINO NAVARRETE, Miguel y POLAINO - ORTS, Miguel, “Libertad como autodeterminación personal en el derecho penal”, en AA.VV., *Libro homenaje al Prof. Luis Rodríguez Ramos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 163-186.

POLAINO-ORTS, Miguel “¿Volenti non fit iniuria? Sobre la discutible distinción entre acuerdo y consentimiento en Derecho penal” en HURTADO POZO, José (Dir.) y MEINI MÉNDEZ, Iván (coord.), *Aspectos fundamentales de la Parte General del Código penal Peruano: Anuario de Derecho Penal 2003*, Ed. Fondo editorial PUCP- Universidad de Friburgo, Lima, 2003, pp. 215-252.

POMARES CINTAS, Esther, “El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral”, *RECPC*, Núm. 13-15, 2011, pp. 1-31. [<http://criminet.ugr.es/recpc/13/recpc13-15.pdf>].

POZUELO PÉREZ, Paula, “Tráfico de personas y explotación sexual”, en BACIGALUPO, Silvina y CANCIO MELIÁ, Manuel (coords.), *Derecho penal y política transnacional*, Atelier, Barcelona, 2005, pp. 417-439.

PRATS CANUT, Josep Miquel, “Titulo XII. Delitos contra las relaciones familiares”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, (dir.) y MORALES PRATS, Fermín (coord.), *Comentarios al nuevo Código penal*, 4ª Edición, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005, pp.1137-1207

PUENTE ALBA, Luz María “La protección frente al tráfico de órganos: su reflejo en el código penal español”, pp.1-24. Disponible <http://www.ecrim.es/publications/2011/TraficoOrganos.pdf> [última consulta, 15 de abril de 2014-04-17]

QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, “El concepto penal de funcionario público”, en *CPC*, núm. 27, 1985, pp. 407-558

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Capítulo VI. Disposiciones Generales” en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), *Comentarios al nuevo Código penal*, 3ª Edición, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005, pp. 301-311.

- “La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita”, en FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlo y ANARTE BORRALLA, Enrique (coord.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, Huelva, 1999, pp. 177-190.
- 
- “La reforma del Comiso”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2010, pp. 107-110.

RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, “Consideraciones sobre la prueba del dolo”, en *REJ (Revista de Estudios de la Justicia)*, núm. 4, 2004, pp.13-26.

REBOLLO VARGAS, Rafael, CUGAT MAURI, Miriam y RODRÍGUEZ PUERTA, María José, “Normativa internacional y derecho comparado”, en GARCÍA ARÁN, Mercedes (coord.), *Trata de personas y explotación sexual*, Ed. Comares, Granada, 2006, pp. 34-108.

REBOLLO VARGAS, Rafael, “El delito de tráfico ilegal de personas y la (in)competencia de la jurisdicción española en aguas internacionales”, en *RECPC*, núm.11, 2009, pp. 1-23. [<http://criminet.ugr.es/recpc/>]

REQUENA ESPADA, Laura, GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, Andrea y DE JUAN ESPINOSA, Manuel, “La Trata de personas para su explotación laboral: análisis de la situación actual en España”, *Boletín criminológico*, Instituto andaluz interuniversitario de criminología, núm. 114, mayo-junio, 2009, <http://www.boletincriminologico.uma.es> .

RIVERO ORTIZ, Rafael, " Las asociaciones criminales en la modificación del nuevo código penal. Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio: ¿es la reforma añorada?, *La ley penal*, núm., 78, Sección estudios, enero 2011. pp. 1-8[Recurso electrónico. <http://revistas.laley.es>]

ROBLES PLANAS, Ricardo “¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la Ley austriaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos delictivos”, *Indret*, núm. 2, 2006, pp.1-25.

- “Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis CP”, en *Diario la Ley*, núm. 7705, Sección Doctrina, 29 de septiembre 2011, pp.1-24.

RODRÍGUEZ CANDELA, María José, “Incentivos legales por colaboración en la persecución de determinados delitos”, en LAURENZO COPELLO, Patricia (coord. <sup>a</sup>), *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 273-286.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio, “Trata de personas”, en ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (Coord.), *Memento experto. Reforma Penal 2010*, Ed. Francis Leuvre, Santiago, 2010.

RODRÍGUEZ MESA, M<sup>a</sup> José’, “El código penal y la explotación sexual comercial infantil” en *EPC*, núm. 32, 2012, pp. 197-246. Disponible en <http://www.usc.es> [última consulta, 2 de enero 2014]

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, “Ley de extranjería y derecho penal”, en *La ley: Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm.5261, 2001, pp. 1736-1743

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, “La responsabilidad penal de las Personas Jurídicas y los principios básicos del Sistema”, en *Revista Abogados*, núm. 77, sept. 2011, pp.38-40.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, “La culpabilidad en los delitos cometidos por la persona jurídica. El “delito de sospecha blindado” y la responsabilidad objetiva “impura” en la circular 1/2010 de la FGE”, en *Diario La Ley*, núm. 7694, sección doctrina, 14 de septiembre 2011, Años XXXII, pp. 1- 19.

ROXIN, Claus, “¿Puede admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal en casos excepcionales?”, *CPC. Segunda Época*, núm. 83, junio 2004, pp. 23-36.

- “Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada” en *Revista Penal*, núm. 2, 1998, pp. 61-66.
- “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?”, en HEFENDHL, Rolan, *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, (Edición española a cargo de Rafael ALCÁCER, María MARTÍN e Íñigo ORTIZ DE URBINA), Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, pp. 443-458.

RUIZ- GIMÉNEZ CORTÉS, Joaquín, “Artículo 10”,, en ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, t. II, Ed. EDERSA, Madrid, 1997, Madrid, pp. 37- 107.

SAINZ CANTERO CAPARRÓS, José, “Sobre la actual configuración de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en CARBONELL MATEU, Juan Carlos, DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, MORILLAS CUEVA, Lorenzo, ORTS BERENGUER, Enrique y QUINTANAR DÍEZ, Manuel (coords.), en *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 796-806.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, “Capítulo VI. De las organizaciones y grupos criminales. Artículos 570 bis a 570 quáter”, en GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.), *Comentario al Código Penal*, 2<sup>a</sup> ed., Ed. Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 1921-1935

- “Función político criminal del delito de asociación para delinquir: desde el derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado” en ARROYO ZAPATERO, Luis y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos “in memoriam”*, Ediciones Univ. Castilla La Mancha /Univ. De Salamanca, 2001, Vol. II, pp. 645-682
- “Protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros (con atención a las reformas introducidas por la LO 15/2003 y 11/2003)”, en CARBONELL MATEU, Juan Carlos, DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, MORILLAS CUEVA, Lorenzo, ORTS BERENGUER, Enrique y QUINTANAR DÍEZ, Manuel (coords.), en *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, pp.807-836.

SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel, “Entre la obsesión por la seguridad y la lucha contra la inmigración irregular: A propósito de la nueva ley de asilo”, en *Revista electrónica de estudios internacionales* núm. 18, 2009, pp. 1-32.

SANTANA VEGA, Dulce M<sup>a</sup>, “La directiva 2011/36/UE, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas: análisis y crítica”, *NOVA et Vétera*, Vol. 20, nº 64, 2011, pp. 211-226.

- “Título VII Bis de la Trata de seres humanos”, en CORCOY, Mirentxu y MIR, Santiago (dir.), en *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 420-426.
- “El nuevo delito de trata de seres humanos (LO 5/2010)”, *CPC, Número 104, II, Época II*, octubre, 2011, pp., 79-108.

SANZ MORÁN, Ángel José, “Acerca de algunas cláusulas concursales recogidas en el Código penal” en AA.VV, *Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp.211-226.

SASSEN, Saskia, “La formación de las migraciones internacionales: implicaciones políticas”, (versión española de Mariano C. Melero de la Torre), *Revista internacional de filosofía política*, núm. 27, 2006, pp. 19-40.

SERNA BERMÚDEZ, Pedro, “Dignidad de la persona: Un estudio jurisprudencial”, *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos humanos*, núm. 41, Pamplona, Universidad de Navarra, Facultad de Derecho, 1999, pp.13-78.

SERRANO GÓMEZ, Alfonso “Dudosa fiabilidad de las estadísticas policiales sobre criminalidad en España”, *Revista de Derecho penal y criminología*, 3ª época, núm. 6, 2011, pp. 425-454. <http://portal.uned.es/>[última consulta el 20 de marzo de 2014].

