

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

Dulce María Santana Vega*

1. INTRODUCCIÓN

Prescindiendo de otros antecedentes más lejanos y externos a la Unión Europea¹, la lucha en el ámbito comunitario contra la trata de personas es una consecuencia del art. 29 del Tratado de la Unión, el cual establece como finalidad de la misma el establecimiento de un espacio de libertad, justicia y seguridad a través de la prevención y la lucha contra la delincuencia en ma-

¹ La Convención de las Naciones contra la Delincuencia Organizada Transnacional define la trata o tráfico de personas como: "la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos" (Anexo II, Sección I, Artículo 3, 44-45).

RESUMEN

El presente artículo aborda el estudio de las líneas maestras de la Directiva 2011/36/UE, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos en la Unión Europea, analizándola, desde una perspectiva exegética y crítica.

PALABRAS CLAVE: Trata de seres humanos, Unión Europea, protección de víctimas.

ABSTRACT

2011/36/UE directive on the prevention and combating trafficking in human beings and victim protection: analysis and critical

This article focuses on studying the guidelines of the Directive 2011/36/UE on the fight against trafficking in human beings in the European Union, analyzing, from an exegetical and critical perspective.

KEY WORDS: Trafficking in human beings, European Union, protection of victims.

RESUMO

2011/36/UE directiva relativa à prevenção e combate ao tráfico de seres humanos ea protecção das vítimas: análise e crítica

Este artigo analisa as principais linhas da Directiva 2011/36/UE relativa à luta contra tráfico de seres humanos na União Europeia, analisando, a partir de um. Exegética e crítica.

PALAVRAS CHAVE: tráfico de seres humanos, União Europeia, a protecção das vítimas.

* Profesora titular de Derecho Penal, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, España.

Correo-e: dmsantana@ddp.ulpgc.es

CORREO IMPRESO: Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Departamento de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas, Módulo B-D-163, Campus de Tafira, 35017, Las Palmas de Gran Canaria, España.

Santana Vega, Dulce María. 2011. "La directiva 2011/36/UE, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas: análisis y crítica". *Nova et Vetera* 20(64): 211-226.

Recibido: agosto de 2011 / Aprobado: noviembre de 2011

teria de terrorismo, trata de seres humanos, delitos que afecten a la infancia, tráfico de drogas y armas, corrupción y fraude, estableciéndose como mecanismos para su consecución la aproximación de las legislaciones nacionales y así conseguir la compatibilidad entre las normas existentes entre los distintos estados de la Unión Europea (art. 31.1 TU).

En el presente trabajo, dado el límite de extensión de este, se abordarán de manera central, el análisis y crítica de los dos principales instrumentos comunitarios utilizados para acometer desde la Unión Europea la lucha, de forma común, contra de la trata de seres humanos: la Decisión Marco 2002/629/JAI, a la cual se han adaptado ya gran parte de las legislaciones penal de los Estados miembros de la Unión Europea, y la reciente Directiva 2011/36/UE, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, la cual sustituye la Decisión Marco de 2002.

Las decisiones marco vienen previstas en el Título VI del Tratado de la Unión Europea (Cooperación policial y judicial en materia penal), las cuales sustituyen a la acción común desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam. Se ha buscado a través de ellas obtener mayores niveles de vinculación y obligatoriedad dentro de un tercer pilar (el espacio de libertad, seguridad y justicia) reorganizado. Son propuestas a iniciativa de la Comisión o del Consejo o de un Estado miembro, deben ser adoptadas por unanimidad y vinculan a los Estados miembros en cuanto a los resultados que deben alcanzarse, dejando a las instancias nacionales la decisión sobre la forma y los instrumentos necesarios para alcanzarlos. Su objetivo primordial, como el de las Directivas, es aproximar las disposiciones legislativas y reglamentarias de los Estados miembros, habiendo la UE abusado de ellas², en detrimento de las

más democráticas directivas³, las cuales son objeto de una propuesta por parte de la Comisión, después son aprobadas por el Consejo y el Parlamento Europeo, siguiendo el procedimiento legislativo ordinario o un procedimiento legislativo especial.

Para acometer la mencionada aproximación entre las legislaciones penales nacionales, tanto las decisiones marco, como las directivas incluyen unas pautas para que los Estados miembros articulen los supuestos de hecho de los tipos, y se establece con relación a las penas los mínimos de los máximos que han de ser impuestas, a la manera de unas normas penales en blanco comunitarias⁴.

Al déficit de legitimidad democrática con el que se acomete en ocasiones el proceso de unificación penal, habría que añadir el considerable retraso con el que los países van adaptando sus legislaciones nacionales, incumpliendo los plazos establecidos, sobre todo, en las Decisiones Marco⁵, y las dificultades mismas que se plantean, por las singularidades nacionales, en el propio procedimiento de recepción de las conductas a castigar y las penas a imponer. No hay que olvidar que, en muchas ocasiones, adaptarse a una pauta normativa comunitaria implica alterar la tradición jurídico penal de un concreto país europeo, acabar con particularismos locales, o generar dificultades técnicas, motivadas, fundamentalmente, por intentar mantener la coherencia interna del propio sistema nacional que se puede ver alterado por la adopción

² De esta afirmación es muestra la Disposición Final Sexta de la reciente Ley Orgánica 5/2010, de reforma del Código penal español en la que se afirma que la citada reforma incorpora a su texto 7 Decisiones Marco y tan solo 2 Directivas.

³ Críticamente: Cuerda Riezu. 1995. "¿Ostentan ius puniendi las Comunidades Europeas?", *Hacia un Derecho penal europeo. Jornadas en Honor del Prof. Klaus Tiedemann*, BOE, 621; Lloria García. 2007. "Apuntes sobre la evolución normativa internacional en materia de trata de personas con fines de explotación sexual". En *Prostitución y Trata. Marco jurídico y régimen de derechos*. Tirant lo Blanch, 30; Terradillos Basoco. 2001. "Sistema penal y criminalidad internacional". En *Libro Homenaje al Dr. Marino Barbero Santo. In Memoriam*. L. Arroyo Zapatero (ed.); I. Berdugo Gómez de la Torre (coord.), Ed. Universidad Castilla-La Mancha y Universidad de Salamanca, 762, V. I.

⁴ Doval Pais. 1999. *Posibilidades y límites de las normas penales, el caso de las leyes penales en blanco*, Universitat de Valencia, 223; Santana Vega. *El concepto de ley penal en blanco*, ad-hoc, 2000, 76.

⁵ Así, pese a que la Decisión Marco 2002/629/JAI, 19-7, relativa a la trata de personas disponía en su Artículo 10.1. que: "Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Decisión marco antes del 1 de agosto de 2004", España no cumplió tal obligación hasta el 2010, solapándose tal proceso con la entrada en vigor de la Directiva de 2011. Críticamente, Pérez Alonso. 2008. *Tráfico de personas e inmigración clandestina de personas (Un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*. Tirant lo Blanch, 335 y ss.).

de las directrices penales comunitarias (por ejemplo, la proporcionalidad interna de las penas contenidas entre los distintos delitos, la coherencia entre la Parte general y la Especial de un código penal, etc.).

Por último, habría que recalcar que el principio de *ultima ratio* del Derecho Penal lleva a recordar la necesidad de una acción integral o transversal en la lucha contra la trata de seres humanos, en la que el Derecho Penal es sólo el último recurso⁶. De poco servirá su regulación si no va acompañada, en el ámbito nacional, de la dotación de medios adecuados en los servicios sociales o de apoyo a las ONG y de la especialización de los profesionales judiciales y administrativos que intervienen en su lucha, o si no se acomete una adecuada cooperación entre los países de origen y tránsito⁷.

En el mismo sentido, dada la naturaleza de los delitos que abarcan, la Decisión Marco de la Unión Europea se propone no solo abordar la lucha contra este tipo de delitos en un ámbito regional europeo, sino también “complementar el importante trabajo realizado por las organizaciones internacionales, en particular, las Naciones Unidas” (Considerando 6), si bien, como se verá más adelante, no sin ciertas dificultades, aspecto en el que profundiza la reciente Directiva de 2011.

2. ANÁLISIS DE LA CONFORMACIÓN MARCO DEL TIPO BÁSICO DEL DELITO DE TRATA DE PERSONAS EN LA UNIÓN EUROPEA

Tanto en la Decisión Marco ahora sustituida de 2002 como en la Directiva de 2011 se establecen los *elementos constitutivos comunes* que habrán de tener los delitos que se establezcan por cada Estado miembro de la UE al abordar la punición de la trata de personas y sus consecuencias jurídicas en los términos que se verán más adelante.

