

EL NUEVO DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS (LO 5/2010, 22-6)

DULCE M. SANTANA VEGA*

Fecha de recepción: 2/10/2011
Fecha de aceptación: 18/10/2011

RESUMEN: El presente artículo aborda el análisis del nuevo delito de trata de seres humanos introducido por la LO 5/2011, de 22-6 de reforma del Código penal, la cual introduce un nuevo Título, el VII Bis, con un único artículo el 177 bis, realizando tal estudio tanto desde una perspectiva exegética, como comparativa con la Decisión Marco de la Unión Europea 2002/629/JAI, 19-7, de lucha contra la trata de seres humanos, que motiva su incorporación, así como la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos que la sustituye.

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

ABSTRACT: The present article approaches the analysis of the new crime of human trafficking introduced by LO 5/2011, 6-22, of reform of the Spanish penal Code, which includes a new Title, the VII Bis, with the only article 177 bis, realizing a study not only from a exegetical perspective, but also comparative with the Framework Decision of the European Union 2002/629/JAI, 7-19, that led the incorporation of this offense to the Spanish penal Code, and with the Directive 2011/36/EU, on preventing and combating trafficking in human beings wich replaces the framework Decision.

KEYWORDS: Human trafficking, European Union, protection of victims.

SUMARIO: 1.- Consideraciones generales previas. 2.- Bien jurídico-penal protegido en el Título VII bis. 3.- Análisis del tipo básico: A) Sujetos del delito; B) Conductas típicas; C) Medios comisivos; D) Ámbito de aplica-

* Profesora Titular de Derecho penal. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

ción espacial; E) Parte subjetiva del tipo; F) Tipo negativo; G) Penalidad. 4.- Subtipos agravados: 4.1. Agravación por las condiciones o circunstancias de la víctima: 4.1.1. Puesta en grave peligro de la víctima; 4.1.2. Víctima menor de edad; 4.1.3. Víctima especialmente vulnerable por razón de enfermedad, discapacidad o situación. 4.2. Prevalerse de la condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público 4.3. Comisión del delito mediante una organización. 5.- Exención de pena para las víctimas de este delito. 6.- Especial referencia a la protección de las víctimas.

1. CONSIDERACIONES GENERALES PREVIAS

La trata de personas (o *Human trafficking*) es considerada en el ámbito internacional como un delito contra los derechos humanos¹. Sin embargo, el Considerando (3) de la Decisión Marco 2002/629/JAI, 19-7, declaraba que: “*La trata de seres humanos constituye una grave violación de los derechos fundamentales*”². Declaración que corrige la Directiva 2011/36/UE, la cual sustituye a la citada Decisión Marco, en la que se inspira la LO 5/2011 declarando en su Considerando (1) que la trata de seres humanos es “una violación” grave de los derechos humanos y que constituye una prioridad para la UE evitarla y combatirla.

¹ Cfr. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York, el 5 de noviembre de 2000 (ratificada el 21-2-2002, BOE 29-9-2003); Principios, recomendaciones y directrices del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y la Trata de Personas de 2002; Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (A/55/382/, de 2000, Instrumento de ratificación de 21-2-2002, BOE 11-12-2003), y el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire (A/Res/55/25, Anexo III, Instrumento de ratificación de 21-2-2002, BOE de 10-12-2003); Convenio del Consejo de Europa de 3-5-2005, para la acción contra la trata de seres humanos; Plan de la Unión Europea sobre mejoras prácticas, normas y procedimiento para luchar contra la trata de seres humanos y prevenirla (2005/C311/01); Convención de los derechos del niño de 1989 y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos del niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, Resolución A/RES/54/263 del 25-5-2000; Plan de Acción de la OCSE aprobado por el Consejo Ministerial de Maastricht por todos los estados participantes incluida España, 2003, “Luchando contra la trata de seres humanos”. Cfr. también, ARROYO ZAPATERO, “Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos”, en L. Arroyo Zapatero/I. Berdugo Gómez de la Torre, *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: in memoriam*, VII, Universidad Castilla-La Mancha, Cuenca, 2001, p. 25 y ss.

² En este sentido, críticamente, ORTEGA GÓMEZ, Marta, “Trata de seres humanos en el Derecho de la Unión Europea”, en *Libro Homenaje a la Profra. Victoria Abellán Honrubia*, V. II, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 1199, llamaba la atención de cómo la Decisión Marco no hace referencia alguna a que la trata constituye una violación de los derechos humanos, a diferencia de la Convención de las Naciones Unidas.