SERRANO GÓMEZ, Alfonso y SERRANO MAÍLLO, Alfonso, “Torturas y otros delitos contra la integridad moral y la trata de seres humanos” en AAVV, *Curso de Derecho penal. Parte especial*, Ed. Dykinson, Madrid, 2012, pp. 110-130.

- “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en LAURENZO COPELLO, Patricia (coord. a), *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp.309-343.
- “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en AA.VV., *El extranjero en el derecho penal español sustantivo y procesal (adaptado a la nueva Ley Orgánica 4/2000)*, Manuales de Formación continuada (5) CGPJ, Madrid, 1999, pp. 359-398.

SILVA CASTAÑO, María Luisa, “Estudio del artículo 318 bis del Código Penal español”, en ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (Dir.) y PÉREZ ALONSO, Esteban Juan (coord.), en *El derecho Penal ante el fenómeno de la inmigración*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 179-199.

- “Protección penal de los ciudadanos extranjeros”, en CUERDA RIEZU, Antonio y AA.VV. (coords.), *La respuesta del derecho penal ante los nuevos retos. IX Jornadas de profesores y estudiantes de Derecho Penal de las Universidades de Madrid, celebradas en la Universidad Rey Juan Carlos los días 8,9 y 10 de marzo de 2005*, Madrid, 2006, pp. 432-450.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “La reforma del Código penal: una aproximación desde el contexto”, *Diario La ley*, núm. 7464, Sección Doctrina, 9 sept. 2010, Año XXXI, pp. 1-15.

- *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, 1986.

STARCK, Christian, “Garantía de la dignidad humana en la práctica de la biomedicina” *Revista catalana de Dret Públic*, núm. 36, 2008, pp. 79-106.

SUTCLIFFE, Bob, *Nacido en otra parte. Un ensayo sobre la migración internacional, el desarrollo y la equidad*, Ed. Hegoa, Bilbao.

TAMARIT SUMALLA, Josep María, “Título XXI. Delitos contra la Constitución”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, (Dir.) y MORALES PRATS, Fermín (coord.), *Comentarios al nuevo Código penal*, 4ª Edición, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005, pp. 2303-2445.

TERRADILLOS BASOCO, Juan María “Reflexiones y propuestas sobre inmigración. En torno al Proyecto de reforma del Código penal de 2009”, *Indret. Revista para el análisis del derecho*, núm. 1, 2010, pp.1-25, [www. Indret.com].

- “Capítulo 24. Trata de seres humanos” en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp.208-217.
- “Inmigración, mafias y sistema penal. La estructura y la patina”, en FARALDO CABANA, Patricia, PUENTE ALBA, Luz María y SOUTO GARCÍA, Eva María, *Derecho penal de excepción: Terrorismo e inmigración*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 263-288.
- “Los delitos de tráfico ilegal de mano de obra y abuso de mano de obra extranjera”, en LAURENZO COPELLO, Patricia (coord.), en *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 375-400.
- “Las políticas penales europeas de inmigración”, en PUENTE ALBA, Luz María, ZAPICO BARBEITO, Mónica y RODRÍGUEZ MORO, Luis (coord.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración: retos contemporáneos de la política criminal*, Ed. Comares, 2008, pp. 195-214.

TERRADILLOS BASOCO, Juan María y PORTILLO CONTRERAS, Guillermo, POMARES CINTRAS, Esther y GUARDIOLA LAGO, María Jesús, “Trata de seres humanos: art’177 bis CP”, en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (dir.) y MANJÓN CABEZA OLMEDA, Araceli y VENTURA PÜSCHEL, Arturo (coords.), *Consideraciones a propósito de la Ley de 2009 de modificación del Código penal*”, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 193-202.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, “Resistencia constitucional y valores”, *Doxa*, 15-16, 1994, pp. 635-650.

TORRES FERNÁNDEZ, María Elena, “El Tráfico de personas con fines de inmigración ilegal del artículo 318 bis del Código penal”, *Diario La Ley*, Año XXVII, núm. 6491, 26 de mayo de 2006, pp. 1-30 [Recurso electrónico. La ley.es.]

VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y “personas que desempeñan una función pública””, *CPC*, núm. 62, 1997, p. 473-498.

VALLDECABRES ORTIZ, Isabel, “El inmigrante como víctima: crimen organizado, tráfico de personas, delitos contra los derechos de los trabajadores”, en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (Dir.), *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la*



*Unión Europea. La política criminal europea*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 539-548.

VALLS, Ramón, “La dignidad humana”, en CASADO, María (coord.), *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre bioética y derechos humanos de la Unesco*, Ed. Thomson Reuters, Pamplona, 2009, pp.65-72.

VIDALES RODRÍGUEZ, Caty, “El comiso ampliado: consideraciones constitucionales”, en CARBONELL MATEU, GONZÁLEZ CUSSAC Y ORTS BERENGUER, *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*, t. II, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 19989-2005.

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, “Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas”, *Revista Penal*, núm. 14, 2004, pp. 182-208.

- “El nuevo delito de tráfico de personas”, *Diario la Ley*, Año XXV, núm. 5963, jueves, 26 de febrero de 2004 [<http://diariolaley.laley.es>]
- “Normativa Europea y regulación del tráfico de personas en el Código Penal Español” en RODRÍGUEZ MESA, M<sup>a</sup> José y RUÍZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón (coords.) *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el Siglo XXI*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 69-108.
- “Título XV BIS. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), *Comentarios al nuevo Código penal*, 2<sup>a</sup> Edición, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2001, pp.1659-1680.

VILLEGAS FERNÁNDEZ, Jesús Manuel, “Teoría penal del acoso moral: “mobbing”, “bullyng”, “blockbusting” (I)”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 1997, 2005, pp.5-20.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Luis, (“Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *societas delinquere no potest*”, *CPC*, núm. 11, 1980, pp.67-88.

- “*Societas delinquere potest* (Análisis de la reforma operada en el Código Penal español por la Lo 5/2010, de 22 de junio”, *La Ley Penal*, núm. 76, Sección Estudios, Noviembre 2010, pp.1-6.
- “Algunos problemas actuales de la imputación objetiva y subjetiva (especial consideración de las muertes de inmigrantes en las travesías marítimas”, ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (dir.) y PÉREZ ALONSO, Esteban Juan (coord.), *El derecho penal ante el fenómeno migratorio*”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 201-211.

- “El concurso entre los delitos de lesión y los delitos de peligro. La extraña regla concursal del artículo 382 del Código penal español”, en *La Ley Penal*, núm. 67, Sección Estudios, Enero 2010, pp.1-5.
- , “La demarcación entre el dolo y la culpa: el problema del dolo eventual”, *ADPCP*, XXXIX, 1986, pp. 385-422.

### 3. Informes y otra Documentación

ACCEM, *La trata de personas con fines de explotación laboral. Un estudio de aproximación a la realidad en España*, 2006. Disponible en <http://www.accem.es> [última visita, 12 marzo 2014].

Anteproyecto de Ley orgánica que pretende modificar la Ley orgánica de 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, aprobado en Consejo de Ministros el 20 de septiembre de 2013 [[http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-66-1.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-66-1.PDF) ]

APDHA, “Derechos Humanos en la Frontera Sur. 2013”, Ed. APDHA, Sevilla, 2013, p. 13. Disponible en <http://www.apdha.org/index.php> [última consulta, 20 marzo de 2014].

BELSEN, Patrick, COCK, Michaëlle y MEHRAN, Farhad, *OIT Minimum estimate of forced labour in the world*, Ginebra, 2005. Disponible en <http://www.ilo.org> [última visita, 12 de abril de 2014].

BONELLI JÁUDENES, Elena y ULLOA JIMÉNEZ, Marcela (Coord.), *Tráfico e inmigración de mujeres en España colombianas y ecuatorianas en los servicios domésticos y sexuales*. Disponible en [http://igualdade.xunta.es/sites/default/files/files/documentos/satellite1\\_0.pdf](http://igualdade.xunta.es/sites/default/files/files/documentos/satellite1_0.pdf) [última visita, 12 de abril de 2014].

COMISIÓN EUROPEA, *Los derechos de las víctimas de trata de seres humanos en la Unión Europea*, 2013. Disponible en <http://bookshop.europa.eu/es/los-derechos-de-las-v-ctimas-de-la-trata-de-seres-humanos-en-la-ue-pbDR3213053> [última consulta, 20 marzo de 2014].