⁶ Cfr. Roxin. 1969. “Franz von Liszt und die Kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs”. In *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, C. Roxin, Walter de Gruyter, 1976, 45. A este respecto, el Ministerio del Interior español ha elaborado un “Plan Interministerial de Lucha contra la Trata de Seres Humanos con Fines de Explotación Sexual: Análisis de Situación y Plan de Acción”, el cual se marcó como período de actuación el de 2009 a 2012.

⁷ En este sentido, supliendo deficiencias de la Decisión Marco de 2002, se pronuncian los Considerandos (4) y (6) de la Directiva de 2011.

A. Bien jurídico-penal protegido

La trata de personas (o *Human trafficking*) es considerada en el ámbito internacional como un delito contra los derechos humanos. Sin embargo, en el ámbito de la Unión Europea, el Considerando (3) de la Decisión Marco del sustituida de 2002 la consideraba “Una grave violación de los derechos fundamentales de la persona y la dignidad humana”. No obstante, la reciente Directiva 2011/36/UE, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, la cual sustituye a la anterior, vuelve a considerar la trata como una infracción de los derechos humanos.

A diferencia de la Decisión Marco 2002/946/JAI, destinada a reforzar el control de los flujos migratorios extracomunitarios mediante la punición de los que trafican con seres humanos con independencia de si estos consentían –lo que sucedía y sucede en la mayoría de los casos–, tanto la Decisión Marco de 2002 como la Directiva de 2011 se propone proteger la libertad y la dignidad del ser humano en el contexto de la desigualdad económica, social o interpersonal, con la finalidad de evitar su cosificación y/o mercantilización, por lo que su punición presupone la no concurrencia del consentimiento de las personas objeto de trata o que aquel está viciado.

B. Conductas a tipificar

La Directiva de 2011 (art. 2.1), al igual que hacía la sustituida Decisión Marco de 2002, sigue la relación de conductas de la Convención de las Naciones Unidas. En concreto, los Estados miembros habrán de castigar como conductas típicas: *la captación, el transporte, el traslado, la acogida, la subsiguiente recepción, incluyendo el intercambio o el traspaso del control sobre la personas.*

Como se puede observar se establece una enumeración amplia y comprensiva, más característica de los bienes jurídicos penales supraindividuales que de bienes jurídicos penales individuales como la libertad o la dignidad. Sin embargo, tal amplitud de conductas típicas viene aquí fundamentada por el ámbito transnacional y, en muchas ocasiones, con el soporte de una organización, con el que se desarrolla la trata de personas. Con ello se intenta captar las diferentes etapas a través de las cuales se desarrolla la trata de personas. Pero es, precisamente, esta finalidad amplia y

comprensiva, lo que lleva a incurrir a la enumeración de las conductas típicas en reiteraciones, pues transportar y trasladar son términos prácticamente idénticos, como sucede con los de acogida y recepción.

Por **captar** se entiende cualquier conducta realizada por medios materiales o intelectuales que oriente a la víctima hacia los fines típicos perseguidos por el sujeto activo, coincidiendo con la acepción cuarta del Diccionario de la Real Academia Española (*DRAE*) de atraer o ganar la voluntad o el afecto. Tanto **transportar** como **trasladar** suponen llevar o conducir a una persona o grupo de ellas de un sitio a otro, cualquiera que sea el medio de transporte utilizado y con independencia, a los efectos de apreciar este delito, de si hay o no cruce de fronteras. **Acoger** se define en este contexto, (2 *DRAE*) como servir de refugio o albergue a alguien siendo equivalente a **alojar**, si bien este puede denotar mayor perdurabilidad en el tiempo. Por último, por **recibir**, tratándose de personas, habrá que entender, por exclusión de los anteriores: salir al encuentro de una persona (*DRAE*, 7-9) y será, por lo general absorbido en los casos que subsiga un acoger o alojar, o que anteceda al transportar o trasladar.

Por lo que se refiere al **intercambio o traspaso del control** sobre la persona objeto de la trata, podría considerarse incluida en las anteriores de trasladar o transportar si el intercambio o traspaso del control fueran acompañados de la entrega material de la persona. Sin embargo, en aquellos casos de *traditio ficta*, esto es, de venta no acompañada de entrega o traslado material, habría una laguna de punibilidad (por ejemplo, mujer encerrada en un burdel que es traída a España para su prostitución, luego es vendida al nuevo propietario como un elemento más del citado burdel y sin llegar a salir de la habitación en la que permanece encerrada), razón por la que tanto la Decisión Marco de 2002, como la Directiva de 2011 la incluyen como supuesto distinto del traslado o transporte.

Caben las **formas imperfectas de ejecución**, pues los verbos típicos las admiten y, expresamente, tanto la suscitada Decisión Marco como la Directiva de 2011 (art. 3º) instan a los Estados miembros a que adopten “las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de la tentativa” en este delito. Tal prescripción no es necesaria en estados como España, en los que se castiga, en todo caso, con pena inferior en uno o dos grados la tentativa del delito en función del grado de ejecución alcanzado y la peligrosidad de la acción (artículos 14 y 62). Pero, sí lo

es para aquellos otros en los que la tentativa es taxativa y facultativamente punible, caso de República Federal de Alemania, cuyo § 23 del Código Penal establece que la tentativa será punible sólo en aquellos casos en los que la ley expresamente lo determine⁸.

Sin embargo, debido al referido sentido omnicompreensivo de las conductas recogidas por este delito serán de difícil apreciación las formas imperfectas de ejecución. Piénsese en un traslado que va a realizarse en autobús o barco interceptado antes de que embarquen las personas objeto de la trata. En el caso de que el transporte fuera a ser realizado por el que captó a las mujeres, el tipo ya estaría consumado por la realización completa de la actividad de captación, aunque se hubiera frustrado la fase posterior del transporte. Sin embargo, si en el supuesto referido fueran realizadas las conductas de captación y de transporte por personas distintas, no habría inconveniente en castigar por consumación al captador y por tentativa al transportista⁹.

Las conductas típicas mencionadas, tratándose de *víctimas mayores de edad*, habrán de realizarse a través de algunos de los **medios determinados** siguientes (art. 2.1. de la Directiva):

a) Mediante la amenaza, el uso de la fuerza u otras formas de coacción

Dentro de esta modalidad estarían incluidas la realización de cualquiera de las conductas típicas señaladas ejecutadas con violencia física, entendida como el acometimiento material sobre la persona que va a ser objeto de la trata (coacción); la psíquica, esto es, la intimidación o la amenaza de un mal futuro o incierto que podrá recaer sobre la víctima o sobre persona a ella especialmente vinculada (padres, hijos, hermanos, cónyuges, amigos íntimos, etc.).

⁸ España no solo va a castigar las formas de imperfecta ejecución, sino que también castiga la conspiración, la proposición y la provocación para cometer este delito (art. 177 bis. 8, en relación con los arts. 17 y 18 del Código Penal español), ampliando más allá de los límites prefijados tanto por la Decisión Marco como por la Directiva el ámbito de actuación de este delito. Críticamente, De Vicente Martínez. 2010. “Artículo 177 bis”, en *Comentarios al Código Penal*, Manuel Gómez Tomillo (Dir.), Lex Nova, 704. De otra opinión, considerando que es un elemento de agravación penológica con relación a la inmigración clandestina, Santana Vega. 2010. “Comentario al art. 177 bis”, en *Comentarios al Código Penal*, Santiago Mir Puig; Mirentxu Corcoy Bidasolo (Dirs.), Tirant lo Blanch, 425

⁹ Así, Queralt Jiménez. 2010. *Derecho penal español. Parte especial*, Atelier. 186.