Prescindiendo de otros antecedentes más lejanos, la lucha en el ámbito comunitario contra la trata de personas es una consecuencia del artículo 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 materia de terrorismo, trata de seres humanos, delitos que afecten a la infancia, tráfico de drogas y armas, corrupción y fraude, disponiéndose 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).

Para la consecución de este objetivo, se han venido utilizando, en el ámbito del Derecho penal europeo, la figura de las Decisiones Marco³, caracterizadas por el establecimiento de unos mínimos tanto en lo que respecta a la determinación de los supuestos de hechos que han de ser castigados, como en lo relativo a las penas que han de ser impuestas, a la manera de una normas penales en blanco comunitarias⁴.

La LO 5/2010, de 22-6, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre del Código penal, introduce el delito de trata de personas, el cual queda recogido en el Título VII *bis*, integrado por un único artículo, el 177 *bis*. Con tal introducción se persigue una triple finalidad tal como se pone de manifiesto en su Exposición de Motivos.

En primer lugar, se persigue acometer un tratamiento penal diferenciado entre el tráfico de inmigrantes y la trata de personas, como venía reclamando la Doctrina, acabando con el tratamiento unificado de aquéllos en el artículo 318 *bis*⁵. Éste resultaba a todas luces inadecuado en vista de las grandes diferencias que existen entre ambos fenómenos delic-

³ De lo que se encuentra cumplida muestra en la DF Sexta de la LO 5/2010, según la cual se incorporan 7 Decisiones Marco y 2 Directivas. Sobre el déficit democrático que supone utilizar las Decisiones Marco, dado que éstas no proceden del Parlamento, sino del Consejo, cfr., entre otros: CUERDA RIUZU, "¿Ostentan ius puniendi las Comunidades Europeas?", en *Hacia un Derecho penal europeo. Jornadas en Honor del Prof. Klaus Tiedemann*, BOE, Madrid, 1995, p. 621 y ss.; TERRADILLOS BASOCO, "Sistema penal y criminalidad internacional", en *Libro Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam*, L. Arroyo Zapatero; I. Berdugo Gómez de la Torre (coord.), V. I, Ed. Castilla-La Mancha y Universidad de Salamanca, 2001, p. 762 y ss.

⁴ Cfr. LLORIA GARCÍA, "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*, Rosario Serra Cristobal, Tirant lo Blanch, 2007, p. 308 y ss.

⁵ Cfr. por todos, ampliamente sobre esta cuestión, PÉREZ ALONSO, *Tráfico de personas e inmigración clandestina (Un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*, Tirant lo Blanch, 2008, p. 335 y ss.; llegando a otra conclusión, DIÁZ GARCÍA-CONLLEDO, *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, La Ley Temas, 2007, p. 267.

tivos, lo que, según la citada Exposición de Motivos, era imprescindible tanto para cumplir con los mandatos de los compromisos internacionales asumidos por España, como para poner fin a los constantes conflictos interpretativos con resultados encontrados a los que daba lugar la redacción del art. 318 bis, anterior a la LO 5/2010.

En segundo lugar, la Reforma tiene como objetivo incorporar la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo, de 19-7-2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, tal como se evidencia además en la relación contenida en la DF Sexta de la citada Ley, si bien, como se verá más adelante, tal incorporación presenta algún desajuste entre aquélla y el texto del artículo 177 bis⁶, además de ser llevada a cabo con más de cinco años de retraso y de solaparse con la nueva Directiva 2011/46/UE que la sustituye.

Por último, se esgrime como finalidad de la introducción del delito recogido en el artículo 177 bis, la necesidad de dotar de coherencia interna al sistema, lo que conlleva como consecuencia indirecta a la derogación del delito que contenía el art. 313.1 (inmigraciones labores clandestinas) y del 318 bis.2 (trafico ilegal e inmigración clandestina de extranjeros con finalidad de explotación sexual)⁷, conductas que pasan a ser castigadas por el 177 bis.

