

Reflexiones sobre la trata de personas: especial consideración al Derecho Penal español

Reflections about human trafficking: special consideration to the spanish criminal code

Cecilia CUERVO NIETO*

RESUMEN: El presente trabajo pretende ofrecer una visión general acerca del complejo y preocupante fenómeno de la trata de personas, considerado como una de las actividades ilícitas más lucrativas a escala mundial. Además, se presentan unas nociones sobre la regulación que existe en la materia en España, tanto a nivel internacional, en virtud de una serie de instrumentos internacionales, como a nivel interno, mediante el Código Penal español. Finalmente, el trabajo se cierra con unas consideraciones finales a modo de recapitulación y reflexión personal.

PALABRAS CLAVE: trata de personas; delincuencia transnacional; Derecho Penal español; explotación; prostitución.

ABSTRACT: The current paper tries to offer a general and panoramic view of the complex and worrying phenomenon of

* Graduada en Derecho con Premio Extraordinario de Grado por la Universidad de Salamanca y Máster en Derecho Penal con Premio Extraordinario de Máster por la misma universidad. Actualmente cursa el Doctorado en el programa de Estado de Derecho y Gobernanza Global en la Universidad de Salamanca, bajo la dirección de las catedráticas Ana Pérez Cepeda y Laura Zúñiga Rodríguez. ORCID: 0000-0002-6717-5476. Contacto: <u135160@usal.es>. Fecha de recepción: 20/12/2022. Fecha de aprobación: 20/01/2023.

human trafficking, regarded as one of the most profitable criminal activities in the world scale. Furthermore, some notions about the Spanish regulation of this issue are given, both in the international area, through some international texts, and in the national one, through the Spanish Criminal Code. Finally, as a recapitulation and personal reflections, the paper is closed with some final considerations.

KEYWORDS: human trafficking; transnational crime; Spanish Criminal Law; exploitation; prostitution.

I. INTRODUCCIÓN

Y Dios dijo: “hagamos al hombre a nuestra imagen, a nuestra semejanza (...) A imagen de Dios lo creó” Gen 1, 26-27.

Dentro de la delincuencia organizada transnacional, la trata de seres humanos ocupa una posición claramente preeminente, aun cuando, como se verá, dicha transnacionalidad no se configure como un elemento necesariamente definitorio de la misma¹.

El Grupo de Alto Nivel de las Naciones Unidas para las amenazas, los desafíos y el cambio, en su informe publicado en diciembre del año 2004 bajo el título de “Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos”, consideró la trata de seres humanos como una de las mayores amenazas que enfrentan en la actualidad las sociedades², máxime en las vigentes coordenadas de la Aldea Global a la que aludía McLuhan³.

¹ El Diccionario Panhispánico del Español Jurídico define la delincuencia organizada transnacional como aquella “actividad delictiva llevada a cabo por un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves, con miras a obtener directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material, y que presenta carácter transnacional”. Véase <<https://dpej.rae.es/lema/delincuencia-organizada-transnacional>> (16/12/2022).

² De hecho, tal y como expresamente ha advertido ACNUR, situaciones como la presente guerra de Ucrania ponen de manifiesto la plena vigencia del citado informe, pues, una vez más, se ha comprobado como al calor de situaciones de extrema gravedad, se producen fenómenos de trata, especialmente dirigidos contra los integrantes más vulnerables de la sociedad; mujeres y niños.

³ Término acuñado por el profesor universitario canadiense Marshall McLuhan, verdadero visionario de los medios de comunicación y revolucionario del Periodismo moderno.

II. DESARROLLO DEL TRABAJO

A) HACIA LA DIFÍCIL DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LA TRATA

En mi opinión, pocos fenómenos de carácter penal presentan mayor complejidad en su aprehensión o estudio que la figura de la trata, considerada vulgarmente como la moderna esclavitud o la esclavitud del siglo XXI.

No obstante, sobre esta consideración habría aquí que matizar, toda vez que, en puridad (y así se reconoce de manera cada vez mayoritaria por la doctrina⁴) *la esclavitud o explotación en sí misma no es un elemento consustancial a la trata*, ni necesariamente integrador de su contenido. Es decir, siguiendo a Rodríguez Montañés, “la *finalidad de explotación* es uno de los elementos definidos del concepto (de trata), pero la *explotación misma* es algo ajeno al delito de trata⁵ (...)”. De esta manera, podría afirmarse que *la trata no es por sí sola ni esclavitud ni explotación*, sino que se configura, a mi entender, como una suerte de proceso o medio para una posterior- y eventual y futurible- explotación o esclavización, que ni siquiera tiene que producirse efectivamente para el castigo de aquella⁶, aunque sí debe necesariamente perseguirse

⁴ En este sentido, MAQUEDA ABREU afirma con rotundidad que “Tras décadas de estudio acerca de la trata contemporánea, hoy se admite de forma generalizada que no puede –ni debe– ser confundida con la esclavitud”. MAQUEDA ABREU, María Luisa, “Trata y esclavitud no son lo mismo, pero ¿qué son?”, *Estudios Jurídico Penales y Criminológicos en homenaje al Prof. Dr. Dr. H.C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*, Madrid, Dykinson, 2018, p. 1251.

⁵ Véase CARBALLO DE LA RIVA, Marta, *Explotación, esclavitud y trata de seres humanos. Historia, debates y limitaciones jurídicas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 9.

⁶ A tal efecto, hay que tener en cuenta la cláusula concursal que el art 177 bis CP determina para el caso de que, efectivamente, llegue a producirse

como finalidad inspiradora de la conducta por el sujeto activo de la trata.