Más discutible sería considerar incluida, dada la naturaleza del delito, la fuerza ejercida sobre las cosas, por ejemplo, destruir casas, vehículos propiedad de la víctima o de su familia o realizar cualquier otro acto de menoscabo de la capacidad de obrar de estas personas mediante la limitación de su disponibilidad sobre objetos de su patrimonio: cortar el agua o la luz de una vivienda. Sin embargo, la referencia de forma independiente a la fuerza como un *tertius genus* de la coacción y de la amenaza, abonarían su inclusión como modalidad comisiva de la conducta¹⁰.

b) Mediante el rapto

El delito y el *nomen iuris* que lo recogía han sido erradicados desde hace años en legislaciones como la española (Ley 46/1978, de 7-10), por anacrónico y discriminatorio, ya que en la concepción original del término la privación de libertad sólo iba referida a una mujer honesta y con fines de naturaleza sexual. En la actualidad, habrá de ser entendida tal referencia a la detención ilegal de toda persona sometida a la trata con cualquiera de los fines de explotación a los que alude la Decisión Marco, siempre que no exceda del tiempo imprescindible para su ejecución ya que entonces dejaría de ser un medio comisivo para pasar a conformar un concurso de delitos entre el delito de trata y el de detención ilegal.

c) Engaño o fraude

Ambas expresiones se refieren a la utilización de medios para obtener un consentimiento viciado, al inducir a error a las víctimas. La diferencia entre el engaño y el fraude habría que sustentarla sobre el elemento económico, pues mientras que el engaño no lo presupone, el fraude sí (piénsese en la mujer que entrega una cantidad de dinero a una falsa agencia de colocación para obtener un trabajo en cualquier país de la Unión Europea o como comisión para buscarle un marido, que es posteriormente empleada como chica de alterne).

d) Abuso de poder

La Directiva de 2011 sustituye el término de autoridad por el de poder, quizá por la dualidad de sentidos

que presentaba (pública y privada: autoridad paterna, moral, docente...).

En sentido estricto habrá abuso de poder en aquellos casos en los que el sujeto activo sea funcionario o autoridad pública y se prevalga del cargo que ostente al frente de un órgano o institución en el que se ejerzan funciones públicas para cometer el delito, pero no el ejercicio de sus funciones, ya que en este caso la Directiva lo considera no un medio comisivo, sino un tipo agravado. Por lo que el ámbito de esta modalidad dependerá del entendimiento en cada Estado miembro del concepto de autoridad, agente de la misma o funcionario público. Más cuestionable será si el término poder puede ser usado en el seno de una relación laboral o de otra índole.

e) Abuso de una situación de vulnerabilidad

En cuanto a la situación de vulnerabilidad, tanto la Decisión Marco de 2002 como la Directiva de 2011 (art. 2.2) realizan una interpretación auténtica, estimando por tal aquella en la que “*la persona no tenga una alternativa real y aceptable, excepto someterse al abuso*”. Se trataría de algo parecido a la inexigibilidad de otra conducta, pero ahora predicada de la víctima. Dentro de esta referencia se encontrarían no solo las situaciones de dificultades económicas graves, sino también las asistenciales, las políticas o de cualquier otra índole en la que la persona no vea más salida que la del sometimiento a la explotación que directa o veladamente se le propone.

f) Se concedan o se reciban pagos o beneficios para conseguir el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona

En esta modalidad se recoge el clásico ánimo de lucro o precio, recompensa o promesa de traducción económica por la realización de una conducta. Esta modalidad suele ser frecuente en países del tercer mundo o en vías de desarrollo, en donde los padres, angustiados por la situación económica o por creer, en ocasiones, que al ceder a sus hijos les están dando mejores oportunidades, desconocen la actividad y el destino que las mafias les darán a sus hijos, los entregan para conseguir unas mejores condiciones de vida para el resto de la familia o simplemente para sí mismos, debido a su avanzada edad y a las nulas prestaciones sociales que tendrán en la vejez en esos países.

¹⁰ Sin olvidar que la Jurisprudencia española admite como modalidad de coacción la fuerza en las cosas (cortes de suministro eléctrico, del agua, cambio de cerraduras, etc., cfr. también: STS 348/2000, 28-2; ó 17-11-1997, recientemente, aplicando tal doctrina inconcusa, SAP de Palma de Mallorca 1ª 205/2011, 9-6).

Sin embargo, ninguno de estos medios comisivos serán necesarios para cometer el delito de trata de seres humanos en el caso de que las conductas típicas afecten a *niños* (art. 2.5 de la Directiva). Sin embargo, con una notoria descoordinación, el apartado 6 del artículo 2 no define lo que se entiende por niño, sino por “*menor*”, entendiéndose como tales, a estos efectos, a las personas menores de dieciocho años (art. 2.6. DM). Si bien habrá que considerar que es un lapsus del legislador comunitario o un defecto de traducción, ya que no todo menor de edad es un niño (v. gr. puede ser un adolescente), aunque todo niño sea siempre un menor de edad. En consecuencia, la Decisión Marco configura al delito de trata como un tipo de *medios determinados* cuando se comete sobre personas mayores de dieciocho años y *resultativo o de medios indeterminados* si afecta a menores de edad.

C. Sujetos del delito

El delito de la trata de seres humanos viene configurado como un delito común, esto es, puede ser considerado como **sujeto activo** del mismo cualquiera, sin perjuicio de las previsiones hechas en los subtipos agravados por la condición del sujeto activo.

Tanto la Decisión Marco de 2002 como la Directiva de 2011 hacen referencia expresa a la conveniencia de que sea castigado en este delito no solo el autor, en sentido estricto, sino también el inductor y el cómplice, habiendo olvidado la Decisión Marco la figura del cooperador necesario que habrá que entender también incluida en la recomendación de punición, en cuanto la cooperación necesaria, equiparada a efectos punitivos a la autoría en países como España, es de mayor gravedad que la complicidad caracterizada por ser, precisamente, una cooperación no necesaria al ser sustituible¹¹.

En la línea de otras decisiones marco o directivas de naturaleza penal, las que abordan la punición de la trata de personas instan a los Estados miembros (arts. 5 y 4, respectivamente) a que en este delito se prevea la responsabilidad de las **personas jurídicas**. Si bien se deja, como viene siendo habitual, en libertad a los Estados miembros para que opten bien por el modelo

administrativo o por el penal, el cual puede ser considerado actualmente como el mayoritario.

Tanto la Decisión Marco de 2002 como la Directiva de 2011 siguen un sistema de heterorresponsabilidad. Esto es para que la persona jurídica responda por el delito de trata de seres humanos, será necesario que tal delito sea cometido en beneficio de la persona jurídica, siempre que la persona física actúe a título individual como parte de un órgano de la persona jurídica, o como un cargo directivo en el seno de dicha persona jurídica y, en este último supuesto: (i) con poder de representación de dicha persona jurídica, (ii) con autoridad para adoptar decisiones en nombre de dicha persona jurídica, o (iii) con autoridad para ejercer el control en el seno de dicha persona jurídica.

Tanto la Decisión Marco como la Directiva que la sustituye conciben la responsabilidad penal de las personas jurídicas no solo por comisión, sino también en *comisión por omisión*. Por ello recomiendan que la responsabilidad penal de estas se extienda a aquellos supuestos en los que *la falta de vigilancia o control* por parte de una de las personas físicas que se hallen al frente de las personas jurídicas haya hecho posible que los subordinados cometan un delito de trata de seres humanos, siempre que se haya realizado en beneficio de la persona jurídica.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluye la de las personas físicas, sino que es acumulativa a la de la persona jurídica en cuyo nombre y provecho se actúa (cfr. art. 3 de la Acción Común 98/733/JAI, de 21-12).

Llama la atención que tanto la Decisión Marco como la Directiva que la sustituye hagan responsable a las personas jurídicas *únicamente* del tipo básico del delito de trata (“*las infracciones contempladas en los artículos 2 y 3*”), olvidando los subtipos agravados del artículo 4 que perfectamente podrían serles aplicables a estas, por lo que con ello parece establecerse un doble nivel de responsabilidad: más intenso en el caso de las personas físicas y de menor intensidad en el caso de las personas jurídicas.

Por lo que se refiere al **sujeto pasivo** podrá serlo cualquier ser humano con independencia de su nacionalidad. No obstante, resultarán ciertamente escasos los supuestos en los que sea un nacional –e incluso un comunitario– el que esté siendo objeto de explotación laboral o sexual, pese a su situación de necesidad. Esto

¹¹ Sobre la determinación de lo esencial o accesorio de tal contribución a través de la teoría de los bienes escasos, Gimbernat Ordeig. 1966. *Autor y cómplice en Derecho penal*. Ed. Facultad de Derecho, 155 y ss.

será así debido no solo al más fácil acceso a las prestaciones de las respectivas ayudas sociales, sino también por el conocimiento de cómo activar los mecanismos de inspección laboral o la protección sindical y, en general, por el conocimiento y más fácil acceso al resto de los diversos recursos sociales o jurídicos.

En efecto, como se ha puesto de manifiesto en los estudios internacionales al respecto, la mayor parte de las víctimas del delito de trata de seres humanos procede de países del tercer mundo o en vías de desarrollo en donde la falta de expectativas laborales, con la consiguiente necesidad de emigrar, o la falta de respeto y garantías de los derechos humanos, los convierten en una fuente productora de víctimas de estos delitos, siendo en estos países en los que, de forma absolutamente mayoritaria, se produce la captación¹².