Es de destacar que el artículo 177 bis recoge, como la Convención de las Naciones Unidas, un concepto más amplio de trata de seres humanos

⁶ Según establece el Considerando (9) de la citada Decisión Marco, ésta habrá de servir de complemento de los instrumentos ya aprobados en este ámbito, como: • la Acción común 96/700/JAI del Consejo, de 29 de noviembre de 1996, por la que se establece un programa de estímulo e intercambios destinado a los responsables de la acción contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños; • la Acción común 96/748/JAI del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, por la que se amplía el mandato otorgado a la Unidad de drogas de Europol; • la Decisión 293/2000/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de enero de 2000, por la que se aprueba un programa de acción comunitario sobre medidas preventivas destinadas a combatir la violencia ejercida sobre los niños, los adolescentes y las mujeres (2000-2003) (programa Daphne); • la Acción común 98/428/JAI del Consejo, de 29 de junio de 1998, por la que se crea una red judicial europea; • la Acción común 96/277/JAI del Consejo, de 22 de abril de 1996, para la creación de un marco de intercambio de magistrados de enlace que permita mejorar la cooperación judicial entre los Estados miembros de la Unión Europea; y • la Acción común 98/427/JAI del Consejo, de 29 de junio de 1998, sobre buenas prácticas de asistencia judicial en materia penal.

⁷ Con relación al derogado 318 bis.2, fin de explotación sexual, y el delito del 188.1 (explotación efectiva de la prostitución), se sucedieron, en breve espacio de tiempo, dos Acuerdos no Jurisdiccionales de la Sala Segunda del Tribunal Supremo: el n° 2/2007, de 24-4 y el n° 2/2008, de 26-2 el cual rectificaba al anterior, debido a la disparidad interpretativa que se daba en las Audiencias Provinciales y en el propio Tribunal Supremo sobre tal cuestión y a la elevada pena que resultaba de tales delitos, optándose por el concurso real de delitos entre el 318 bis.1 y el 188.1 en tales casos.

que la Decisión Marco, pues si bien esta última no se limitaba al tradicional o más restrictivo de la trata de blancas, sino que también recogía la protección de la indemnidad sexual de la infancia y la pornografía, además de añadir la mendicidad en la finalidad de explotación laboral, el art. 177 bis, siguiendo a la citada Convención, recoge, además, la finalidad de extracción de órganos⁸. Sin embargo, la Directiva 2011/36/UE, que deroga a la DM 2002/629/JAI va más allá, incluyendo “la explicitación para realizar actividades delictivas (art. 2.3). Es más, con el Considerando (11) de la citada directiva se afirma que “La definición incluye asimismo la trata de seres humanos que tiene por objeto... la adopción ilegal o los matrimonios forzados”.

Por último, habría que recalcar que el principio de *ultima ratio* que rige el Derecho penal lleva a recordar la necesidad de una acción integral en la lucha contra la trata de seres humanos. De poco servirá su punición, incluso en el amplio ámbito de la Unión Europea, si ésta no va acompañada, en el ámbito nacional, de la dotación de medios sociales y de la especialización de los profesionales, judiciales y administrativos, que intervienen en su lucha, tanto con carácter previo a su enjuiciamiento, como en un momento posterior para evitar la victimización secundaria de los sujetos pasivos de este delito⁹.

En un plano internacional será imprescindible llevar a cabo una adecuada cooperación entre los países de origen, tránsito y destino de la trata, intentando establecer además disposiciones comunes, como ha pretendido conseguir la Unión Europea con la reiterada Decisión Marco 2002/629/JAI, 19-7 y de forma más precisa la Directiva 2011/36/UE.

⁸ En concreto, la Convención de las Naciones contra la Delincuencia Organizada Transnacional (cit. n. 1), define, la trata 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, pp. 44-45).

⁹ Cfr. a este respecto el Plan Interministerial de Lucha contra la Trata de Seres Humanos con fines de explotación sexual, el cual se marcó como período de actuación el de 2009 a 2012. También habría que destacar la actuación del Comisión de Inteligencia contra el Crimen Organizado (CICO) y el del Fiscal de Sala coordinador de Extranjería y los Fiscales delegados. Cfr. GARAIZABAL, C., “Una mirada crítica al plan español contra la trata”, en *Pensamiento Crítico*, (página abierta 202), 2009, p. 1 y ss. Cfr. también Considerandos (5) y (18) a (29) de la Directiva 2011/36/UE.

2. BIEN JURÍDICO-PENAL PROTEGIDO EN EL TÍTULO VII BIS

Este Título se ubica, significativamente, a continuación de los delitos de tortura y contra la integridad moral, remarcando así que se trata de un delito que protege bienes jurídico-penales *individuales* constituidos por 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 mercantilización¹⁰, en contraposición con el tipo básico del art. 318 bis que castiga el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de ciudadanos extranjeros, protegiendo el control de los flujos migratorios por parte del Estado.