Esto es, en esencia, la trata es una suerte de *delito de movimiento*, respecto del cual debe acreditarse *una finalidad de ulterior explotación de la víctima por parte del autor*, aunque dicha explotación no llegue a materializarse efectivamente. Para gran parte de la doctrina estamos ante un caso típico de un delito de consumación anticipada, conforme a lo cual la trata se consuma –y por tanto se castiga– sin necesidad de que llegue a producirse efectivamente la situación de explotación perseguida por el autor, al tiempo que esa necesaria finalidad de posterior explotación se configuraría como un elemento subjetivo del injusto.

La aludida complejidad para aproximarse a este fenómeno – pues más que de un delito, cabría hablarse por su verdadera envergadura y naturaleza multifactorial de un fenómeno– radica esencialmente en su propia naturaleza jurídica, así como en el *carácter eminentemente poliédrico de la realidad criminológica subyacente*, que determina la necesidad de abordar la trata desde una dimensión mucho más amplia, valorando el importantísimo factor o condicionante económico de la misma (no en vano, la trata está considerada como una de las actividades ilícitas más rentables)⁷

una situación verdadera de explotación, inclinándose en la mayoría de ocasiones por las reglas propias del concurso real.

EN este sentido, nuevamente Maqueda Abreu sostiene que “la trata existe –y se perfecciona– antes de que se alcance el último de esos tramos de modo que puede afirmarse que la explotación efectiva no forma ya parte de su concepto legal. Precisamente ese es el terreno de la esclavitud. Por ello se afirma, con razón, que la trata marca los inicios del proceso que conduce a la esclavización pero que no puede confundirse con ella (...)”. MAQUEDA ABREU, *op. cit.*, p.1253.

⁷ De conformidad con un informe emitido por el Servicio Jesuita al Migrante en el año 2015, “Según la Organización de Naciones Unidas (ONU), combinando el tráfico a larga distancia con el contrabando transfronterizo emerge un panorama global de “comercio de seres humanos” que afecta al me-

además del papel que las grandes corporaciones o empresas transnacionales desempeñan. En este punto, siguiendo a García Vázquez, “es preciso que la trata de seres humanos deje de ser una actividad de bajo riesgo y alta rentabilidad para la delincuencia organizada, y se transforme en una ocupación de alto riesgo y escasa rentabilidad”⁸.

Respecto del señalado carácter poliédrico, no es sino una plasmación de la multitud de imbricaciones heterogéneas que presenta la trata, por lo que reducir su tratamiento exclusivamente al concreto ámbito del Derecho Penal mediante su formal tipificación como un delito, supone desconocer profundamente la propia estructuralidad de la misma, cuyas causas sistémicas se encuentran fundamentalmente en la pobreza y en la desigualdad social, siendo ambos problemas (considerablemente acrecentados además como consecuencia de la pandemia de Covid 19 en el contexto de un mundo hiperconectado) frente a los cuales el De-

nos a 4 millones de personas cada año, por un valor económico de entre 7.000 y 10.000 millones de dólares. Por su parte la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL) estima que al sumar los beneficios obtenidos de la trata de seres humanos a los del tráfico de migrantes, la cifra asciende a 39.000 billones de dólares al año, cada vez más cerca del tráfico de drogas y el de armas. El tráfico ilícito de personas no constituye todavía la forma más rentable de comercio ilícito, pues la más lucrativa es el narcotráfico, pero es la que está experimentando un crecimiento más rápido. La trata de seres humanos, enmarcada en este tráfico ilícito de personas, surge como un floreciente negocio que no deja de crecer dentro de la nueva economía global”. Ver <<https://socialjesuitas.es/documentos?task=download.send&id=16&catid=4&m=0>>, (16/12/2022). De esta manera, la trata de seres humanos se ha convertido en una de las actividades criminales más lucrativas a nivel mundial, solo por detrás del tráfico de drogas y el tráfico de armas, según fuentes del Cuerpo Nacional de Policía. Ver: <https://www.policia.es/_es/colabora_trata.php> (16/12/2022).

⁸ Véase GARCÍA VÁZQUEZ, Sonia, “Inmigración ilegal y trata de personas en la Unión Europea: la desprotección de las víctimas”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 10, 2008, p.272.

recho Penal se evidencia no solo como insuficiente sino también, incluso, como indeseable.

Tampoco facilita la aprehensión conceptual de la trata la visión estereotipada que sobre ella se ha construido⁹, manifestándose especialmente en la tan excesiva como *incorrecta identificación*, favorecida desde las tesis abolicionistas, *entre trata y explotación sexual o prostitución forzada* (en ocasiones enunciada como auténtico binomio) que ignora que, *si bien la explotación sexual continúa siendo la finalidad de la trata estadísticamente prevalente*, esta puede perfectamente estar desprovista de cualquier clase de connotación sexual. De hecho, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (por sus siglas en inglés, UNDOC) señaló que, en el año 2020, hasta un 38% de las víctimas de trata identificadas lo eran con fines de explotación laboral¹⁰.

De esta manera, al igual que existen víctimas de trata cuya pretendida explotación no es en ningún caso de tipo sexual, existen personas víctimas de prostitución forzada ex. art.187 CP completamente desvinculadas de redes de trata. Es importante por

⁹ En palabras de González Beilfuss, “las políticas españolas en este ámbito se han caracterizado por un doble sesgo: el sexo y la extranjería”. GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, “Los retos de la ley integral contra la trata”, véase <<https://agendapublica.elpais.com/noticia/13947/retos-ley-integral-contra-trata>> (18/12/2022).