En este contexto se destaca, en un porcentaje significativamente elevado, el número de víctimas mujeres, con relación al de hombres, sobre todo cuando se trata de explotación sexual. Hay que tener presente que las mujeres están especialmente afectadas por la “feminización de la pobreza”, la discriminación en el acceso a la educación, a la actividad laboral y al resto de recursos en gran parte de los países del tercer mundo o la feminización casi absoluta del negocio de la prostitución. Las zonas a las que son traídas estas personas en los supuestos de explotación sexual son las grandes ciudades del mundo desarrollado, las zonas turísticas o las próximas a bases militares, en las que la demanda es alta¹³.

Por último, habría que destacar que para la comisión de este delito bastará que resulte afectada *una sola persona*, ya que a diferencia de los delitos de favorecimiento del tráfico ilegal o de la inmigración clandestina, al tratarse de un tipo de bien jurídico penal individual, habrá tantos delitos de trata como personas afectadas por la misma.

D. Ámbito de aplicación espacial del delito de trata

Los principios que van a regir la aplicación espacial de este delito o, lo que es igual, la jurisdicción de los

tribunales nacionales, según establece el artículo 10 de la Directiva de 2011, se determinarán por:

a) El *principio de territorialidad*, esto es, los tribunales de los Estados miembros serán competentes para conocer del delito de trata de seres humanos cuando la infracción se haya cometido, total o parcialmente, en el territorio de un Estado miembro. A este principio se le configura como el eje central y preferente de la futura aplicación de las legislaciones penales nacionales.

b) El segundo principio adoptado en la Decisión Marco es el de *personalidad* (“*el autor de la infracción sea uno de sus nacionales*”). Este principio presenta como principal escollo, de cara a erradicar lagunas de punibilidad, la exigencia del principio de doble incriminación, según el cual para castigar a los nacionales de uno de los Estados de la UE por los delitos cometidos en el extranjero cuando estos regresen a su territorio nacional, será necesario que la conducta sea punible en ambos estados: aquel en donde lo cometió y en el estado del que es nacional (v. gr. español que durante años se encarga en Gambia de una red de captación de mano de obra esclava para ser traída a España y tras dos años regresa a España).

En todo caso, el artículo 10.3 de la Directiva insta a los Estados de la Unión a que no hagan depender la persecución de estos delitos de la doble incriminación, ni de la previa deposición de la víctima en el lugar en el que se cometió el delito o de una denuncia del Estado del lugar en donde se cometió¹⁴.

Por otra parte, habría que recordar en este punto que pese a que la mayoría de los Estados miembros tienen hecha reserva tanto en sus constituciones nacionales como en el Tratado Europeo de Extradición de 1957, en lo relativo a la no entrega de sus nacionales, lo cierto es que la euro-orden ha venido a dejar sin efectos estas excepciones y la aplicación misma del citado Tratado, simplificando y despolitizando la entrega de los presuntos delincuentes que se encuentran en un Estado miem-

¹² Así, la Oficina sobre Drogas y Crimen de Naciones Unidas (UNODC), en su Informe “Trafficking in persons: global patterns”, de abril, 2006, (88, 89 y 103), pone de manifiesto que Asia se destaca, en términos globales, como zona emisora en la trata de seres humanos por antonomasia.

¹³ Ribando. 2007. Congressional Research Service, 7.

¹⁴ Mediante convenios internacionales se ha ido derogando la exigencia de la doble incriminación en los delitos de explotación sexual y pornografía infantil, pudiendo ser castigados en sus respectivos países los nacionales que hayan cometido tales infracciones criminales en países extranjeros en donde estas conductas no constituyan delito. El artículo 2.2 de la Decisión Marco 2002/584/JAI establece que la orden de detención y entrega rige para la trata de seres humanos sin necesidad de que tenga lugar un control de doble tipificación de los hechos entre los estados miembros (cfr. también STJCE de 3 de mayo de 2008).

bro distinto de aquel que insta la euro-orden. Con ello, la euro-orden se configura como un instrumento más para articular el espacio de libertad, seguridad y justicia dentro de la unión política europea, reservando la extradición, en su conformación clásica, para las relaciones de la Unión Europea con terceros países¹⁵.

c) En el caso de que un Estado miembro quiera ampliar el ámbito competencial de sus tribunales más allá de los criterios indicados tendrá que ponerlo en conocimiento de la Comisión¹⁶.

Ni la Decisión Marco ni la Directiva, pese a la gravedad del delito objeto de la misma, han considerado conveniente apostar por el *principio de universalidad* que declararían competente a los tribunales de cualquier Estado miembro frente al responsable, nacional o extranjero, de este delito sea cometido en su territorio o fuera de él, a diferencia de lo sucedido con el delito de tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores. Con ello, se pone de manifiesto la mayor preocupación de la Unión Europea por la contención de los flujos migratorios que por la actuación frente a la trata de seres humanos.

No obstante, y al menos con relación a España, tampoco han faltado autores que han considerado preferible optar por el principio de personalidad, ampliado con la referencia no solo a la nacionalidad, sino también a la residencia legal en España del presunto culpable, en los casos de abuso y explotación sexual de menores, al considerar desmesurado el alcance que tiene el principio de universalidad en la legislación penal española (art. 23 LOPJ)¹⁷.

En aquellos casos en los que *la infracción haya sido cometida en provecho de una persona jurídica establecida en un territorio nacional*, parece regir un criterio mixto de territorialidad y de personalidad, no explicitado en el articulado, pero sí referido en el Considerando (16).

¹⁵ Carrera Hernández. 2007. "Réquiem por las decisiones marco: a propósito de la orden de detención europea". *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* 14:3 y 19.

¹⁶ Los criterios de ampliación competencial que se recogen en el artículo 10.2 son: la nacionalidad o residencia habitual de la víctima, residencia habitual en el territorio de un Estado miembro del sujeto activo del delito, actuación en beneficio de una persona jurídica establecida en el territorio de un Estado miembro.

¹⁷ Tamarit i Sumalla. 2002. *La protección penal del menor frente al abuso y la explotación sexual. Análisis de las reformas penales en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores*, Aranzadi, 163.

Por último, no quedan vinculadas por esta Directiva ni a su adopción, por las respectivas posiciones adoptadas en relación con el espacio de libertad, justicia y seguridad el Reino Unido, Irlanda y, por los artículos 1 y 2 del Protocolo anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, queda también excluida de su adopción Dinamarca.

E. Parte subjetiva del tipo

La parte subjetiva del delito de trata habrá de abarcar no solo el dolo, de conocer y comprender la realización de las conductas típicas previstas, no dejándose motivar por las normas prohibitivas de las mismas, sino que también será necesario que el sujeto activo persiga, con su realización, cualquiera de las *finalidades de explotación* mencionadas en el tipo, tanto cuando el tráfico afecte a adultos como a menores. Sólo será posible, en consecuencia, que este delito sea cometido por dolo directo de primer grado, pudiendo configurarse como un tipo de resultado cortado o mutilado en dos actos según que sea el mismo u otro sujeto quien vaya a realizar las finalidades de explotación indicadas en el delito¹⁸.

Las finalidades que se recogen en la Directiva de 2011 se han incrementado con relación a la enumeración más exigua de la Decisión Marco de 2002, y son las siguientes:

a) Finalidad de explotar el trabajo o los servicios forzados de una persona, incluida la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad

Esta modalidad viene caracterizada por la imposición de condiciones laborales degradantes que cosifican al ser humano, llegándolo a convertir en un objeto de compraventa, en cuanto se les niega a las víctimas los más elementales derechos en la prestación de un trabajo digno por una persona libre¹⁹. Es indiferente que se trate de un trabajo por cuenta ajena o de prestaciones de servicios por cuenta propia.

¹⁸ Cfr. Luzón Peña. 2008. *Curso de Derecho penal, Parte general*, V.I, Universitas, 1996, 309; MIR PUIG, *Derecho penal, Parte general*, Reppertor, 7ª ed., 226.

¹⁹ Cfr. a este respecto, 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.