COUNCIL OF EUROPE, *Convention on Action against trafficking in human beings and its Explanatory report*, 2005. Disponible en [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/Docs/Convntn/CETS197\\_en.asp#TopOfPage](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/Docs/Convntn/CETS197_en.asp#TopOfPage) [última visita, 12 de abril 2014]

COUNCIL OF EUROPE, *Organised crime situation report*. Disponibles en <https://www.coe.int>

CHRISTENSEN, Tyles Marie, *Trata con fines de explotación sexual: Protección de las víctimas en la legislación nacional e internacional de asilo*, ACNUR, Ginebra, abril de 2011, pp. 21-23.

DEFENSOR DEL PUEBLO, *¿Menores o adultos? Procedimientos para la determinación de la edad*, Madrid, 2012. Disponible <http://www.defensordelpueblo.es/es/index.html> [última consulta, 5 de marzo de 2014].

- *La trata de seres humanos en España: Víctimas invisibles*, Madrid, 2012, Disponible <http://www.defensordelpueblo.es/es/index.html> [última consulta, 5 de marzo de 2014].

EUROPOL, *SOCTA 2013. EU Serious and Organised Crime threat assessment*. Disponible en [https://www.europol.europa.eu/latest\\_publications/31](https://www.europol.europa.eu/latest_publications/31)

EUROSTAT, *Trafficking in human beings, 2013*. Disponible en <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/eurostat/home> [última consulta, 8 marzo de 2014].

FGE, Circular 2/1990 sobre la aplicación de la reforma de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de enero de actualización del Código penal. Disponible en [www.fiscal.es](http://www.fiscal.es) [última consulta, 5 de marzo de 2014].

- Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por LO/2010. Disponible en [www.fiscal.es](http://www.fiscal.es), [última consulta, 5 de marzo de 2014].

FGE, Circular 2/2006 sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España. Disponible en [www.fiscal.es](http://www.fiscal.es), [última consulta, 5 de marzo de 2014].

- Circular 5/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración. Disponible en [www.fiscal.es](http://www.fiscal.es), [última consulta, 5 de marzo de 2014].
- Instrucción 1/2002, de 19 de febrero, sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del Fiscal en materia de extranjería. Disponible en [www.fiscal.es](http://www.fiscal.es), [última consulta, 5 de marzo de 2014].

GLOBAL RIGHTS, *Guía anotada del Protocolo completo de la ONU contra la trata de personas*, Disponible en [http://www.oas.org/atip/Reports/Annot\\_Prot\\_SPANISH.pdf](http://www.oas.org/atip/Reports/Annot_Prot_SPANISH.pdf)

GOBIERNO DE ESPAÑA, *Guía de Recursos para la atención a Víctimas de Trata con fines de explotación sexual*.

<http://www.msssi.gob.es/ssi/violenciaGenero/tratadeMujeres/ProtocoloMarco/homel.htm>  
[última consulta, el 1 de diciembre de 2013].

GOBIERNO DE ESPAÑA, *Plan integral de lucha contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual*, 2009, disponible en <http://www.msssi.gob.es> [última visita, 20 de marzo de 2014].

GRETA, *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Spain. First evaluation round*, Strasbourg, 27 September 2013, [Disponible en [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/docs/Reports/GRETA\\_2013\\_16\\_FGR\\_ESP\\_public\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/docs/Reports/GRETA_2013_16_FGR_ESP_public_en.pdf) [última visita, 12 de abril 2014].

GRUPO DE EXPERTOS EN LA TRATA DE SERES HUMANOS DE LA UE, *Report of the Experts group on trafficking in human beings*, Brussels, 22 december 2004. Disponible en [legislationline.org](http://legislationline.org) [última visita, 12 de abril 2014].

NACIONES UNIDAS, *Manual para la lucha contra la trata de personas*, Nueva York, 2007. Disponible en [http://www.unodc.org/pdf/Trafficking\\_toolkit\\_Spanish.pdf](http://www.unodc.org/pdf/Trafficking_toolkit_Spanish.pdf) [última visita, 12 de abril 2014].

OHCHR, *La abolición de la Esclavitud y sus formas contemporáneas*, Nueva York y Ginebra, 2002. Disponible en <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/slaverysp.pdf> [última visita 20 de marzo de 2014].

OIM, *Counter trafficking and Assistance to vulnerable migrants. Annual Report of activities 2011*, Ginebra, 2012. Disponible en <https://www.iom.int> [última visita, 12 de abril 2014].

OIM, *Migrant Assistance. Annual Review 2012*, Ginebra, 2012. Disponible en <https://www.iom.int> [última visita, 12 de abril 2014].

OIT, *Action against trafficking in humans beings 2008*, Ginebra, 2008. Disponible en <http://www.ilo.org> [última visita, 12 de abril 2014].

OIT, *ILO Global Estimate of Forced Labour Results and methodology*, 2012. Disponible <http://www.ilo.org/> [última visita, 12 de abril 2014].

- *Una alianza global contra el trabajo forzoso*, Ginebra, 2005, p. Disponible <http://www.ilo.org/> [última visita, 12 de abril 2014].

GENERALITAT DE CATALUÑA, *Protocolo de protección de las víctimas de trata de seres humanos de Cataluña*, de 17 de octubre de 2013. Disponible en [www.gencat.cat](http://www.gencat.cat)

RAYMOND, Janice, *Guía para el nuevo protocolo de Naciones Unidas sobre tráfico de personas*, North Amherst, 2001. Disponible en [http://www.hrea.org/erc/Library/display\\_doc.php?url=http%3A%2F%2Faction.web.ca%2Fhome%2Fcatw%2Fattach%2Fguia\\_nuevo\\_protocolo.pdf&external=N](http://www.hrea.org/erc/Library/display_doc.php?url=http%3A%2F%2Faction.web.ca%2Fhome%2Fcatw%2Fattach%2Fguia_nuevo_protocolo.pdf&external=N)) [última visita el 20 julio de 2010]

RED ESPAÑOLA CONTRA LA TRATA DE PERSONAS, *Guía Básica para la identificación, derivación y protección de las personas víctimas de trata con fines de explotación*, 2008. Disponible en <http://www.redcontralatrata.org> [última consulta, el 1 de diciembre de 2013].

RELATORA ESPECIAL SOBRE LA TRATA DE PERSONAS, ESPECIALMENTE MUJERES Y NIÑOS, *Promoción y protección de todos los derechos humanos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*, A/HRC/10/16, 20 de febrero de 2009. Disponible en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7384.pdf?view=1> [última visita, 12 de abril 2014].

U.S. DEPARTMENT OF STATE, *Trafficking in persons report 2013*. Disponible en <http://www.state.gov/j/tip/index.htm>. [Última visita, 12 de abril 2014].

UNODC, *Manual para la lucha contra la trata de persona*, Nueva York, 2007 [disponible [http://www.unodc.org/pdf/Trafficking\\_toolkit\\_Spanish.pdf](http://www.unodc.org/pdf/Trafficking_toolkit_Spanish.pdf)] [Última visita 16 de mayo 2010].

- “An Introduction to Human Trafficking: vulnerability, Impact and Action?” Naciones Unidas, Nueva York, 2008. Disponible [www.unodc.org](http://www.unodc.org) [última visita, 12 de abril 2014]
- *Global Report on trafficking in persons 2012*, Vienna, 2012. Disponible en <https://www.unodc.org/cld/index.jsp> [última visita, 12 de abril 2014].
- *Trafficking in Persons: Global Patterns*, 2006. Disponible <http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/HT-globalpatterns-en.pdf> [última visita, 12 de abril 2014].

WALK FREE FOUNDATION, *Índice mundial de esclavitud 2013*, Disponible en <http://www.globallaveryindex.org> [última visita, 12 de abril 2014].

# JURISPRUDENCIA

## 1. Jurisprudencia Internacional

### 1.1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STEDH (Gran Sala) 15 de diciembre de 2011, *Caso Al-Khawaja y Tahery contra Reino Unido*.

STEDH (Gran Sala) de 15 de noviembre de 1996, *Caso Chahal contra el Reino Unido*.

STEDH (Gran Sala) de 4 de febrero de 2005, *Caso Mamatkulov y Askarov c. Turquía*.

STEDH (Pleno) de 20 de noviembre de 1989, *Caso Kostovski c. Holanda*.