¹⁰ A tal efecto, con arreglo al último y más reciente Informe Anual de Seguridad Nacional (elaborado por el Departamento de Seguridad Nacional, adscrito al Gabinete de la Presidencia del Gobierno de España y aprobado el 4 de marzo del 2022) correspondiente al año 2021, en ese año fueron identificadas en España, conforme a los datos del Ministerio del Interior, 51 víctimas de trata con fines de explotación laboral, frente a 136 personas que fueron identificadas como víctimas de trata con fines de explotación sexual, evidenciándose así la prevalencia de la finalidad sexual- prevalencia que no puede ocultar no obstante, el resto de finalidades de la trata-. Véase: <<https://www.dsn.gob.es/es/documento/informe-anual-seguridad-nacional-2021>> (19/12/2022).

tanto recalcar la *autonomía de ambos tipos penales*, cuestionando, no obstante, la asimétrica proporcionalidad penológica entre ellos (conforme se expondrá más adelante en estas páginas).

Ese carácter estereotipado y trafiquista de la trata de personas también se evidencia en el reduccionismo con que la trata ha sido abordada en el sentido de configurarla como un proceso de índole migratorio y trasfronterizo, identificando así las víctimas de trata con migrantes extranjeros en situación irregular.

Es por ello que considero necesario proceder a una breve pero *precisa delimitación*¹¹ de las figuras de la trata y del tráfico ilegal de migrantes –más acertadamente llamado en la actualidad delito de inmigración ilegal o clandestina– dada la estrecha relación entre ambas figuras (de hecho, se estima que en torno a un 40% aproximadamente de las víctimas de trata que se logran identificar son de nacionalidad extranjera y se encuentran en España en situación irregular, reforzando así la incorrecta asimilación entre ambos fenómenos).

Grosso modo, pueden señalarse las siguientes diferencias:

- El delito de *inmigración ilegal* se encuentra tipificado en el art.318 bis, en el Título XV bis del Libro II CP, cuya rúbrica enuncia engañosamente “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, sin perjuicio de que el bien jurídico principalmente protegido viene constituido por el interés del Estado en mantener el control de los flujos migratorios, esto es, por la propia política migratoria, configurándose el tipo penal como un delito contra un *bien jurídico colectivo*¹²- ello no obstante la adicional protección de

¹¹ A tal efecto y consecuentemente, los instrumentos internacionales a partir de los años 90 (concretamente, desde la Convención de Viena de 1988) han ofrecido un tratamiento normativo diferenciado a una y otra figura, tanto desde las Naciones Unidas como desde la Unión Europea.

¹² De ello se desprenden importantes consecuencias, fundamentalmente que aunque exista una pluralidad de personas traficadas solamente se apreciará un único delito, algo que no ocurre con el delito de trata, en el que (salvo que se acredite en su caso la existencia de una unidad de propósito y de una

los derechos individuales de los migrantes (tales como su libertad o su integridad física)-.

- El delito de inmigración ilegal es esencial e intrínsecamente transnacional, exigiendo siempre para su apreciación el cruce de fronteras de diferentes Estados. Frente a ello, y a pesar de que la trata suele citarse como ejemplo paradigmático de delito transnacional, esta *no presenta necesariamente ese carácter transfronterizo*, pudiendo válidamente hablar de un supuesto de trata de dimensión puramente interna o nacional. De esta manera, mientras que el objeto material del delito de inmigración ilegal ha de ser siempre el *migrante*, entendiéndose por tal el sujeto extranjero y extracomunitario que además participa activamente en el delito, consintiendo –en tanto que ostenta el dominio del hecho de su propio traslado– y aun solicitando –muy frecuentemente a cambio de elevadas sumas de dinero– el mismo tráfico, en el delito de trata su objeto material y sujeto pasivo puede venir constituido por *cualquier persona, sea nacional o extranjera*, entendiéndose además que *su consentimiento no es válido*, careciendo por tanto de efectos jurídicos (como consecuencia de los medios comisivos empleados por el tratante para doblegar y anular su voluntad). De esta manera, ambos fenómenos vendrían a integrar dos realidades diferenciadas, una necesariamente *coercitiva* en el caso de la trata (considerada como un cri-

misma operación-siendo esta tesis de la unidad delictiva defendida entre otros por Muñoz Conde) se apreciarán en caso de concurrencia de varios sujetos pasivos tantos delitos como personas tratadas haya, dada la consideración de los diferentes bienes jurídicos vulnerados como individuales.

En este sentido, teniendo en cuenta el carácter personalísimo del bien jurídico dignidad humana en conexión íntima con un concreto individuo, nunca difuso, el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala II del TS de 31 de mayo de 2016 señaló que “El delito de trata de seres humanos definido en el art. 177 bis del Código Penal, reformado por la LO 1/2015, de 30 de marzo, obliga a sancionar tantos delitos como víctimas, con arreglo a las normas que regulan el concurso real.”

men contra la víctima) y otra consentida respecto de la inmigración ilegal (considerada a su vez como un crimen contra el Estado¹³).