En cuanto a la *mendicidad*, aquí se incluirían solo los supuestos en los que un tercero explota forzosamente, esto es, sin el consentimiento de quien la ejerce, la petición y recaudación de limosnas, quedándose el explotador con todo o parte de lo recaudado. La valoración del consentimiento prestado habrá de valorarse caso por caso, si bien el otorgado por los menores no será nunca válido (Considerando 11 de la Directiva). Así mismo, cuando se trate de menores de edad será indiferente que la finalidad sea que el propio menor practique la mendicidad de forma independiente o que sea utilizado en meras labores de acompañamiento para incitar a la conmiseración ajena y obtener una mayor recaudación, ya que una u otra modalidad dependerá, sobre todo, de la edad del menor.

b) Finalidad de explotar la prostitución ajena o ejercer otras formas de explotación sexual, incluida la pornografía

Tanto la Decisión Marco como la Directiva definen la explotación sexual como la consistente en la explotación de una persona con fines de prostitución. Sin embargo, mientras que la segunda alude además “a otras formas de explotación sexual”, la Decisión Marco aludía de forma específica a espectáculos pornográficos o producción de material pornográfico (art. 2), realizada sin o con consentimiento viciado de la víctima (arts. 187, 188 y 189 C. P.). Con la fórmula más indeterminada de la Directiva se persigue que la utilización de un concreto *nomen iuris* no sea obstáculo para incluir variantes nacionales que materialmente se incluyan en las finalidades penadas²⁰.

Como se pone de manifiesto en informes de diversas organizaciones no gubernamentales²¹, en la prostitución ha habido una transformación fundamental: el paso de una prostitución de carácter individual y ámbito local, a la que podríamos denominar “prostitución tradicional”, a otra “prostitución organizada y transnacional”, de carácter más complejo, asociada al crimen organizado y a la realización conjunta de otros delitos como el tráfico de armas o drogas.

²⁰ Así, en el caso de la legislación penal española podría considerarse también incluidos los delitos de exhibicionismo y provocación obscena (arts. 185 y 186), cuando los sujetos son obligados (“ejecutare o hiciere ejecutar”) a realizar las acciones allí tipificadas: exhibición forzada en escaparates de *sex-shops*.

²¹ Por todas, Médicos del Mundo, “Programas para personas en situación de prostitución”, 2010, www.medicosdelmundo.org

Este tipo de nueva prostitución se hace especialmente visible en los propios anuncios de prensa de los países europeos en los que estos todavía se permiten, caso de España, como también en las personas que la ejercen en locales, hoteles, o en las calles o parques de las ciudades. En todo caso, como se pone de manifiesto en el informe de la ONG arriba mencionado, el 90% de la prostitución que se ejerce en España y en la Europa occidental, tanto en la calle como en locales, es extranjera. De ella, más del 50%, por lo que a España se refiere, es latinoamericana (especialmente, brasileñas y colombianas), una tercera parte procede de los países del este de Europa, fundamentalmente de Rumania, Rusia y Ucrania, el resto procede, en su mayoría, del África subsahariana²².

Supliendo las lagunas de la Decisión Marco, la Directiva incluye dos nuevas finalidades en la trata de seres humanos.

c) Finalidad de extracción de órganos

Esta finalidad no fue incluida en la Decisión Marco, pese a que venía recogida en la Convención de la ONU, a la que siguió el Código Penal español incluyéndola (art. 177 bis). Tendrán la consideración de órganos también los tejidos, en cuanto parte de los mismos. Pero tal finalidad no incluirá la de *extracción de sangre* o la extracción de *óvulos*.

Tampoco se ha incluido, pese a su gravedad, la trata de personas para experimentaciones médicas, quirúrgicas o farmacológicas no consentidas, las cuales se suelen desarrollar también, clandestinamente, en países del tercer mundo o en vías de desarrollo, así como personas marginales o desvalidas de los países desarrollados.

d) Finalidad de explotación para realizar actividades delictivas

Esta finalidad constituye una novedad sin precedentes en la Decisión Marco o en la Convención de las Naciones Unidas. La razón de su introducción se halla en la realidad criminal que acontece en los países de la Europa occidental con relación a la inmigración pro-

²² Cuesta García, M^a Luisa. 2006. El perfil criminológico del tráfico para la explotación sexual en España. *Trata de personas y explotación sexual*, Mercedes García Arán (ed.), Comares, Granada, 127.

cedente de los países del este o de centro y sur de América en donde las cabecillas de bandas que ya operan en estos países de origen emigran como avanzadilla de la posterior llegada de los demás miembros de la banda o de la propia familia a la Unión Europea.

Sin embargo, son preocupantes y significativas las cifras de criminalidad que tal fenómeno genera, el mismo no encaja en la estructura de la trata que requiere por parte del que va a ser sometido a la trata falta de consentimiento o consentimiento viciado, lo que no ocurre con los secuaces de una banda o miembros de familias dedicadas a delinquir, salvo que se trate de menores (caso de familias rumanas que en España dedican a sus hijos menores de edad penal –incluso menores de 14 años– a realizar pequeños hurtos).

Aclara la Directiva en el Considerando (11), después de realizar una enumeración *ad exemplum* de supuestos (carterismo, hurtos en comercios, tráfico de estupefacientes y otras actividades similares) que tales actividades delictivas han de tener dos requisitos: estar castigadas con pena e implicar una ganancia económica. No obstante, tal acotación interpretativa resulta de un lado irrelevante, pues toda infracción criminal está castigada con pena y de otra es de difícil asunción, ya que el artículo 2.3 de la Directiva que menciona tal finalidad nada dice sobre que la finalidad criminal deba limitarse a delitos económicos. Es más, carece de toda lógica que se considere trata de seres humanos destinar forzosamente a unas personas a robar y no cuando se las obliga a matar o lesionar a otras personas. Por lo demás, en muchas ocasiones la finalidad delictiva concurrirá conjuntamente con otras como la de la explotación sexual (mujeres destinadas a la prostitución a las que se les obliga también a robar a los clientes), lo cual de concurrir habrá de reflejarse, al suponer un plus de anti-juridicidad, en la individualización de la pena.

e) Otras finalidades

El Considerando (11), *in fine*, alude a que “La definición incluye asimismo la trata de seres humanos que tiene como objeto... otras conductas como, por ejemplo, la adopción ilegal o los matrimonios forzados, en la medida en que concurran los elementos constitutivos de la trata de seres humanos”. Sin embargo, estas finalidades, a diferencia de las recogidas en los apartados anteriores no se vuelven a explicitar en el artículo 2.3 al referirse a las finalidades de la trata, lo que supone un nota-

ble despiste por parte del legislador comunitario. En consecuencia, la finalidad de matrimonios forzados sólo podrá castigarse cuando afecte a menores protegidos en su indemnidad o libertad sexual según los límites de edad recogidos en cada Estado miembro.

Por último, por lo que se refiere a la *venta de niños* para la adopción, concepto más restrictivo que el de *adopción ilegal*, este es un fenómeno emergente en los últimos años ante la escasez de menores de corta edad en los países europeos para ser dados en adopción, debido no solo a la postergación de la maternidad y la paternidad, sino también a las nuevas restricciones establecidas por los países asiáticos en las adopciones internacionales, del este de Europa, así como de Suramérica. Sin embargo, la venta de niños para ser adoptados no está incluida *per se* en ninguna de las finalidades recogidas en el reiterado artículo 2.3, salvo que se especifique expresamente como tal en la concreción nacional del delito por cualquier Estado miembro, ya que las finalidades que se recogen en el citado precepto son una exigencia de mínimos.

f) Tipo negativo

Aclara la Directiva de 2011 (art. 1.4), como lo hiciera la Decisión Marco que le precedió, que el consentimiento de una víctima de trata de seres humanos no se tendrá en cuenta cuando se haya obtenido recurriendo a los medios indicados en el tipo básico (violencia, intimidación, engaño...). Sin embargo, pueden darse casos de *estados de necesidad*, al menos disculpantes, según la Doctrina mayoritaria, cuando concurra igualdad valorativa entre el bien jurídico salvado y el sacrificado²³ (padre, cirujano de profesión que extrae un riñón de un donante vivo caboverdiano para luego transplantarlo a un hijo u otro familiar próximo, en grave peligro de muerte, sin ánimo de lucro por parte del padre, incumpliendo los requisitos legales).

3. SUBTIPOS AGRAVADOS

Al igual que la sustituida Decisión Marco de 2003, la Directiva de 2011 prevé agravaciones del tipo básico cuando concurran las circunstancias que se señalan a continuación.

²³ Cfr. Gimbernat Ordeig. 1990. *Estudios de Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 114; MIR PUIG, Santiago, *op. cit.*, 455

Víctima particularmente vulnerable

Dado que la vulnerabilidad de la víctima de la trata es consustancial al tipo básico, el fundamento de la agravación en este subtipo viene determinado por el adverbio “particularmente”, el cual habrá de ser entendido en el sentido de que la situación en la que se encuentre la víctima sea *especialmente grave*, lo cual se podrá apreciar cuando en la víctima de la trata concurren varias causas de vulnerabilidad; por ejemplo, indigente extranjero, mujer residente ilegal embarazada, persona menor con discapacidad intelectual o física, etc.