Junto con este bien jurídico-penal básico o común a las distintas modalidades del tipo, resultan también afectados, con carácter secundario, otros bienes jurídico-penales a los que este delito pone en peligro en función de la finalidad perseguida, como son:

- a) la libertad e indemnidad sexual, en el caso de la explotación sexual de adultos o menores;
- b) los derechos de los trabajadores y la libre competencia, en cuanto que con la explotación laboral no sólo se priva de los más elementales derechos laborales a la persona explotada, sino que también se produce o prestan servicios en régimen de competencia desleal hacia los competidores que cumplen con la legislación social vigente; y
- c) la vida o la integridad física de las personas, en cuanto que el tráfico clandestino de personas para transplantar sus órganos se realiza, en la mayoría de las ocasiones, sin la intervención de médicos cualificados, con deficientes condiciones higiénico-sanitarias y, sobre todo, suelen faltar los controles postoperatorios de las víctimas que son abandonadas a su propia suerte tras una operación tan complicada.

3. ANÁLISIS DEL TIPO BÁSICO

El delito de trata de seres humanos se estructura en un tipo básico y en una serie de subtipos cualificados que mantienen el núcleo de la conducta típica básica.

A los efectos de este artículo se entiende por *trata de seres humanos* el tráfico de personas, con independencia de su nacionalidad, realizado sin el consentimiento de los traficados, bien por el uso de la violencia o

¹⁰ En este sentido se pronuncia la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, al afirmar que "... el artículo 177 bis tipifica un delito en el que prevalece la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren".

intimidación, o bien porque se refiere a menores de edad, o con consentimiento viciado por mediar engaño o existir una situación de necesidad o vulnerabilidad en la víctima con alguna de las finalidades de explotación referidas en el precepto (sexual, laboral, de extracción de órganos).

A) SUJETOS DEL DELITO

Sujeto activo de este delito puede serlo cualquiera, sin perjuicio de lo establecido en los subtipos agravados, cualificados por la condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público del que actúa (apdo. 5), o por pertenecer u ostentar mando en una organización (apdo. 6).

En todo caso, los miembros de una red se considerarán autores y no cómplices (STS 16-7-2002), toda vez que no es necesario que todos los sujetos intervinientes estén coordinados en relación a la siguiente o previa etapa en la realización de la trata de personas¹¹, caracterizada por ser llevada a cabo, en la mayoría de las ocasiones, como una ejecución en cadena. De existir tal conexión se estaría entonces ante el subtipo agravado de la organización.

El apartado 7 del art. 177 prevé, de acuerdo con el sistema de *numerus clausus* que se establece la responsabilidad penal de las *personas jurídicas* en el caso de que para la ejecución del delito de trata personas se utilice a una sociedad, fundación, asociación, etc. y concurran los presupuestos exigidos en el art. 31 bis, previendo como consecuencias jurídico penales para las mismas:

- a) con carácter imperativo u obligatoriamente la pena de multa del triple al quíntuple del beneficio obtenido por la trata en cuestión;
- b) además, facultativamente, atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

Sujeto pasivo de este delito puede serlo tanto un *nacional* como un *extranjero*. No obstante, resultarán ciertamente escasos los supuestos en los que sea un nacional español –e incluso comunitario– el que esté siendo objeto de explotación laboral, sexual o de transplante de órganos en España, pese a su situación de necesidad. Esto será así debido no sólo al más fácil acceso a las prestaciones de la Seguridad Social, sino también por el conocimiento de cómo activar los mecanismos de inspección laboral o la protección sindical y, en general, por el mejor conocimiento del

¹¹ Así, QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal Español, Parte especial*, Atelier, 6ª ed., 2010, p. 183.

resto de los diversos recursos sociales o jurídicos o, simplemente, por el apoyo familiar de los nacionales o comunitarios.

En efecto, como se han puesto de manifiesto en los estudios internacionales al respecto la mayor parte de las víctimas del delito de trata de seres humanos proceden de países del tercer mundo en donde la falta de expectativas laborales, con la consiguiente necesidad de emigrar, o la falta de respeto y garantías por los derechos humanos, los convierten en una fuente productora de víctimas de estos delitos¹².

En este contexto destacan, en un porcentaje elevado, el número de víctimas mujeres. No hay que olvidar que éstas están especialmente afectadas por: la feminización de la pobreza, la discriminación en el acceso a la educación y a la actividad laboral, así como al resto de recursos en gran parte de los países del tercer mundo, o por la feminización casi absoluta del negocio de la prostitución.