B) NORMATIVA INTERNACIONAL APLICABLE EN EL CASO ESPAÑOL

Si bien ya se ha puesto de manifiesto que la trata de seres humanos no es *per se* una figura transnacional como sí lo es la inmigración clandestina, su estrecha vinculación a dicho tráfico, así como su imbricación en el comercio de personas ha determinado la (acertada) generalización del convencimiento de que la lucha contra la trata desde una perspectiva puramente interna o nacional por parte de cada Estado individualmente es insuficiente, cuando no estéril. Sin ánimo de retrotraer excesivamente en el tiempo este análisis¹⁴ de los diferentes instrumentos internacionales en la materia ni de extenderme en demasía en ello, cabe destacar fundamentalmente por su relevancia jurídica tres instrumentos inter-

¹³ CORTÉS NIETO, Johana del Pilar; BECERRA BARBOSA, Gladys Adriana; LÓPEZ RODRÍGUEZ, Laura Sofía; QUINTERO LILIANA, Rocío, “¿Cuál es el problema de la trata de personas? Revisión de las posturas teóricas desde las que se aborda la trata”, *Revista Nova et Véttera*, vol. 20, núm. 64, 2011, p. 115.

¹⁴ De hecho, el primer texto que en materia de trata de seres humanos elabora Naciones Unidas es una Convención del año 1950 (21 de marzo); la *Convención para la represión de la trata de personas y de explotación de la prostitución ajena*. No obstante, aún puede retrotraerse más el análisis, hasta el punto de remontarse hasta principios del siglo pasado con el *Acuerdo internacional del 18 de mayo de 1904 para la represión de la trata de blancas*, posteriormente modificado por el Protocolo aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 3 de diciembre de 1948. Véase MAPELLI CAFFARENA, Borja, “La Trata de personas”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXV, 2012, pp. 28 y 29.

nacionales de lucha contra la trata de seres humanos actualmente vigentes¹⁵.

En el ámbito de las Naciones Unidas, debe destacarse el *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños del año 2000 (Protocolo de Palermo contra la trata)* que complementa la *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*¹⁶.

El gran aporte de este instrumento estriba (amén de en su propia universalidad –algo de lo que evidentemente carecen los instrumentos comunitarios– que se ha materializado en una amplísima ratificación fruto del gran consenso alcanzado por la Comunidad Internacional¹⁷) en que consigue desvincular conceptualmente la trata de la prostitución y romper con el reduccionismo de la trata con la sola finalidad de explotación sexual, incluyendo por vez primera otras finalidades de explotación (concretamente, la explotación laboral, la esclavitud, la servidumbre y la extracción de órganos). Es decir, el Protocolo aborda por primera vez a nivel internacional de manera específica la trata de

¹⁵ No obstante, podrían citarse otros instrumentos, también relevantes, tales 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*.

¹⁶ El Protocolo de Palermo fue aprobado por la Asamblea General de NNUU en virtud de la Resolución 55/25, de 15 de noviembre de 2000, siendo ratificado por España el 21 de febrero de 2002, y entrando en vigor el 25 de diciembre de 2003. A tal efecto, véase <<https://www.bienestaryproteccioninfantil.es/fuentes1.asp?sec=20&subs=211&cod=892&page>> (16/12/2022). Es considerado un punto de inflexión en las políticas públicas de lucha contra la trata, consolidando la llamada “estrategia de las tres p”, basada en la prevención, la protección de las víctimas y la penalización de la trata.

¹⁷ En el año 2020, 176 países habían ratificado su articulado.

seres humanos¹⁸, con independencia de la concreta finalidad de explotación que a través de aquella se persiga, llevando a cabo una importante labor de fijación de los límites definitorios del delito de trata, *consensuando* en definitiva *el concepto* internacional de la misma.

Otra de las novedades más significativas es la imposición a los Estados signatarios- hay que recordar que el texto es jurídicamente vinculante para los Estados que lo ratifiquen- de la obligación de tipificar en sus ordenamientos internos este delito, sobre la base de la ley modelo elaborada *ad hoc* en el año 2010 por la UNDOC. De ello se deriva la cristalización de la armonización legislativa a nivel internacional, lo cual constituye un muy significativo avance en una más eficaz lucha contra esta lacra.

Sin embargo, como aspecto negativo, el art.4 del Protocolo dispone que su contenido solamente se aplicará cuando las conductas en cuestión sean de “carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado”. Si bien esta cláusula, ciertamente limitadora de su virtualidad y alcance, pudiera entenderse en el marco del contexto que alumbró el Protocolo en lo relativo a la criminalidad organizada¹⁹, en la actualidad considero que constituye la mayor rémora aplicativa del mismo.

¹⁸ A tal efecto, ofrece en el art. 3 a) una definición normativa de la trata a nivel internacional (ofreciendo así parámetros comunes para la conceptualización posterior que los diferentes Estados lleven a cabo en sus respectivos ordenamientos internos).

¹⁹ Contexto marcado por la creciente internacionalización de la trata, que durante la década de 1990 comenzó a consolidarse ya no como un problema geográficamente circunscrito a determinados territorios o regiones particularmente deprimidas o tradicionalmente castigadas por la delincuencia convencional, sino como un fenómeno de verdadera dimensión mundial, al albur de la delincuencia organizada internacional, moviendo ingentes sumas de dinero y con ramificaciones en cualquier latitud, de la mano de organizaciones tales como las *makuzas* japonesas, las mafias rusas o la camorra italiana.

En el marco del Consejo de Europa, el *Convenio de Varsovia sobre la lucha contra la trata de seres humanos* de 16 de mayo de 2005 ²⁰ (ratificado por España en el año 2009) constituye un texto notablemente ambicioso en esta materia, con un enfoque integrador que busca abarcar la totalidad del *iter criminis* y brindar asistencia y protección a las víctimas- también en materia de residencia, a cuyo efecto introduce en su art.13 un importante mandato a los Estados de articular en sus ordenamientos internos un periodo de reflexión para estas de al menos treinta días-.