STEDH (Pleno) de 26 de junio de 1992, *Caso Drozd y Janousek c. Francia y España*.

STEDH (Pleno) de 7 de julio de 1989, *Caso Soering c. Reino Unido*.

STEDH (Sala) de 15 de junio de 1992, *Caso Ludi contra Suiza*.

STEDH (Sala) de 26 de marzo de 1996, *Caso Doorson contra Holanda*.

STEDH (Sala) de 23 de abril de 1997, *Caso Van Mechelen y otros contra Holanda*.

STEDH (Sala), de 27 de septiembre de 1990, *Caso Windisch contra Austria*.

STEDH (Sección 2ª) de 26 de julio de 2005, *Caso Siliadin c. France*.

STEDH (Sección 2ª) de 27 de febrero de 2001, *Caso Lucà c. Italia*.

STEDH (Sección 3ª) 28 de marzo de 2002, *Caso Birutis y otros c. Lituania*.

STEDH (Sección 3ª) de 14 de febrero de 2002, *Caso Visser c. Holanda*.

STEDH (Sección 3ª) de 19 de febrero de 2013, *Caso Gani c. España*.

STEDH (Sección 3ª) de 7 de enero de 2010, *Caso Rantsev contra Chipre y Rusia*.

STEDH (Sección 4ª) de 22 de noviembre de 2005, *Caso Taal contra Estonia*.

STEDH (Sección 5ª) de 10 de agosto de 2006, *Caso Olaechea Cahuas c. España*.

STEDH de 17 de diciembre de 1996, *Caso Ahmed contra Austria*.

## **1.2. Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

STJCE (Gran Sala), de 13 de septiembre de 2005, asunto C-176/03, *Comisión de las Comunidades Europeas contra el Consejo de la Unión Europea*.

STJCE de 14 de mayo de 2009, asunto C-266/08, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España*.

STJCE de 20 de noviembre de 2001, asunto C-268/99, *Aldona Malgorzata Jany y otros contra Staatssecretaris van Justitie*.

STJUE de 14 de octubre de 2004, asunto C-36/02, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH contra Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*.

## **2. Jurisprudencia Nacional**

### **2.1. Tribunal Constitucional**

ATC (Sección 1ª) 149/1999, de 14 de Junio de 1999.

ATC (Sección 4ª) 241/1985, de 17 de Abril de 1985.

STC (Sala 2ª) 173/1990, de 12 de noviembre, (Ponente: José Gabaldón López).

STC (Sala 2ª) 201/1996, de 9 de diciembre (Ponente: Tomás S. Vives Antón).

STC (Pleno) 137/1990, de 19 de julio (Ponentes: Jesús Leguina Villa, José Luis de los Mozos y de los Mozos y don Vicente Gimeno Sendra).

STC (Sala 1ª) 1/2006, de 16 de enero, (Ponente: Roberto García-Calvo y Montiel).

STC (Pleno) 120/1990 de 27 de junio de 1990 (Ponente: Fernando García-Mon y González Regueral).

STC (Pleno) 292/2000, 30 de noviembre (Ponente: Magistrado don Julio Diego González Campos).

STC (Pleno) 45/2009, de 19 de febrero (Ponente: Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez).

STC (Pleno) 5/81, de 13 de febrero, (Ponente: Francisco Tomás y Valiente).

STC (Pleno) 53/1985, de 11 de abril (Ponentes Gloria Begué Cantón y don Rafael Gómez-Ferrer Morant).

STC (Pleno) 53/2013, de 28 de febrero, (Ponente: Fernando Valdés Dal-Ré).

STC (Pleno) 236/2007, de 7 de noviembre (Ponente: Magistrada doña María Emilia Casas Baamonde).

STC (Pleno) 95/2003, de 22 de mayo (Ponente: Magistrado don Guillermo Jiménez Sánchez).

STC (Sala 1ª) 65/1992, de 29 de abril de 1992, (Ponente: Fernando García-Mon y González-Regueral).

STC (Sala 1ª) 66/1992, de 29 de abril, (Ponente: Jesús Leguina Villa).

STC (Sala 1ª) 80/1986, de 17 de junio, (Ponente: Eugenio Díaz Eimil).

STC (Sala 1ª) 134/2010, de 3 de diciembre, (Ponente: Jorge Rodríguez-Zapata Pérez).

STC (Sala 1ª) 144/1990, de 26 de septiembre, (Ponente: Magistrado don Carlos de la Vega Benayas).

STC (Sala 1ª) 182/1989, de 3 de noviembre, (Ponente: Vicente Gimeno Sendra).

STC (Sala 1ª) 2/1982, de 29 de enero (Ponente: don Rafael Gómez-Ferrer Morant).

STC (Sala 1ª) 201/1989, de 30 de noviembre, (Ponente: Vicente Gimeno Sendra).

STC (Sala 1ª) 229/1991, de 28 de noviembre, (Ponente: Luis López Guerra).

STC (Sala 1ª) 278/1994, 17 de octubre, F.J. (Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer).

STC (Sala 1ª) 37/1993, 8 de febrero, (Ponente: Vicente Gimeno Sendra).

STC (Sala 1ª) 56/2004, de 19 de abril (Ponente: Javier Delgado Barrio).

STC (Sala 1ª) 64/1994, de 28 de febrero, (Ponente: Carlos de la Vega Benayas).

STC (Sala 1ª) 75/2013, de 8 de abril (Ponente: Adela Asúa Batarrita).

STC (Sala 1ª) 98/1993, de 22 de marzo (Ponente: Rafael Mendizábal Allende).

STC (Sala 1ª) 206/2003, de 1 de diciembre, (Ponente: Javier Delgado Barrio).

STC (Sala 2ª) 195/2002, 28 de octubre de 2002, (Ponente: Pablo Cachón Villar).

STC (Sala 2ª) 107/1984, 23 de Noviembre de 1984 (Ponente: Magistrado don Francisco Rubio Llorente).

STC (Sala 2ª) 151/1997, de 29 de septiembre (Ponente: Magistrado don Carles Viver Pi-Sunyer).

STC (Sala 2ª) 174/2011, de 7 de noviembre de 2011, (Ponente: Francisco Pérez de los Cobos Orihuel).



STC (Sala 2ª) 2/1990, de 15 de enero (Ponente: Magistrado don Antonio Truyol Serra).

STC (Sala 2ª) 201/1996, de 9 de diciembre (Ponente: Tomás S. Vives Antón)

STC (Sala 2ª) 231/1988, de 2 de diciembre (Ponente: Magistrado don Luis López Guerra).

STC (Sala 2ª) 345/2006, de 11 de diciembre (Ponente: Pascual Sala Sánchez).

STC (Sala 2ª) 68/2010, de 18 de octubre, (Ponente: Elisa Pérez Vera).

STC (Sala 2ª) 99/1985, de 30 de septiembre de 1985, (Ponente: Magistrado Don Francisco Tomás y Valiente).

STC (Sala Primera) 192/2003, de 27 de octubre de 2003 (Ponente: *Doña* María Emilia Casas Baamonde).

STC (Sala Segunda) 237/2005, de 25 de septiembre de 2005 (Ponente: Magistrado don Guillermo Jiménez Sánchez).

STC (Pleno) 120/1990 de 27 de junio de 1990 (Ponente: Fernando García-Mon y González Regueral).

STC (Pleno) 67/2001, de 17 de marzo, (Ponente: Pablo Cachón Villar).

## **2.2. Tribunal Supremo**

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª] núm. 354/1999, de 3 de marzo, (Ponente: Andrés Martínez Arrieta), [ROJ: STS 1475/1999].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1735/2001, de 3 de octubre de 2001, (Ponente: Perfecto Agustín Andrés Ibáñez), [ROJ: STS 7490/2001].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 2134/2002, de 19 de diciembre (Ponente: José Ramón Soriano Soriano), [ROJ: STS 8604/2002].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 293/2011, de 14 de abril de 2011 (Ponente: Colmenero Menéndez de Luarca) [ROJ: STS 2476/2011].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 428/1983, de 21 de marzo, (Ponente: José Hijas Palacios) [ROJ: STS 1098/1983].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 935/2006, de 2 octubre (Ponente: Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre), [ROJ: STS 5836/2006].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª), núm. 947/2009, de 2 de octubre de 2009, (Ponente: Joaquín Giménez García), [ROJ: STS 6342/2009].