Por su parte, la Decisión Marco (art. 7.2) incluía, con relación a los menores de edad, una interpretación legal de la especial vulnerabilidad, considerando que el menor era especialmente vulnerable cuando este *esté por debajo de la mayoría de edad sexual según la legislación nacional y la infracción se haya cometido con fines de explotación de la prostitución ajena o de ejercer otras formas de explotación sexual, incluida la pornografía*. Con ello se hacía referencia a menores entre los 13 y los 16 años, según la legislación estatal de cada país. Por lo que a España respecta la intangibilidad o indemnidad sexual se fija en los menores de 13 años, de manera absoluta, y en determinados comportamientos por debajo de los 18 años. La fundamentación de esta agravación y del entendimiento de la existencia de un plus de antijuridicidad hay que buscarlo en la concepción de que por debajo de cierta edad existe una indemnidad sexual de los niños, esto es, un derecho de estos a no ser involucrados en ningún contexto sexual debido a que por su edad no tienen la suficiente madurez física y psíquica para entender y afrontar las relaciones sexuales y sus consecuencias.

Sin embargo, el artículo 4.2 a) de la Directiva de 2011 se limita a incluir “como mínimo a los menores”, sin realizar ninguna otra especificación, por lo que habrá que entender que cualquier trata que recaiga sobre menores constituye, con independencia de la edad del menor y la finalidad perseguida, un subtipo agravado.

Trata cometida en el marco de una organización

En la conceptualización de la organización delictiva la Directiva de 2011 se remite a la Decisión Marco 2008/841/JAI, la cual deroga la Acción Común 98/733/JAI a la que se remitía la Decisión Marco

sustituida por la Directiva. Según el artículo 1.1 de la citada Decisión Marco se entenderá 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”²⁴.

De la citada conceptualización se desprende que no habrá organización si la misma está constituida por un solo miembro, si se ha constituido por primera vez para la consecución de un único delito, o si no ha transcurrido cierto tiempo desde su conformación, aspectos todos estos criticables en cuanto pueden dejar al descubierto lagunas de punibilidad.

En todo caso, coinciden los autores en señalar que la organización ha de superar el ámbito estructural de la mera coautoría, siendo necesario una red estable y jerarquizada con subordinación de medios materiales y personales para tal fin²⁵.

En las legislaciones europeas el castigo del elemento organización se articula sobre la base de distinguir entre la mera pertenencia a aquella y la de ocupar puestos de mando en la misma, lo que se evidencia por la mayor capacidad de afectación del bien jurídico-penal puesta de manifiesto por la toma de decisiones, la dación de órdenes, directrices, o por tratarse de personas ante las cuales se rinden cuentas.

Puesta en peligro de la vida de la víctima

Tanto la Decisión Marco como la Directiva se refieren exclusivamente a la puesta en grave peligro de la vida. Por lo tanto, sin perjuicio de ser castigados los

²⁴ En todo caso, la Directiva de la Trata se remite, a efectos agravatorios, exclusivamente, a la “organización delictiva”, por lo que no se entendería incluida en tal concepto la “asociación estructurada” a la que alude también la citada Decisión Marco de 2008, diferenciándola de aquella.

²⁵ De la Mata Barranco, Norberto. 2001. “Criminalidad organizada en la Unión Europea: criminalidad económica y criminalidad sexual”. *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología* (15):45; Queralt Jiménez, Joan J. 1999. “Recientes novedades legislativas en materia de lucha contra la delincuencia organizada” *La Ley* (6):1 y ss.

efectivos menoscabos que sufriera la integridad física o psíquica, como los de la vida de la víctima de trata, mediante el concurso de delitos, no habrá lugar a incluir en este subtipo agravado la mera puesta en peligro de la integridad física o psíquica de la persona objeto de la trata, salvo que, por su gravedad, fueran demostrativos de la afectación sin éxito de la vida.

En ambas disposiciones comunitarias se preveía y prevé que la puesta en peligro de la vida de la víctima de trata pueda producirse tanto dolosamente (“de forma deliberada”), como por *negligencia grave*. Sin embargo, esta última modalidad del tipo subjetiva se aviene mal con la gravedad de las penas impuestas y con la propia dinámica comisiva del tipo básico, sobre la que se han de asentar los subtipos agravados, caracterizados por la exigencia del dolo directo de primer grado. En todo caso, de preverse la modalidad negligente la pena debería ser inferior a la prevista para la modalidad dolosa.

Sin embargo, a diferencia de la Decisión Marco, la Directiva no exige que la puesta en peligro de la vida sea grave, por lo que podrían incluirse supuestos de escasa entidad delictiva que, como en el caso de la previsión de la imprudencia, no serían propios de un subtipo agravado, y que de incluirse tendrían una difícil delimitación con el tipo básico, además de tener que ir acompañados en su previsión punitiva de una minoración de la pena con relación a los supuestos en los que la puesta en peligro fuera grave.

Uso de violencia grave o causar a la víctima daños particularmente graves

El subtipo agravado del uso de *violencia grave* presenta como principal escollo su delimitación respecto a la puesta en peligro de la vida de la víctima, la cual puede tener como medio comisivo el ejercicio de la violencia de cierta entidad, por lo que ambos subtipos agravados se podrían, prácticamente, solapar.

En cuanto a la *causación de daños particularmente graves*, la vaguedad de tal expresión plantea el problema de dilucidar si estos daños se refieren a la integridad física de una persona, no referidos como se vio en el subtipo agravado anterior, o sobre las cosas. Aunque la expresión sea poco afortunada, ya que el término daños va referido, generalmente, a las cosas, y es más

correcta la utilización de los términos “lesiones graves”, nada impediría su inclusión en esta modalidad de agravación. Pero tampoco sería descabellado que las legislaciones nacionales incluyeran como subtipo agravado la comisión de la trata causando menoscabo en la propiedad de la víctima o de un tercero estrechamente vinculado con aquélla (estragos, daños, incendios, etc.), siempre que revistan una especial gravedad. Esta tesis además se vería abonada por la más arriba señalada modalidad comisiva básica de la utilización de *fuerza*.

Trata cometida por funcionario en el ejercicio de sus funciones

Este subtipo agravado no fue recogido por la Decisión Marco relativa a la trata de seres humanos. Sin embargo, esta omisión no impidió que legislaciones, como la española, en coherencia con otras figuras delictivas similares como las que penalizan el tráfico ilegal o las migraciones clandestinas, incluyeran la agravación de prevalerse de la condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, pero sin exigir una actuación en el ejercicio de sus funciones. Con la inclusión de tal especificación por parte de la Directiva se reduce el ámbito de actuación de tal agravación, pues para aplicarla no bastará que el sujeto activo funcionario se prevalga de tal condición, sino que además se exigirá que lo haga en el ámbito de su competencia (inspector de trabajo que hace la “vista gorda” con relación a ciudadanas africanas encerradas en un prostíbulo donde son obligadas a prostituirse, omitiendo levantar acta).

4. PENALIDAD

En cuanto a las consecuencias jurídicas del delito, se propone, con fórmula reiterada en los instrumentos comunitarios, que las legislaciones nacionales incluyan sanciones *efectivas, proporcionadas y disuasorias*, calificativos reiteradamente recogidos en los instrumentos comunitarios de contenido penal, de acuerdo con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. La fórmula utilizada en estos casos es la de “la pena máxima como mínimo” o “duración máxima de la menos”, esto es, las decisiones marcos y directivas suelen indicar a los Estados miembros el mínimo que se estima necesario para alcanzar los objetivos a escala comunitaria, suponiéndose así que cada Estado

no se va a exceder en la imposición de la pena que es necesario a tal efecto²⁶.

Tanto la Decisión Marco que se ocupa de la punición del favorecimiento del tráfico ilegal de inmigrantes, como la que regulaba la trata de personas, pese a la mayor gravedad de esta última, establecían el mismo marco penal para ambos tipos básicos: el de *hasta 8 años*, poniéndose así de manifiesto la mayor preocupación de la Unión Europea por el control de los flujos migratorios que por la dignidad del ser humano objeto de la trata, la cual, por lo general, no afectará a sus ciudadanos, sino a los de terceros estados, ya que como se expuso más arriba, los estados europeos lo son de recepción y no de emisión de personas víctimas de la trata.