Dicho Convenio, que reconoce expresamente el principio de no discriminación, hace pivotar el concepto de trata sobre dos elementos; la transferencia de la víctima o su translación (no necesariamente internacional) y la explotación, siempre ajena y por parte de terceros (siendo este matiz importante respecto del mantenimiento de la legalidad de la prostitución voluntaria para aquellos países que así lo contemplan en sus legislaciones internas) de aquella.

Asimismo, el Convenio también introduce novedades en materia de responsabilidad subjetiva (la conducta para que sea punible habrá de ser necesariamente dolosa) actos preparatorios, participación delictiva o responsabilidad de las personas jurídicas, además de romper con el carácter transnacional y vinculado al crimen organizado que exige el art. 4 del Protocolo de Palermo. Este Convenio determinará una necesaria puesta al día del Código Penal español, plasmándose esa actualización en la trascendental LO 5/2010 de 22 de junio, verdadero punto de inflexión en nuestro país, al conseguir extraer la trata del delito de tráfico ilegal, adquiriendo así aquella una tan ineludible como merecida entidad propia.

Finalmente, hay que destacar como aspecto especialmente positivo la instauración por el propio Convenio del Grupo de Expertos sobre la lucha contra la trata de seres humanos (GRE-TA) que se encarga de supervisar el grado de cumplimiento de las

²⁰ Convenio número 197 del Consejo de Europa.

disposiciones del Convenio por parte de los Estados signatarios, emitiendo al efecto informes periódicos²¹.

La *Directiva 2011/36/UE sobre la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas* de 5 de abril de 2011 del Parlamento Europeo y del Consejo. Este texto constituye la normativa específica y de referencia en la materia en el ámbito propio de la Unión Europea –más aún al sustituir la anterior *Decisión Marco 2002/629/JAI sobre trata de seres humanos*– en consonancia con el artículo quinto de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del 2000²².

La Directiva (que continúa la tendencia promocional de los derechos de las víctimas iniciada ya por el Protocolo de Palermo y claramente consolidada en el Convenio de Varsovia) establece unas normas mínimas en materia de definición tanto de las infracciones penales como de las sanciones, dotando de mayor relevancia a la persecución, con un notable endurecimiento del rigor de la respuesta penal.

Además, cabe destacar positivamente que el texto incorpora en su primer artículo una necesaria perspectiva de género,²³ con una visión marcadamente victimocéntrica, que busca, a través de una asistencia adecuada a las víctimas por parte de los diferentes funcionarios públicos intervinientes (adecuadamente formados al efecto) evitar procesos de victimización secundaria. De esta

²¹ A tal efecto, el vigente Plan Estratégico Nacional contra la Trata y la Explotación de Seres Humanos 2021-2023 se realizó en cumplimiento del segundo informe de evaluación a España emitido por Greta en junio de 2018.

²² El art.5.3 CDFUE enuncia expresamente, con cierta ingenuidad, que “*Se prohíbe la trata de seres humanos*”. Hay que recordar que la CDFUE es vinculante jurídicamente para los Estados miembros de la Unión, salvo para Polonia, a partir del Tratado de Lisboa ex art.6.1 TUE.

²³ A tal efecto, el Plan Integral de Lucha contra la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual 2015-2018 del Gobierno de España apuntaba lo que hoy es ya indubitable afirmando que “*la trata de personas es un crimen que no es neutral en términos de género*”.

manera, cabe concluir que la citada Directiva aún eficazmente castigo con protección, sin perjuicio de que hubiera sido deseable una regulación de las condiciones de residencia de las víctimas de trata en el territorio de los países comunitarios.

C) REGULACIÓN ESPAÑOLA; APUNTES, INTERROGANTES
Y PROPUESTAS EN TORNO A UNA MATERIA CONTROVERTIDA

No procede aquí, por razones de espacio y tiempo, embarcarme en un prolijo análisis dogmático del extenso contenido del tipo penal plasmado en el art.177 bis CP. Es por ello que, quisiera centrar el estudio en una serie de aspectos que considero particularmente relevantes.

Hacia un delito de trata

Primeramente, hay que poner de manifiesto que la regulación actualmente vigente de la trata es el resultado, como ya se ha apuntado, del mandato exigible a España derivado de diversos instrumentos internacionales. Ya se dijo que es la LO 5/2010 de 22 de junio la que, en cumplimiento de las pretensiones del Convenio de Varsovia, logra la efectiva *independencia del delito de trata*, relegado hasta esa fecha a mero subtipo agravado del delito de tráfico ilegal de migrantes en relación con los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.

Dicha autonomía de la trata se materializó en su tipificación *ex novo* como tipo penal dotado de entidad propia a través del nuevo art.177 bis del también nuevo Título VII bis del Libro II del CP, introducidos ambos por la citada LO 5/2010 (estrechamente vinculado a los delitos contra la integridad moral regulados en el precedente Título VII)²⁴, que se anticipa en cuanto a su contenido al por entonces todavía proyecto de la Directiva 2011/36.

²⁴ La misma LO 5/2010 llevó a cabo, por razones de coherencia interna, la derogación de los art.313.1 y art. 318 bis apartado 2 CP.

No obstante, la actual redacción del art.177 bis CP se debe a la LO 1/2015 de 30 de marzo, que actualiza su contenido a las disposiciones de la citada Directiva del 2011, debidamente transpuesta en sus objetivos. Entre las novedades introducidas destacan las *dos nuevas finalidades de explotación* que pueden perseguirse a través del proceso en que se articula la trata; la explotación para la comisión de actividades delictivas y la celebración de matrimonios forzados²⁵. Es igualmente loable la incorporación por el legislador del delito de trata en el art.57 CP a efectos de poder acordar respecto de este delito algunas de las prohibiciones descritas en el art.48 CP.