STS (Sala contencioso-administrativa. Sección 5ª), de 13 de febrero de 2008 (Ponente: Rafael Fernández Valverde), [ROJ: STS 628/2008].

STS (Sala Contencioso-Administrativo. Sección 3ª) núm. de recurso 4119/2008, de 26 de julio de 2011, (Ponente: Eduardo Espín Templado), [ROJ: STS 5556/2011].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 112/199, de 30 de enero (Ponente: Adolfo Prego de Oliver Tolivar), [ROJ: STS 505/1999]

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 112/199, de 30 de enero (Ponente: Adolfo Prego de Oliver Tolivar), [ROJ: STS 505/1999].

STS (Sala de lo Contencioso. Sección 5) núm. de recurso 4251/2005, de 2 de enero de 2009, (Ponente: Jesús Ernesto Peces Morate), [ROJ: STS 209/2009].

STS (Sala de lo Contencioso. Sección 7ª), núm. de recurso 52/1997, de 19 de junio de 1998, (Ponente: Manuel Goded Miranda) [ROJ: STS 4091/1998].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1248/2002, de 28 de junio, (Ponente: Diego Antonio Ramos Gancedo) [ROJ: STS 4820/2002].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 308/2010, de 18 de marzo (Ponente: Carlos Granados Pérez), [ROJ: STS 1744/2010].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 409/200, 13 de marzo (Ponente: Carlos Granados Pérez), [ROJ: STS 2002/2000].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 69/2010, de 30 de enero, (Ponente: Alberto Gumersindo Jorge Barreiro) [ROJ: STS 902/2010].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1004/2010, de 8 de noviembre de 2010, (Ponente: Manuel Marchena Gómez), [ROJ: STS 6476/2010].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1016/2012, de 20 de diciembre, (Ponente: Francisco Monterde Ferrer), [ROJ: STS 8543/2012].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 102/1997, de 28 de enero, (Ponente: Gregorio García Ancos), [ROJ: STS 476/1997].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1023/2011, de 5 de octubre, (Ponente: José Manuel Maza Martín), [ROJ: STS 6829/2011].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1030/2007, de 4 de diciembre de 2007, (Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca), [ROJ: STS 8289/2007].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1040/2003, de 16 de julio de 2003, (Ponente: Juan Saavedra Ruiz) [ROJ: STS 5060/2003].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1046/2011, de 6 de octubre (Ponente: Alberto Gumersindo Jorge Barreiro), [ROJ: 6840/2011].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1056/2012, de 21 de diciembre, (Ponente: Carlos Granados Pérez), [ROJ: STS 8758/2012].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1077/2012, de 28 de diciembre, (Ponente: Antonio del Moral García), [ROJ: STS 9147/2012].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 110/2012, de 29 de febrero, (Ponente: Perfecto Agustín Andrés Ibáñez), [ROJ: STS 1418/2012].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1122/2007, de 10 de diciembre de 2007, (Ponente: Siro Francisco García Pérez), [ROJ: STS 8779/2007].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1125/2011, 2 de noviembre de 2011 (Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre), [ROJ: STS 7290/2011].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1127/2006, de 28 de octubre de 2006, (Ponente: Carlos Granados Pérez), [ROJ: STS 6966/2006].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1146/2009, de 18 de noviembre (Ponente Miguel Colmenero de Luarca), [ROJ: STS 7955/2009].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1167/2004, de 22 de octubre, (Ponente: Juan Berdugo Gómez de la Torre), [ROJ: STS 6726/2004].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1177/2003, de 12 de septiembre, (Ponente: Joaquín Delgado García), [ROJ: STS 5465/2003].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1218/2004 de 2 de noviembre de 2004, (Ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre), [ROJ: STS 7040/2004].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1229/2002, de 1 de julio (Ponente: José Jiménez Villarejo), [ROJ: STS 4878/2002].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1238/2009, 11 de diciembre (Ponente: Juan Ramón Verdugo Gómez de la Torre), [ROJ: STS 7788/2009].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1270/2003, de 25 de febrero de 2003 (Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca), [ROJ: STS 5972/2003].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 128/2008, de 23 de enero de 2008 (Ponente: Enrique Bacigalupo Zapater), [ROJ: STS 128/2008].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1342/2003, de 20 de octubre, (Ponente: José Jiménez Villarejo) [ROJ: STS 6439/2003].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 14/2010, de 28 de enero, (Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre), [ROJ: STS 303/2010].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 143/2007, de 22 de febrero (Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca), [ROJ: STS 1943/2007].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1447/2003, de 30 de octubre 2003 (Ponente: Carlos Granados Pérez), [ROJ: STS 6755/2003].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1453/2002, de 13 de septiembre, (Ponente: Julián Artemio Sánchez Melgar), [ROJ: STS 5848/2002].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1476/1990, de 6 de mayo de 1992, (Ponente: Ilmo. Sr. Eduardo Moner Muñoz) [ROJ: STS 14332/1992].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1499/1984, de 6 de noviembre de 1984, (Ponente: Bernardo Francisco Castro Pérez), [ROJ: STS 818/1984].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 156/2003, de 16 de febrero, F.J.3º (Ponente: Cándido Conde-Pumpido Tourón), [ROJ: STS 835/2003].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1579/1999, de 10 de marzo, (Ponente: Adolfo Prego de Oliver Tolivar) [ROJ: STS 1905/2000].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1605/2000, 20 de octubre (Ponente: Julián Artemio Sánchez Melgar), [ROJ: STS 7557/2000].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1689/2003, 18 de diciembre, (Ponente: Juan Saavedra Ruíz), [ROJ: STS 8257/2003].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1714/2001, de 2 de octubre, (Ponente: Enrique Bacigalupo Zapater), [ROJ: STS 7439/2001].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1731/2000, de 10 de noviembre, (Ponente: Carlos Granados Pérez), [ROJ: STS 8187/2000].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1796/2002, de 25 de octubre, (Ponente: Carlos Granados Pérez), [ROJ: STS 7044/2002].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 19/2013, de 9 de enero, (Ponente: Manuel Marchena Gómez), [ROJ: STS 173/2013].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 190/1998, de 16 de febrero, (Ponente: Cándido Conde-Pumpido Tourón), [ROJ: STS 1031/1998].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 196/2011, 23 de marzo, (Ponente: Francisco Monterde Ferrer), [ROJ: STS 1790/2011].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 2087/1994, de 8 de julio de 1994, F.J.2º (Ponente: Joaquín Delgado García), [ROJ: STS 16152/1994].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 2131/1986, 15 de febrero 1986, (Ponente: Martín Jesús Rodríguez López), [ROJ: STS 9793/1986].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 22/2012, de 23 de enero de 2012 (Ponente: José Manuel Maza Martín), [ROJ: STS 403/2012].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 224/2005, de 24 de febrero, (Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre) [ROJ: STS 1153/2005].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 234/2001, de 3 de mayo, (Ponente: Adolfo Prego de Oliver Tolivar);

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 238/2010, de 17 de marzo de 2010, (Ponente; Diego Antonio Ramos Gancedo) [ROJ: STS 1674/2010].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 239/1998, de 24 de febrero de 1998, (Ponente: José Antonio Martín Pallín) [ROJ: STS 1256/1998].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 243/1998, de 20 de febrero de 1998, (Ponente: José Augusto de Vega Ruíz), [ROJ: STS 1129/1998].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 321/2005, de 10 de marzo, (Ponente: Carlos Granados Pérez), [ROJ: STS 1503/2005].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 3242/1990, de octubre de 1990, (Ponente: José Antonio Martín Pallín), [ROJ: STS 7037/1990].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 33/2010, de 3 de febrero, (Ponente: Luciano Varela Castro), [ROJ: STS 335/2010].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 343/1999, de 9 de marzo, F.J.2 (Ponente: José Antonio Martín Pallín), [ROJ: STS 1606/1999].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 349/2005, 17 de marzo, (Ponente: Andrés Martínez Arrieta), [ROJ: STS 1701/2005].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 3573/1992, de 18 de noviembre de 1992, (Ponente: José Augusto de Vega Ruíz), [ROJ: STS 13785/1992].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 395/2009, de 16 de abril, (Ponente: Manuel Marchena Gómez), [ROJ: STS 2189/2009].