Sin embargo, la Directiva de 2011 reduce la pena del tipo básico a una pena privativa de libertad de *una duración máxima de al menos 5 años* y la eleva a la de al menos *hasta 10* los años de privación de libertad en los casos de subtipos agravados, por lo que no sólo no se corrige la paridad punitiva existente entre trata e inmigración ilegal sino que, con relación al tipo básico de la trata, se agrava el problema, infraprotegiendo a las víctimas de trata en relación con la protección penal dada al derecho fronterizo o control de los flujos migratorios por parte de la UE.

Curiosamente, ni en la Decisión Marco, ni en la Directiva se establece pauta alguna con relación a la *no expulsión* de los condenados por el delito de trata de blancas, por lo que los Estados miembros podrían aplicarla, con los efectos criminógenos nada deseables que ello conlleva (reiteración de conductas delictivas con más experiencia, datos e información a aplicar en las ulteriores acciones que se realicen), sin olvidar los nefastos efectos que se producen en la prevención general y especial al ejecutar la expulsión en delitos de tanta gravedad, limitándose la Directiva de 2011 a recordar la no devolución con arreglo a la

Convención de Ginebra 1951 sobre Estatuto de los Refugiados.

Con relación a las *personas jurídicas*, la Decisión Marco insta a cada Estado miembro a que adopte las medidas necesarias –administrativas o penales– para garantizar que la persona jurídica considerada responsable sea castigada con sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, aludiendo así a los mismos principios que se establecen con relación a las personas físicas.

Las sanciones previstas para las personas jurídicas habrán de incluir *multas*, las cuales se erigen en la pena estrella para las personas jurídicas. Estas multas, como la propia responsabilidad de la persona jurídica, podrán tener carácter penal o administrativo. La referencia a este carácter dual de la multa o del resto de las sanciones que se enumera a continuación es debida a que no en todos los Estados miembros de la Unión Europea se recoge la responsabilidad penal de las personas jurídicas, si bien puede considerarse como el modelo mayoritario.

La Directiva recoge, en paralelo a las penas privativas de derecho de las personas físicas, otras sanciones como son: la exclusión del disfrute de ventajas o ayudas públicas; la prohibición temporal o permanente del desempeño de actividades comerciales; el sometimiento a vigilancia judicial; la medida judicial de liquidación; el cierre temporal o definitivo de establecimientos utilizados en la comisión de la infracción.

Por último, consciente del entramado económico al que suele dar lugar o en el seno del cual se realiza la trata y de sus pingües beneficios, el artículo 7º hace especial mención a la necesaria regulación por parte de los Estados miembros del embargo y decomiso de los instrumentos y productos utilizados y/o procedentes de la trata.

5. MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS

En la trata de seres humanos constituye un problema central el evitar que las investigaciones policiales y judiciales generen un proceso de victimización secundaria en los sujetos pasivos de este delito²⁷. De

²⁶ Sin embargo, en la práctica, estos topes no siempre se han respetado. Así, en una materia próxima e interconectada con la trata de seres humanos, la Decisión Marco del Consejo 2002/946/JAI, 28-11, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregular, en los casos de tráfico ilegal o inmigración clandestina, obligaba a imponer penas privativas de libertad no inferiores a ocho años cuando concurriera ánimo de lucro, el cual debería integrar el tipo básico. Sin embargo, el 318 bis del Código penal español que afirmaba seguir tal Decisión Marco, impone una pena de 4 a 8 años al tipo básico, configurado sin ánimo de lucro, pasando este a conformar un subtipo agravado.

²⁷ De León Villalba. 2003. *Tráfico de personas e inmigración ilegal*. Tirant lo Blanch, 80 y ss.

ahí, que sea tan importante adoptar medidas dirigidas a la inmediata protección de las víctimas²⁸.

Estas medidas han de estar presididas por dos pautas: seguridad y confidencialidad. Esto es así por tres razones. En primer lugar, hay que proteger la vida e integridad física y libertad de las víctimas de la trata para no ser así doblemente victimizadas: por el delito y por las represalias que pudieran sufrir procedente de los tratantes hacía ellas mismas o sus familias.

En segundo lugar, respeto a la privacidad e intimidad de las víctimas que fueron explotadas, sobre todo en el caso de la explotación sexual, es necesario evitar la difusión de noticias respecto de ellas ya que las estigmatizarían y humillarían aún más y las condenarían a una marginación social no deseable.

Por último, la protección de las víctimas es también un medio para no entorpecer la investigación del delito y no perjudicar los ulteriores resultados del proceso, el cual sólo tendrá posibilidades de éxito si hay una suficiente recopilación de pruebas y testimonios. De hecho, suele suceder que quienes se saben en situación irregular y bajo la espada de la expulsión, aunque estén siendo tratados como esclavos laborales o sexuales, prefieran, en muchas ocasiones, no denunciar y seguir en esta situación bien por miedo a las mafias que con ellos tratan, bien porque abrigan la esperanza de labrarse en el primer mundo un futuro mejor tras haber saldado su “deuda” con sus explotadores, o bien porque temen la miseria, las consecuencias políticas o policiales que les espera en sus países de origen si regresan.

Consciente de todo ello la Directiva de 2011, supliendo las raquíticas previsiones que sobre aquéllas contenían la sustituida Decisión Marco, tal como venía exigiendo la Doctrina²⁹ y sin perjuicio de remitirse, en aspectos sobre todo de extranjería, a las previsiones de la Directiva del 2004 (infra), recoge un amplio catálogo de disposiciones que persiguen la protección de las víctimas para que sean adoptados por los Estados miembros, entre los que podemos destacar:

a) La persecución de oficio de los delitos de trata, no siendo necesario que la víctima ejercite la acción penal, ni se condicione su persecución a declaración alguna previa de la víctima, sino que de ello se ocupará el Ministerio Público (arts. 9 y 10.3 c), garantizándose también el asesoramiento y la representación legales gratuitos (art. 12).

b) La protección de las víctimas desde una perspectiva de género y de atención a la diversidad. El legislador comunitario es consciente de que las mujeres y los hombres son a menudo objeto de trata de diferente manera y con diferentes fines o que unos y otros puede tener necesidades especiales (enfermedades físicas o psíquicas, embarazos, etc.). Así, por ejemplo, la explotación sexual arroja un balance claramente negativo para aquéllas en las cifras de la trata con tal finalidad, mientras que en la explotación laboral sectores como la construcción y, en menor medida, la agricultura, tiene como principales afectados a los hombres, no así en el servicio doméstico, donde es sensiblemente superior el número de víctimas femeninas. En consecuencia, dado que los factores de disuasión y atracción pueden ser diferentes según el sexo afectado, resulta lógico que las medidas de asistencia y apoyo deban ser también diferentes según el sexo de la víctima y los fines de la trata.

c) Destaca así mismo, la preocupación por evitar o minorar los efectos victimizantes durante la etapa policial y judicial tanto para los adultos como para los niños que han sido objeto de la trata, previéndose al efecto la adopción de toda una serie de medidas durante la investigación del delito y la tramitación del procedimiento, atendiendo también a la necesaria dimensión asistencial y tuitiva durante estas etapas.

d) Es de destacar la previsión del desistimiento de la acción penal o de la exención de la pena con relación a las víctimas de la trata cuando se hayan visto obligadas a ejecutar o a participar en la ejecución de conductas delictivas como consecuencia directa de haber sido objeto de las conductas de trata (por ejemplo, por las lesiones causadas a sus captores o explotadores).

e) Por último, es de resaltar la especial atención que se le otorga a las víctimas menores de edad, presidida por el superior interés del menor, diferenciándolos en su tratamiento entre los que están acompañados y los no acompañados, destacando la especial preocupación no sólo por los aspectos asistenciales, sino

²⁸ García Vázquez. 2008. “Inmigración ilegal y trata de personas en la Unión Europea: las desprotección de las víctimas”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo* (10):270.

²⁹ Cfr., por todos, Ortega Gómez. 2009. *L-Homenaje Abellán Honrubia* 1216.

también por la adopción de medidas encaminadas a evitar la prescripción de los delitos de trata contra ellos cometidos³⁰.