Finalmente, hay que tener en cuenta la última reforma que ha experimentado (y ello sin perjuicio, de la *actual tramitación de una ley integral de trata*, de la que ya ha sido aprobado en Consejo de Ministros, aunque con mayor retraso de lo esperado, su respectivo Anteproyecto) este tipo penal con ocasión de la reciente LO 8/2021 de 4 de junio de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, que en su Disposición Final Sexta añade un inciso final al primer apartado del art 177 bis introduciendo (de manera coherente con el objeto propio de la ley) una previsión específica y preceptiva *en materia de penas* para el caso de que la víctima de la trata sea menor de edad.

El bien jurídico protegido

Dado el carácter multifactorial de la trata, esta cuestión no es sencilla de determinar, más aún si se parte de la acertada consideración de la trata como una derogación o anulación de los derechos humanos de la persona objeto de ella, reducida así a la condición de mero objeto o mercancía.

²⁵ Esta última finalidad en lógica coherencia con el nuevo delito de matrimonio forzado que también introduce la LO 1/2015 en el nuevo art.172 bis CP en relación con los delitos contra la Libertad (Título VI del Libro II).

Teniendo esto en cuenta, podría llegar a afirmarse que, en puridad, el bien jurídico vendría integrado, dado el *carácter pluriofensivo del delito*, por todos los derechos individuales de la personalidad de la víctima, que le identifican como ser humano y que se le socaban al rebajarla a la mera condición de cosa o mercancía, tales como su integridad tanto física como moral, su libertad (incluyendo la sexual), su dignidad²⁶, y en última instancia su propia humanidad²⁷.

La corriente doctrinal imperante en España postula, de manera conciliadora, la naturaleza ecléctica del bien jurídico protegido a partir de la postura defendida por Muñoz Conde, que afirmó que el delito de trata protege un bien jurídico doble; *dignidad e integridad moral*. De esta manera, existe amplio consenso en considerar que la protección de ambos bienes jurídicos individuales subyace en la regulación de la trata.

Consentimiento

Cuando se hablaba de la estrecha relación entre la inmigración clandestina y la trata de seres humanos, ya se señaló que uno de los elementos diferenciales radica en la ausencia de consentimiento (al menos válido) en la trata.

A tal efecto, el apartado tercero del art.177 bis CP de manera taxativa –en cumplimiento de los tres citados instrumentos internacionales– afirma que “El consentimiento de una víctima de

²⁶ No es sencillo defender una protección penal específica de la dignidad humana que sea eficaz, puesto que, como tal, la dignidad resulta subsumible en el bien jurídico protegido de cualquier delito dado su carácter eminentemente transversal. De hecho, la dignidad no es *strictu sensu* un derecho fundamental autónomo, sino el “*fundamento del orden político y la paz social*” ex art.10. 1 CE, difícilmente invocable autónomamente ante los órganos jurisdiccionales.

²⁷ De esto se deduce que no cabe alegar en ningún supuesto de trata de seres humanos un eventual error de prohibición basado en el desconocimiento del carácter antijurídico de los hechos que excluya la culpabilidad del autor.

trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados en el apartado primero de este artículo”, entendiéndose por tales medios la violencia, la intimidación o el engaño, el abuso de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima.

Esto es, se entiende que el empleo de cualquiera de tales medios, en tanto que incompatibles con la emisión libre y consciente de la voluntad, vicia cualquier clase de consentimiento que eventualmente de manera inicial hubiera podido otorgar la víctima de trata (vinculado a los verbos rectores del tipo penal) provocando que el mismo carezca de cualquier validez, siendo de todo punto irrelevante jurídicamente por ineficaz.

Es de destacar que, tratándose de víctimas *menores de edad*, y siempre que exista finalidad de explotación al efecto, aun cuando no se empleen ninguno de los medios descritos en el precepto, las conductas realizadas y previstas por el legislador serán constitutivas de trata igualmente.

Relaciones concursales

Una de las cuestiones más complejas que plantea la aplicación práctica del delito de trata de seres humanos es su relación con otros tipos penales que puedan llegar a cometerse con ocasión de la trata, especialmente en relación con los llamados delitos de explotación, de los que la trata es una suerte de delito antecedente²⁸.

A tal efecto, el apartado noveno del art. 177 bis CP ya desde su redacción originaria derivada de la LO 5/2010, señala (con menos precisión de lo que sería deseable²⁹) 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 artículo 318 bis de

²⁸ Ver entre otras la STS de 10 de mayo de 2007 (Roj. STS 3255/2007).

²⁹ A tal efecto, la rotundidad de la expresión inicial “en todo caso” parece verse debilitada con el posterior y condicionante “en su caso”.

este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación”. En este sentido, la expresión “sin perjuicio de” parece indicar por su literalidad la existencia de un concurso real³⁰ –reforzada esta tesis en la naturaleza pluriofensiva del art 177 bis– entre el delito de trata y el delito de explotación efectivamente cometido. No obstante, en ocasiones puede plantearse la vigencia de un concurso ideal medial, como ocurre respecto de la trata con fines de extracción ilegal de órganos.

En todo caso, siguiendo a Conde Pumpido, “nos encontramos ante un *concurso de delitos y no concurso de leyes*, pues, aunque la finalidad de explotación sexual constituye un elemento del tipo del art 177 bis, la sanción por este delito no absorbe toda la gravedad de la conducta realizada, cuando dicha explotación se consuma”³¹.