STS (sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 421/2003, de 10 de abril, (Ponente: Juan Saavedra Ruiz), [ROJ: STS 2539/2003].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 429/2002, de 8 marzo (Ponente: José Jiménez Villarejo), [ROJ: STS 1652/2002].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 438/2004, de 29 de marzo, (Ponente: Francisco Monterde Ferrer) [ROJ: STS 2141/2004].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 473/2011, de 2 de junio de 2011, (Ponente: José Ramón Soriano Soriano), [ROJ: STS 4036/2011].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 477/2009, de 10 de noviembre (Ponente: Julián Artemenio Sánchez Melgar), [ROJ: STS 6885/2009].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 479/2006, de 28 de abril de 2006 (Ponente: Diego Antonio Ramos Gancedo), [ROJ: STS 3123/2006].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 480/2009, de 22 de mayo, (Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre), [ROJ: STS 3057/2009].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 480/2009, de 22 de mayo, (Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre), [ROJ: STS 3057/2009].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 541/1981, de 21 de abril (Ponente: Benjamín Gil Sáez), [ROJ: STS 4294/1981].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 561/2007, de 15 de junio de 2007, (Ponente: Luis Román Puertas Luis), [ROJ: STS 4018/2007].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 569/2006, de 19 de mayo (Ponente: D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca), [ROJ: STS 3139/2006].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 57/2003, de 23 de enero (Ponente: Andrés Martínez Arriet), [ROJ: STS 295/2003].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 59/2007, 26 de enero, (Ponente: Andrés Martínez Arrieta), [ROJ: STS 471/2007].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 59/2007, 26 de enero, (Ponente: Andrés Martínez Arrieta), [ROJ: STS 471/2007].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 606/2010, de 25 de junio (Ponente: Excmo. Sr. Luciano Varela Castro), [ROJ: STS 3873/2010].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 609/2013, de 10 de julio, (Ponente: Cándido Conde-Pumpido Tourón), [ROJ: STS 3883/2013].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 628/2007, de 21 de junio (Ponente: José Manuel Maza Martín) [ROJ: STS 4945/2007].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 63/2010, de 1 de febrero, (Ponente: Francisco Monterde Ferrer), [ROJ: STS 1100/2010].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 649/2010, de 18 de junio, F.J. 1º y 4º (Ponente: Alberto Gumersindo Jorge) [ROJ: STS 3829/2010].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 667/2008, de 5 de noviembre, (Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre), [ROJ: STS 6095/2008].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 68/2003, de 27 de enero, (Ponente: Joaquín Delgado García), [ROJ: STS 403/2003].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 689/2013, de 26 de julio de 2013, FJ. 11º (Ponente: Alberto Gumersindo Jorge Barreiro), [ROJ: 428/2013].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 689/2013, de 26 de julio de 2013 (Ponente: Alberto Gumersindo Jorge Barreiro), [ROJ: 428/2013].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 703/1998, de 5 de febrero de 1998, (Ponente: José Jiménez Villarejo), [ROJ: STS 3130/1998].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 708/2010, 14 de julio, (Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca), [ROJ: STS 4124/2010].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 727/2004, de 10 de junio, (Ponente: José Manuel Maza Martín) [ROJ: STS 4023/2004].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 743/2010, de 17 de junio, (Ponente: Juan Saavedra Ruíz), [ROJ: STS 4235/2010].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 745/2008, 25 de noviembre de 2008, (Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre) [ROJ: STS 6627/2008].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 749/2009, de 3 de julio, (Ponente: Francisco Monterde Ferrer), [ROJ: STS 4693/2009].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 761/2008, de 13 de noviembre (Ponente: Joaquín Delgado García), [ROJ: STS 6752/2008].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 802/2008, de 5 de noviembre de 2008, (Ponente: Andrés Martínez Arrieta) [ROJ: STS 6750/2008].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 803/2010 de 30 septiembre, (Ponente: Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre), [ROJ: STS 5117/2010].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 806/2010, de 25 de junio, (Ponente: Luciano Varela Castro), [ROJ: STS 3873/2010].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 816/2006, de 26 de julio (Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre), [ROJ: STS 4580/2006].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 816/2006, de 26 de julio, (Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre), [ROJ: STS 4580/2006].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 827/2012 de 24 octubre, (Ponente: Excmo. Sr. Manuel Marchena Gómez) [ROJ: STS 7363/2012].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 883/2010, de 4 de octubre, (Ponente: Alberto Gumersindo Jorge Barreiro), [ROJ: STS 5631/2010].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 892/2008, de 26 de diciembre, (Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre), [ROJ: STS 6940/2008].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 899/2004, de 8 de julio, (Ponente: Miguel Colmenero de Luarca), [ROJ: STS 4916/2004].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 901/2005, de 7 de julio, (Ponente: Carlos Granados Pérez) [ROJ: STS 4558/2005].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 910/2013, de 3 de diciembre de 2013, (Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca) [ROJ: STS 5805/2013].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 913/1997, de 24 de junio, F.J. 2(Ponente: Joaquín Delgado García), [ROJ: STS 4505/1997].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 93/2007, de 1 de febrero de 2007, (Ponente: Joaquín Giménez García), [ROJ: STS 718/2007].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 930/1998, de 2 de julio, (Ponente: Eduardo Moner Muñoz), [ROJ: STS 4432/1998].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 938/2013, de 10 de diciembre, (Ponente: Andrés Martínez Arriet), [ROJ: STS 6208/2013].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 940/2011, 27 de septiembre de 2011, (Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre) [ROJ: STS 5856/2011].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 951/2009, 9 de octubre, (Ponente: José Antonio Martín Pallín), [ROJ: STS 6442/2009].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 96/2009 de 10 de marzo, (Ponente: Adolfo Prego de Oliver Tolivar), [ROJ: STS 1804/2009].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 96/2009, de 10 de marzo de 2009, [Ponente: Adolfo Prego de Oliver Tolivar), [ROJ:: STS 1804/2009].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 964/2013, de 17 de diciembre, (Ponente: Cándido Conde-Pumpido Tourón), [ROJ: STS 6348/2013].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 973/2007, de 19 de noviembre, (Ponente: Julián Artemio Sánchez Melgar), [ROJ: STS 7814/2007].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. de recurso 5268/1990, de 13 de noviembre de 1992 (Ponente: Luis Román Puerta Luis), [ROJ: STS 8438/1992].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. de recurso 5312/1990, de 12 de mayo de 1992, (Ponente: José Manuel Martínez- Pereda Rodríguez) [ROJ: STS 3757/1992].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm.1310/2002, de 9 de julio de 2002, (Ponente: Enrique Abad Fernández), [ROJ: STS 5128/2002].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm.de recurso 2646/1994, de 27 de abril de 1995, (Ponente: José Manuel Martínez- Pereda Rodríguez) [ROJ: STS 2369/1995].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª), núm. 808/2005, de 23 de junio, (Ponente: José Ramón Soriano Soriano) [ROJ: STS 4156/2005].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª), núm. 1059/2005, de 28 de septiembre, (Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre) [ROJ: STS 5608/2005].



STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª), núm. 1095/2001, de 16 de julio de 2001, (Ponente Cánido Conde-Pumpido Tourón), [ROJ: STS 6202/2001].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª), núm. 1469/2005, de 24 de noviembre de 2005 (Ponente: Diego Antonio Ramos Gancedo), [ROJ: STS 7491/2005].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª), núm. 1952/2000, de 19 de diciembre de 2000, (Ponente; José Antonio Martín Pallín).