Estas disposiciones vienen a complementar las recogidas en la Directiva 2004/81/CEE, de 29-4, del Consejo de Europa, que permiten solicitar la **suspensión de la ejecución de la expulsión y la concesión de autorizaciones de trabajo y residencia con carácter excepcional** a las víctimas, personas perjudicadas o testigos de actos de tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal, tráfico ilícito de mano de obra o explotación de la prostitución, cuando denuncien o colaboren con las autoridades policiales o judiciales en la lucha contra las redes organizadas, tras un período de reflexión para que la víctima se recupere y se libere de la influencia de sus captores y pueda decidir si quiere colaborar con las autoridades de los estados miembros. Si durante el período de reflexión la víctima contacta voluntariamente con los captores, concluirá el período de reflexión. Además, dada la precaria situación en la que se encuentran las víctimas durante el procedimiento, se prevé que la tramitación de estos permisos sea preferente.

6. CONCLUSIONES

La reciente Directiva de 2011 relativa a la trata de seres humanos presenta dos aspectos fundamentales y novedosos con relación a otras disposiciones anteriores de la UE. En primer lugar, afronta el fenómeno del tráfico de seres humanos no sólo desde una perspectiva represiva, sino también preventiva y tuitiva, como se pone de manifiesto con el amplio abanico de medidas articuladas en la protección y prevención de la victimización.

En segundo lugar, incardina la solución de la trata de seres humanos en un doble orden de necesarias coordinaciones: *ad intra*, instando a los Estados miembros a que coordinen sus recursos e instituciones y éstos con la sociedad civil, con especial mención a las ONG, para una actuación conjunta y eficaz en la

lucha contra la trata de seres humanos, y *ad extra* siendo consciente de que no es suficiente la actuación conjunta de los estados miembros de la Unión Europea, si ésta no va acompañada de la necesaria coordinación y cooperación con los países terceros de los que se abastece, en gran medida, la trata de personas.

Sin embargo, frente a estos aspectos positivos hay que reseñar la existencia de un auténtico *cinismo punitivo*. En efecto, las penas previstas para la represión del delito de trata y sus topes si se comparan con las previstas y articuladas para la represión penal del tráfico ilegal de migrantes son notoriamente más bajas. Así, en un primer momento, la reiterada Decisión Marco de 2002 estableció el mismo marco penal para ambos tipos básicos: el de *hasta 8 años de privación de libertad*, lo que ya resultaba criticable, rebajando la Directiva de 2011 dicha pena para el tipo básico de la trata *hasta los 5 años*. Con ello se pone de manifiesto la mayor preocupación de la Unión Europea por el control de sus fronteras y de los flujos migratorios que se dirigen a su territorio, que por la dignidad del ser humano objeto de la trata, delito que además, por lo general, no tendrá como víctima a sus ciudadanos, sino a los de terceros estados, ya que como se expuso más arriba, los estados europeos lo son de recepción y no de emisión de víctimas de trata.

Curiosamente también, no se contiene prescripción alguna ni en la Decisión Marco 2002, ni en la Directiva de 2011 relativa a la exclusión de la *expulsión* de los condenados por el delito de trata de seres humanos, por lo que los Estados miembros podrían aplicarla, con los efectos nada deseables que ello conlleva (reiteración de conductas con más experiencia, datos e información a aplicar en las ulteriores acciones que se realicen), sin olvidar los nulos efectos que se consiguen, en delitos de tanta gravedad, en materia de prevención general positiva al aplicar tal medida³¹.

³⁰ La Directiva de 2011 remite también al artículo 4 de la Decisión Marco 2001/220/JAI, disposición que contiene un conjunto de garantías y derechos que se han de observar en la dación de información a las víctimas de los delitos desde el primer momento de contacto con las autoridades policiales (lengua comprensible, acceso a asesoramiento jurídico, mecanismos de apoyo social, indemnizaciones, etc.).

³¹ En concreto, en España, a diferencia de lo que sucede con el favorecimiento del tráfico ilegal de inmigrantes y la inmigración clandestina (art. 318 bis del Código penal español), en donde se excluye la posibilidad de sustituir la pena impuesta por la expulsión, el Legislador español de 2010 que introduce la trata de personas también ha olvidado excluir este delito de la aplicación de la expulsión (art. 89.7), si bien dada la gravedad del mismo, habrá que confiar en que tal pena sustitutiva no sea solicitada por los representantes del Ministerio Fiscal.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Carrera Hernández, Jesús. 2007. “Réquiem por las decisiones marco: a propósito de la orden de detención europea”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* 14: 1-17.
- Cuerda Riezu, José Luis. 1995. “¿Ostentan *ius puniendi* las Comunidades Europeas?”. En *Hacia un Derecho penal europeo. Jornadas en Honor del Prof. Klaus Tiedemann*. Madrid: BOE.
- Cuesta García, M^a Luisa. 2006 “El perfil criminológico del tráfico para la explotación sexual en España”. *Trata de personas y explotación sexual*. Ed. Mercedes García Arán. Granada: Comares.
- De la Mata Barranco, Norberto. 2001. “Criminalidad organizada en la Unión Europea: criminalidad económica y criminalidad sexual”. *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología* 15.
- De León Villalba, Francisco J. 2003. *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Díaz y García-Conlledo, Miguel. 2007. *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*. Madrid: La Ley Temas.
- De Vicente Martínez, Rosario. 2010 “Artículo 177 bis”. *Comentarios al Código Penal*. Manuel Gómez Tomillo (Dir.). Madrid: Lex Nova.
- Doval Pais, Antonio. 1999. *Posibilidades y límites de las normas penales, el caso de las leyes penales en blanco*. Valencia: Universitat de València.
- García Vázquez, Sonia. 2008. “Inmigración ilegal y trata de personas en la Unión Europea: la desprotección de las víctimas”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo* 10.
- Gimbernat Ordeig, Enrique. 1966 *Autor y cómplice en Derecho penal*. Madrid: Ed. Facultad de Derecho.
- _____. 1990. *Estudios de Derecho penal*. Madrid: Tecnos.
- Kateva, Teodora. 2007 “La víctima de la trata de seres humanos para explotación sexual. Especial atención a la experiencia en los países de Europa del este”. *Prostitución y trata, marco jurídico y Régimen de derechos*. Ed. R. Serra Cristóbal. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Lloria García, Paz. 2007. “Apuntes sobre la evolución normativa internacional en materia de trata de personas con fines de explotación sexual”. *Prostitución y Trata. Marco jurídico y régimen de derechos*. Ed. R. Serra Cristóbal. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Luzón Peña, Diego M. 1996. *Curso de Derecho penal. Parte general*. Madrid: Universitas, v. I.
- Ministerio del Interior. 2009. *Plan interministerial de lucha contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual: Análisis de situación y plan de acción*. Madrid: Ed. Ministerio del Interior.
- Mir Puig, Santiago. 2008. *Derecho penal. Parte general*. 7^a ed. Barcelona: Reppetor.
- Pérez Alonso, Esteban. 2008. *Tráfico de personas e inmigración clandestina de personas (Un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Queralt Jiménez, Joan J. 2010. *Derecho penal español. Parte especial*. Barcelona: Atelier.
- _____. 1999. “Recientes novedades legislativas en materia de lucha contra la delincuencia organizada”. *La Ley* 6: 1-12.
- Rodríguez Fernández, Ignacio. 2010. “Trata de personas”. *Mememento. Experto*. Madrid: Ed. Francis LeFebvre.
- Roxin, Claus. 1969-1976. “Franz von Liszt und die Kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs” (1969). *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*. Munich. Walter de Gruyter.
- Santana Vega, Dulce M. 2000. *El concepto de ley penal en blanco*. Buenos Aires: Ad-hoc.
- _____. 2010. “Comentario al art. 177 bis”. *Comentarios al Código penal*. Mirentxu Corcoy Bidasolo/Santiago Mir Puig (Dirs.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Tamarit i Sumalla, Josep M. 2002. *La protección penal del menor frente al abuso y la explotación sexual. Análisis de las reformas penales en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores*. Pamplona: Aranzadi.
- Terradillos Basoco, Juan. 2001. “Sistema penal y criminalidad internacional”. *Libro Homenaje al doctor Marino Barbero Santo. In Memoriam*. Ed. L. Arroyo Zapatero; I. Berdugo Gómez de la Torre (coords.) Salamanca. Ed. Castilla-La Mancha y Universidad de Salamanca, v. I.

PARA CITAR EL PRESENTE ARTÍCULO:

Estilo Chicago autor-fecha:

Santana Vega, Dulce María. 2011. “La directiva 2011/36/UE, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas: análisis y crítica”. *Nova et Vetera* 20(64): 211-226.

Estilo APA:

Santana Vega, D. M. (2011). La directiva 2011/36/UE, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas: análisis y crítica. *Nova et Vetera* 20(64), 211-226.

Estilo MLA:

Santana Vega, D. M. “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 Vetera* 20.64 (2011): 211-226.