En este punto, considero que el delito de trata enfrenta graves quiebras desde el punto de vista del *principio de proporcionalidad*. Es evidente que la aplicación del concurso real conduce a resultados penológicos exorbitantes³², pero más allá de los problemas

³⁰ En este punto, la redacción del tipo guarda gran similitud con el delito de *child grooming* del art.183 ter CP, respecto de cuya confusa cláusula concursal existe gran controversia, inclinándose la jurisprudencia del Tribunal Supremo español mayoritariamente por el concurso real, mientras que la doctrina hace lo propio respecto del concurso de leyes, a resolver por el principio de consunción ex.art.8.3 CP.

No obstante, en el caso de la trata, creo que la controversia se plantea más en relación al concurso real o ideal-medial que respecto al concurso de leyes, desde mi punto de vista improcedente aquí.

³¹ Véase: <<https://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/FORMACI%C3%93N%20CONTINUA/PLAN%20ESTATAL/MATERIAS%20DOCENTES/FICHERO/CU17083%20Conde-Pumpido%20Touron.pdf>> (16/12/2022).

³² Piénsese que en el caso de que el propio tratante no lleve a cabo personalmente la posterior explotación de la víctima tratada, su responsabilidad

concursoales, el delito de trata presenta (desoyendo lo planteado al efecto por la propia Unión Europea) unos límites penológicos verdaderamente excesivos- máxime si se tiene en cuenta el amplísimo espectro abierto por unas *circunstancias agravantes muy extensivamente dibujadas por el legislador* y que, más parecen la regla que la excepción- al menos comparativamente con las *penas, ridículas*, de muchos de los delitos en que se materializan, en su caso, los fines de explotación perseguidos por la trata (los llamados delitos de explotación)³³.

Es más, *algunos de estos delitos de explotación ni siquiera existen* formalmente tipificados en el Código Penal español. Esto es, *en España no está penada la esclavitud*, ni la servidumbre, ni la mendicidad de sujetos mayores de edad, ni en puridad la explotación laboral, más allá de un tibio tipo penal de imposición a los trabajadores de condiciones laborales ilegales ex art.311 y 312 CP³⁴, que en ningún caso acoge el sentir de las graves conductas

penal por esa explotación de la que responde como cooperador necesario será la misma que la de su respectivo autor ex.art.28 CP, sin perjuicio de aquellos otros delitos igualmente cometidos con ocasión de la trata.

³³ Esta asimetría penológica se manifiesta especialmente entre los delitos de trata y el delito de prostitución forzada del art.187 CP, que prevé para el proxeneta que se lucra explotando la prostitución de otra persona una pena de prisión de entre dos a cuatro años frente al tipo básico del delito de trata que presenta una horquilla penológica mucho más elevada entre los cinco y los ocho años de prisión, sin perjuicio además del amplio espacio dado en la trata a unas extensamente delineadas circunstancias agravantes. Es además importante tener en cuenta el carácter desregulado o ilegal que presenta la prostitución en España y que puede incidir decisivamente en la explotación de las víctimas.

³⁴ De hecho, resulta sorprendente que en España (partiendo del régimen restrictivo de responsabilidad penal de las personas jurídicas consagrado en el art.31 bis CP, con arreglo al cual se sigue un modelo de *numerus clausus*) y más allá del timorato art.318 CP (en relación a los administradores o encargados del servicio) el legislador no haya previsto este tipo de responsabilidad para las personas jurídicas en relación con los delitos contra los derechos de

apuntadas en el art.177 bis CP. De esta manera, *se está castigando más la fase previa de la explotación, a través de la trata –el riesgo o peligro de la eventual explotación– que la propia explotación efectiva* de la víctima, lo cual constituye una grave incoherencia a mi entender de la política criminal española de las últimas décadas.

Como bien apunta Maqueda Abreu, “se intenta justificar la elevada penalidad del delito de trata argumentando que contiene ya en sí mismo el riesgo de explotación³⁵”, teniendo en cuenta la relación medial existente entre la trata, como delito instrumento, y la explotación posterior, como delito fin.

Es evidente que, aun cuando se han dado importantes y decisivos pasos en la lucha contra la trata de seres humanos, fundamentalmente de la mano de los instrumentos y compromisos internacionales aludidos, queda aún un larguísimo camino por recorrer hacia la (ilusa quizás) meta de llegar a erradicar esta odiosa práctica, y los datos (aunque nunca exactos, pues es sabido que existe una *elevadísima cifra negra* en esta materia) que se facilitan al efecto desde diferentes instancias así lo demuestran.

los trabajadores del Título XV del Libro II CP, máxime si se tiene en cuenta que el sujeto activo de la mayoría de estos delitos es el empresario (configurándose por ello como delitos especiales mayoritariamente) que puede ser tanto persona física como jurídica (lo más habitual de hecho conforme al tejido empresarial moderno del siglo XXI). Es por ello que autores como Terradillos Basoco consideran acertadamente tal regulación como una manifestación más del carácter o tendencia plutofílica de nuestro Derecho Penal.

³⁵ MAQUEDA ABREU, María Luisa, “Trata y esclavitud... *op. cit.*”, p.1254. Asimismo, la autora cuestiona la verdadera legitimidad histórica de la lucha contra la trata, afirmando que “la persecución sin tregua de la trata encubría demasiadas veces la defensa de intereses que poco tenían que ver con las víctimas.”(p.1251).