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª), núm. 3317/1991, de 25 de octubre de 1991 (Ponente: Enrique Bacigalupo Zapater [ROJ: STS 8127/1991].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª), núm. 943/2006, de 2 de octubre, (Ponente: José Antonio Martín Pallín) [ROJ: STS 6069/2006].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1º) núm. 187/2013 de 11 de febrero de 2013 (Ponente: Luciano Varela Castro) [ROJ: STS 1914/2013].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1º), núm. 304/2007, de 10 de abril, (Ponente: Francisco Monterde Ferrer), [ROJ: STS 2583/2007].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 186/2012, de 14 de marzo de 2012, (Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre), [ROJ: STS 1612/2012].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 582/2007, de 21 de junio (Ponente: Juan Saavedra Ruiz), [ROJ: STS 4009/2007].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 588/2000, de 6 de abril de 2000 (Ponente: Roberto García-Calvo Montiel), [ROJ: STS 2849/2000].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. de recurso 3797/1988, de 12 de abril de 1991, F.J. 6º, (Ponente: Enrique Bacigalupo Zapater), [ROJ: STS 2035/1991].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. de recurso 3797/1988, de 12 de abril de 1991, (Ponente: Enrique Bacigalupo Zapater), [ROJ: STS 2035/1991].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 921/2009, 29 de octubre, (Ponente: Diego Antonio Ramos Gancedo), [ROJ: STS 6307/2009].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1020/1996, de 10 de febrero, (Ponente: Joaquín Martín Canivell), [ROJ: STS 841/1997].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 808/2005 de 23 de junio, (Ponente: José Ramón Soriano Soriano), [ROJ: STS 4156/2005].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1075/2006, de 23 de octubre, (Ponente: José Antonio Martín Pallín) [ROJ: STS 6951/2006].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1080/2006, 2 noviembre, (Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca), [ROJ: STS 7451/2006].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1092/2004, 1 de octubre de 2004, (Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca), [ROJ: STS 6130/2004].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1171/2009, de 10 de noviembre, (Ponente: Carlos Granados Pérez), [ROJ: STS 7213/2009].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 126/2010, de 15 de febrero de 2010, (Ponente: Alberto Gumersindo Jorge Barreiro) [ROJ: STS 998/2010].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1310/2004, 5 noviembre, (Ponente: Perfecto Agustín Andrés Ibáñez), [ROJ: STS 7142/2004].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1407/1991, 12 de abril, (Ponente: Enrique Bacigalupo Zapater), [ROJ: STS 10754/1991].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1428/2000, 23 de septiembre, (Ponente: Roberto García- Calvo Montiel), [ROJ: STS 6659/2000].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 15/2008, de 17 de enero, (Ponente: Manuel Marchena Gómez), [ROJ: STS 659/2008].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1588/2001, de 17 de septiembre, (Ponente: Juan Artemio Sánchez Melgar), [ROJ: STS 6859/2001].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1707/1985, 25 de noviembre, (Ponente: Francisco Soto Nieto), [ROJ: STS 766/1985].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 172/2008, 30 de abril, (Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre), [ROJ: STS 7566/2008].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 1905/2001, de 22 de octubre, (Ponente: José Jiménez Villarejo), [ROJ: STS 8092/2001].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 208/2010, 18 de marzo de 2010 (Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre), [ROJ: STS 1488/2010].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 2103/2002, de 12 de diciembre (Ponente: Sr. Enrique Abad Fernández), [ROJ: STS 8353/2002].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 3078/1992, de 9 de octubre 1992, (Ponente: Luis Román Puerta Luis) [ROJ: STS 16435/1992].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 322/2013, 16 de abril, (Ponente: Andrés Martínez Arrieta), [ROJ: STS 1941/2013].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 332/2000, de 24 de febrero, (Ponente: Julián Artemio Sánchez Melgar), [ROJ: STS 1439/2000].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 340/2001, de 30 de julio, (Ponente: Julián Artemio Sánchez Melgar), [ROJ: STS 6690/2001]

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 350/2008, 17 de junio, (Ponente: Enrique Bacigalupo Zapater), [ROJ: STS 3340/2008].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 372/2005, de 17 de marzo, (Ponente: Julián Artemio Sánchez Melgar), [ROJ: STS 1704/2005].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 378/2011, 17 de mayo, (Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre), [ROJ: STS 3111/2011].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 416/2004, de 2 de abril, (Ponente: Enrique Bacigalupo Zapater), [ROJ: STS 2296/2004].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 484/2007, 29 de mayo, (Ponente: Andrés Martínez Arrieta), [ROJ: STS 4019/2007].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 53/2004, de 4 de febrero, (Ponente: Cándido Conde-Pumpido Tourón), [ROJ: STS 487/2014].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 544/2012, de 2 de julio, (Ponente: Julián Artemio Sánchez Melgar), [ROJ: STS 4686/2012].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 635/2007, de 2 de julio de 2007 (Ponente: Manuel Marchena Gómez), [ROJ: STS 4840/2007].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 651/2006, de 5 de junio, (Ponente: Julián Artemio Sánchez Melgar), [ROJ: STS 3794/2006].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 676/2003, de 12 de mayo (Ponente: José Jiménez Villarejo), [ROJ: STS 3206/2003].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 728/2005, de 9 de junio, (Ponente: José Ramón Soriano Soriano), [ROJ: STS 3723/2005].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 773/2011, 11 de julio, (Ponente: Andrés Martínez Arrieta), [ROJ: STS 5123/2011].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 853/2010, 15 de octubre, (Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre), [ROJ: STS 5293/2010].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 884/2013, 27 de noviembre, (Ponente; Alberto Gumersindo Jorge Barreiro), [ROJ: STS 6139/2013].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 888/2013, 27 de noviembre, F.J. (Ponente: Francisco Monterde Ferrer), [ROJ: STS 5681/2013].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 91/2006, 30 de enero, (Ponente: Francisco Monterde Ferrer), [ROJ: STS 709/2006].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 994/2005, 30 de mayo (Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca), [ROJ: STS 3465/2005].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm. 995/2000, de 30 de junio, (Ponente: Joaquín Giménez García), [ROJ: STS 5351/2000].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm.1106/2009, 10 de noviembre, (Ponente: Andrés Martínez Arrieta), [ROJ: STS 6876/2009].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) núm.152/2008, de 8 de abril de 2008, (Ponente: Francisco Monterde Ferrer), [ROJ: STS 1319/2008].

STS (Sala de lo Penal. Sección1ª) núm. 111/2004, 19 de enero (Ponente: José Manuel Maza Martín) [ROJ: STS 231/2006].

STS (Sala de lo Penal. Sección1ª) núm. 1039/2005, de 22 de septiembre (Ponente: José Ramón Soriano Soriano), [ROJ: STS 5467/2005].

STS (Sala de lo Penal. Sección1ª) núm. 1145/1998, 7 de octubre (Ponente: José Augusto de Vega Ruiz), [ROJ: STS 5710/1998].

STS (Sala de lo Penal. Sección1ª) núm. 1268/2009, de 7 de diciembre (Ponente: Francisco Monterde Ferrer) [ROJ: STS 7751/2009].

STS (Sala de lo Penal. Sección1ª) núm. 1367/2004 de 29 noviembre, (Ponente: Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre), ( ROJ: STS 7739/2004].

STS (Sala de lo Penal. Sección1ª) núm. 1425/2005, de 5 diciembre (Ponente: Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre), F. J. 4 [ROJ: STS 7485/2005].

STS (Sala de lo Penal. Sección1ª) núm. 1451/2005, 14 de diciembre, (Ponente: José Ramón Soriano Soriano) [ROJ: STS 7632/2005].

STS (Sala de lo Penal. Sección1ª) núm. 177/2010, de 3 de marzo, (Ponente: José Manuel Maza Martín), [ROJ: STS 1004/2010].

STS (Sala de lo Penal. Sección1ª) núm. 605/2007, 26 de junio (Ponente: Francisco Monterde Ferrer), [ROJ: STS 5061/2007].

STS (Sala de lo Penal. Sección1ª) núm. 610/2004, 4 de mayo, (Ponente: Enrique Abad Fernández), [ROJ: STS 30/2004].

STS (Sala de lo Penal. Sección1ª) núm. 704/2005, 6 de junio (Ponente: Juan Saavedra Ruíz), [ROJ: STS 3600/2005].

STS (Sala de lo Penal. Sección1ª) núm. 87/2007, de 8 de febrero (Ponente: José Antonio Martín Pallín), [ROJ: 1948/2007].

STS (Sala de lo Penal. Sección1ª) núm.1583/2002, de 3 de octubre, (Ponente: José Aparicio Calvo-Rubio), [ROJ: STS 6427/2002].

STS (Sala de lo Penal. Sección1ª) núm.192/2011, de 18 de marzo de 2012 (Ponente: Luciano Varela Castro), [ROJ: STS 1982/2011].

STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª), núm. 1061/2009, de 26 de octubre, (Ponente: Francisco Monterde Ferrer), [ROJ: STS 6816/2009].

STS (Sala Penal. Sección 1ª) núm. 172/2008, 30 de abril (Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre), [ROJ: STS 7566/2008].

STS (Sala Penal. Sección 1ª) núm. 332/2000, de 24 de febrero (Ponente: Julián Artemio Sánchez Melgar), [ROJ: STS 1439/2000].

STS (Sala Penal. Sección 1ª) núm. 703/1998, de 5 de febrero de 1998, F.J. 5º, (Ponente: José Jiménez Villarejo).

STS (Sala Segunda. Sección 1ª) núm. 554/2007, de 25 de junio (Ponente: Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre) [ROJ: STS 4011/2007].

STS (Sección 1ª) núm. 1330/2002, de 16 de julio (Ponente: Julián Artemio Sánchez Melgar), [ROJ: STS 5382/2002].

STSJ de Castilla y León, Burgos (Contencioso-administrativo) núm. 58/2004, de 13 de febrero, (Ponente: María Begoña González García), [ROJ: STSJ CL 771/2004].

### **2.3. Audiencia Nacional y Audiencias Provinciales**

SAN (Sala de lo Contencioso. Sección 2). núm. de recurso 166/2013, de 26 de diciembre de 2013 (Ponente: Jesús Cudero Blas), [ROJ: SAN 5574/2013].

SAP Alicante (Sección 2ª) núm. 511/2010, de 1 de julio, (Ponente: Julio José Úbeda de los Cobos), ( ROJ: SAP A 1737/2010].

SAP Almería (Sección 1ª) núm. 80/2005, de 5 de abril, (Ponente Benito Gálvez Costa), [ROJ: SAP AL 197/2005].

SAP Barcelona (Sección 10ª) núm. 843/2011, de 27 de septiembre (Ponente: Carmen Sánchez-Albornoz Bernabé) [ROJ: SAP B 11239/2011].

SAP Barcelona (Sección 3ª) núm.517/1997, de 14 de octubre, (Ponente: Ana Ingelmo Fernández), [ROJ: SAP B 506/1997].

SAP Bilbao (Sección 1ª) núm. 694/2004, de 7 de octubre, (Ponente: Ruth Alonso Cardona), [ROJ: SAP BI 2245/2004].

SAP Bilbao (Sección 6ª) núm. 588/2002, de 30 de octubre, (Ponente: María Begoña Losada Dolia), [ROJ: SAP BI 2852/2002].

SAP Cádiz (Sección 4ª) núm. 120/2003, de 27 de octubre de 2003 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Estrella Ruiz), [ROJ: SAP CA 2323/2003].

SAP Cádiz (Sede Cádiz. Sección 7ª) núm. 360/2003, de 4 de diciembre, (Ponente: Manuel Gutiérrez Luna), [ROJ: SAP CA 2211/2003].

SAP Cádiz, Ceuta, (Sección 6ª) núm. 359/2005, de 19 de diciembre (Ponente: Ilmo. Sr. D. Jesús Carlos Bastardés Rodiles-San Miguel), [ROJ: SAP CE 312/2005].

SAP Córdoba (Sección 3ª) núm. 61/2011, de 3 de marzo, (Ponente: Felipe Luis Moreno Gómez), [ROJ: SAP CO 263/2011].

SAP Cuenca (Sección 1ª) núm. 177/2013 (Sección 1ª), de 2 de abril de 2013, (Ponente: José Ramón Solís García), [ROJ: SAP CU 177/2013].

SAP de Barcelona (Barcelona. Sección 2ª) núm. 1314/2012, de 9 de febrero, (Ponente: Jaume Rodes Ferrández), [ROJ: SAP B 939/2012].

SAP de Barcelona (Sección 20ª), núm. 26/2009, de 14 de enero (Ponente: Francisco Orti Ponte), [ROJ: SAP B 1/2009].

SAP de Cádiz (Sección 7ª) núm. 13/2002, de 25 de enero, (Ponente: Manuel Gutiérrez Luna) [ROJ: SAP CA 206/2002].

SAP de Cádiz, Ceuta, (Sección 6ª) núm. 156/2003, de 9 de diciembre, (Ponente: Luis de Diego Alegre), [ROJ: SAP CE 181/2003].

SAP de Granada (Sección 2ª) núm. 111/2007, de 16 de febrero de 2007 (Ponente: María Aurora González Niño), [ROJ: SAP GR 825/2007].

SAP de Huelva (Huelva. Sección 2ª) núm. 426/2000, de 25 de octubre, (Ponente: Olga María Castellano de la Poza), [ROJ: SAP H 1177/2000].

SAP de Huelva (Sección 1º), núm. 57/2009, de 12 de marzo (Ponente: Jesús Fernández Entralgo) [ROJ: SAP H 260/2009].

SAP de la Palmas (Sección 1ª), 109/2006, de 26 de julio (Ponente: José Luis Goizueta Adame), [SAP GC 2152/2006].

SAP de las Palmas (Sección 1ª), núm. 162/2007, de 14 de diciembre, (Ponente: José Luis Goizueta Adame), F.J. 1º, [ROJ: SAP GC 3184/2007].

SAP de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 1ª) 108/2006, (Ponente: maría Oliva Morillo Ballesteros) (SAP GC 2143/2006].

SAP de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 2ª) núm. 124/2006, de 30 de junio de 2006, (Ponente: Yolanda Alcázar Montero). [ROJ: SPA GC 1719/206].

SAP de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 6ª) núm. 1 y 4/2006 (Ponente: José Luis Goizueta Adame) [SAP GC 2795/2006] y [SAP GC 2798/2006].

SAP de Las Palmas de Gran Canarias (Sección 6ª), núm. 2 y 3 /2006, de 26 de octubre de 2006 (Ponente: maría Oliva Morillo Ballesteros) [ROJ: SAP GC 2796/2006].

SAP de Madrid (Sección 15ª) núm. 540/1997, de 17 de noviembre, (Ponente: Alberto Gumersindo Jorge Barreiro), ROJ: SAP M 5541/1997].

SAP de Palma de Mallorca (Sección 2ª) núm. 85/2003, de 22 de abril (Ponente: Eduardo Calderón Susín) [ROJ: SAP IB 1025/2003].

SAP de Sevilla (Sección 4ª) núm. 107/2003, de 27 de febrero (Ponente: Francisco Gutiérrez López) [ROJ: SAP SE 870/2003].

SAP Gerona (Sección 3ª) núm. 582/2009, de 17 de septiembre, (Ponente: Ildfonso Carol Grau), [ROJ: SAP GI 1399/2009].

SAP Granada (Sección 1ª), núm. 283/2009, de 25 de mayo de 2009 (Ponente: Pedro Ramos Almenara), [ROJ: SAP GR 1482/2009].

SAP Huelva (Sección 2ª) núm. 53/2000, de 1 de febrero, (Ponente: Mercedes Izquierdo Beltrán), [ROJ: SAP H 115/2000].

SAP Madrid (Sección 1ª) núm. 555/2009, de 17 de diciembre, (Ponente: Araceli Perdices López), [ROJ: SAP M 16861/2009].

SAP Madrid (Sección 6ª) núm. 546/2005, de 16 de diciembre, (Ponente: Pedro Javier Rodríguez González-Palacios), [ROJ: SAP M 15586/2005].

SAP Madrid (Sección 6ª) núm.10161/2013, de 8 de marzo (Ponente: María Luz Almeida Castro), [ROJ: SAP M 10161/2013].

SAP Málaga, Melilla, (Sección 7ª) núm. 15/2004 de 30 de marzo, (Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Rafael Benítez Yebenes), [ROJ: SAP ML 70/2004.]

SAP Murcia (Sección 5ª) núm. 101/2006, de 30 de noviembre, (Ponente: José Manuel Nicolás Manzanares), [ROJ: SAP MU 3038/2006].

SAP Navarra (Sección 2ª) núm. 35/2002, 20 de marzo, (Ponente: María Blanca Gesto Alonso), [ROJ: SAP NA 312/2002].

SAP Pontevedra (Sección 1ª) núm. 46/2002, de 29 de mayo, (Ponente: María Begoña Rodríguez González), [ROJ: SAP PO 1836/2002].

SAP Sevilla (Sección 3ª) núm. 229/2013, 22 de abril, (Ponente: José Manuel Holgado Merino), [ROJ: SAP SE 1179/2013].

SAP Sevilla (Sección 3ª) núm. 99/2001, de 14 de mayo de 2001, (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Holgado Merino), [ROJ: SAP SE 2176/2001].

SAP Sevilla (Sección 7ª) núm. 4/2001, de 10 de enero, (Ponente: Miguel Ángel Gómez Sevilla), [ROJ: SAP SE 69/2001].

STS (Sala de lo Penal... Sección 1ª) núm. 1045/2003, de 18 de julio (Ponente: José Ramón Soriano Soriano), [ROJ: STS 5171/2003].