III. CONCLUSIONES FINALES

Quisiera pues concluir este escrito trasladando una serie de *consideraciones personales* que, huyendo del pesimismo generalizado que suele imperar en torno a este tema, se presentan a modo de propuestas y reflexiones sobre esta compleja materia.

1. Es necesario acometer en España una reforma penal en materia de trata (ya se ha señalado que actualmente está siendo objeto de tramitación una ley integral de trata) y más concretamente, en materia de delitos de explotación, lo cual implica, por una parte, tipificar aquellos delitos que carecen actualmente de regulación en nuestro ordenamiento jurídico (la esclavitud, la servidumbre, la mendicidad de sujetos mayores de edad) o mejorar el alcance de los ya vigentes (el trabajo forzado) y, por otra parte, adecuar proporcionalmente los límites penológicos de unos y otros. Esto es, dada la evidente configuración de la trata como un delito antecedente, esta se va a ver inevitablemente condicionada por la articulación del correspondiente delito fin, que es el delito de explotación, exigiendo en aras a una mayor eficacia punitiva una regulación coherente de todas estas figuras que garantice una mínima sistematicidad, como partes integrantes de un todo. Es decir, autonomía de la trata frente a la situación de subordinación anterior al 2010, sí; coherencia penológica y dogmática de todos los tipos penales implicados, también.
2. Es evidente que la lucha contra la trata no puede relegarse al exclusivo campo del Derecho Penal por imperativo del principio de *ultima ratio*. La lucha contra esta lacra exige, en el ámbito interno de los diferentes Estados, además de un sistema normativo eficiente (integrado no solo por el CP, sino también, por ejemplo, por una adecuada Ley de Extranjería cuando proceda –sin caer en el enfoque trafiquista– así como por la normativa administrativa³⁶) una amplia movilización tanto de las instituciones públicas

³⁶ En este sentido, no son pocas las voces, fundamentalmente desde el ámbito civil y académico, así como desde diversas ONG, que abogan por la elaboración en España de una ley integral de lucha contra la trata. De hecho, el pasado día 29 de noviembre de 2022, el Consejo de Ministros

como del conjunto de la sociedad civil.

Asimismo, es necesario que, en un contexto marcado por la Globalización, esta no se limite solo a las formas de vida, al ocio, o a las tecnologías, sino también al ámbito propio de los derechos humanos, muy especialmente en los países de procedencia de muchas de las víctimas de trata, a fin de que las condiciones que favorecen este fenómeno (pobreza, subdesarrollo, desigualdad social y de género) se vean revertidas para lo cual es crucial el papel que las grandes empresas transnacionales, como grandes actores económicos y aun políticos, desempeñen.

3. Es además imprescindible mejorar la identificación de las víctimas de trata, adelantándola a fases anteriores que eviten la consumación de su explotación, lo cual exige una intensa labor de formación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Para ello, podría ser recomendable acudir a otros países de nuestro entorno, a cuyo efecto, el modelo italiano se muestra especialmente adecuado. Es asimismo *urgente mejorar el sistema de contabilización*, a partir de criterios y conceptos unívocos del fenómeno que garanticen una elaboración más precisa de los datos estadísticos sobre trata disminuyendo así su elevada cifra negra y la invisibili-

aprobaba el Anteproyecto de la Ley Orgánica Integral contra la Trata.

A tal efecto el nuevo texto, que pretende poner fin a la dispersión normativa en la materia especialmente en lo relativo a la protección de la víctima y a los protocolos de actuación hacia ella, “aborda conjuntamente la lucha contra todas las formas de trata de seres humanos y contra todas las formas de explotación que constituyen la finalidad de la trata, incriminando el trabajo forzoso, la servidumbre, la esclavitud y todas las formas de explotación. Asimismo, más allá de la respuesta penal, recoge también la prevención y la sensibilización de la sociedad y la asistencia a la víctima, garantizándole toda una serie de derechos y medidas de apoyo”, previéndose la creación, como importante novedad, del llamado Mecanismo Nacional de Derivación en materia de protección de las víctimas.

Véase: <<https://www.mjusticia.gob.es/es/ministerio/gabinete-comunicacion/noticias-ministerio/El-Gobierno-aprueba-el-Anteproyecto-de-Ley-Organica-Integral-contra-la-Trata>> (16/12/2022).

Habrà que estar en todo caso al desarrollo de la tramitación parlamentaria para conocer la redacción definitiva de la ley cuando llegue a entrar finalmente en vigor.

dad de muchas de las víctimas.

4. Por último, y por hilar con algo que mencionaba al inicio de este artículo, no debemos permitir que la trata se convierta en un fenómeno objeto de estereotipos, ni en cuanto a su alcance ni en cuanto a sus víctimas. Debe ampliarse el espectro al que muchas veces se circunscribe su estudio, que identifica (aunque no sin base estadística que lo avale) la víctima de trata arquetípicamente con una mujer, de origen extranjero, migrante y sometida a trata con fines de explotación sexual. La trata, como se ha intentado apuntar, no puede reducirse “solo” a eso, ya que, desgraciadamente, es algo infinitamente más complejo y amplio, estando revestida de numerosas aristas que no deben en ningún caso quedar olvidadas.

Finalmente, quisiera concluir señalando que el abordaje de la trata de seres humanos tampoco puede limitarse a su configuración como un grave problema de orden público (que lo es, evidentemente) migratorio o de prostitución, sino que necesariamente debe *prevalecer el enfoque humanitario* basado en la protección de la víctima que se ha visto brutalmente privada de aquello que precisamente la define como persona: su *dignidad humana*.