Por ello, tanto el Considerando (3), como el Art. 1 de la Directiva 2011/46/UE alude expresamente a la perspectiva de género en la trata de seres humanos. Las zonas a las que son traídas estas personas en los supuestos de explotación sexual o laboral son las grandes ciudades del mundo desarrollado, las zonas turísticas o las próximas a bases militares, en las que la demanda es alta¹³.

Para la comisión de este delito bastará que resulte afectada *una sola persona*, pero a diferencia del 318 *bis*, al tratarse de un tipo protector de un bien jurídico-penal individual, habrá tantos delitos de trata como personas afectadas por la misma.

B) CONDUCTAS TÍPICAS

Las conductas típicas tienen un sentido omnicompreensivo, pretendiendo abarcar los comportamientos habituales en la trata de seres humanos en cada una de sus fases, incurriéndose por ello en redundancias.

Por **captar** se entiende cualquier conducta realizada por medios materiales o intelectuales que orienten a la víctima hacia los fines típicos perseguidos por el sujeto activo, coincidiendo con la acepción 4 DRAEL de atraer o ganar la voluntad o el afecto. En el caso de que se utilice la

¹² Cfr. Oficina sobre Drogas y Crimen de Naciones Unidas (UNODC), "Trafficking in persons: global patterns", abril, 2006, pp. 88, 89 y 103, donde se recalca como Asia destaca, en términos globales, como zona emisora en la trata de seres humanos por antonomasia.

¹³ RIBANDO, "Trafficking in persons: U.S. Policy and Issues for Congress", Congressional Research Service, 20-6-2007, p. 7.

imprensa u otros medios o soportes de difusión mecánicos (ofertas falsas de trabajo insertadas en la prensa, aparentes agencias matrimoniales en páginas webs, etc.), habrá que tener en cuenta las reglas especiales recogidas en el art. 30 del Código penal, sin olvidar que tal precepto no puede prescindir del dolo o la imprudencia como criterios de imputación¹⁴.

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 legal de fronteras.

Acoger se define en este contexto (2. DRAEL) como servir de refugio o albergue a alguien, siendo equivalente a **alojar**, si bien esta última acción puede denotar una mayor perdurabilidad en el tiempo.

Por último, por **recibir**, tratándose de personas, habrá que entender, por exclusión de los anteriores: salir al encuentro de éstas (DRAEL 7-9) y será, por lo general absorbido en los casos que le subsiga un acoger o alojar, o que anteceda al transportar o trasladar.

Caben las *formas imperfectas de ejecución*, pues los verbos típicos las admiten. Sin embargo, debido al referido sentido omnicompreensivo de las conductas recogidas por este delito, serán de difícil apreciación. 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 captación, aunque se hubiera frustrado la posterior fase del transporte. Sólo en el supuesto de que la conducta de captación y la de transportar fueran ejecutadas por personas distintas, no habría inconveniente en castigar por consumación al captador y por tentativa al transportista¹⁵.

En todo caso, castigándose la conspiración, proposición y provocación para delinquir, sería un contrasentido no admitir las formas de im-

¹⁴ Recientemente, en México (www.senado.gob.mx) el Senado ha aprobado una ley para prevenir y sancionar la trata de personas en la que se castiga penalmente, como responsables del delito de trata de personas, a quienes contraten publicidad en medios de comunicación o publiquen anuncios para ofrecer servicios sexuales. Así, al responsable de contratar la publicidad “y a la persona que publique los anuncios” se les impondrá de 6 a 12 años de prisión, y de 9 a 18 años cuando la víctima afectada tenga menos de 18 años de edad.

¹⁵ La Decisión Marco en su art. 2 insta a los Estados miembros a que adopten “las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de la tentativa” en este delito, declaración que no es necesaria en estados como España, en los que a tentativa se castiga, en todo caso, con pena inferior en uno o dos grados al delito consumado (artículos 14 y 62). Pero, sí era necesaria tal prescripción para otros estados en los que la tentativa es facultativamente punible, caso de República Federal de Alemania, cuyo § 23 del StGB establece que “*la tentativa será punible sólo en aquellos casos en los que la ley expresamente lo determine*”.

perfecta ejecución¹⁶. En efecto, el nº 8 del art. 177 bis castiga, de acuerdo con el sistema de *numerus clausus* que rige en su punición (arts. 17.3 y 18.2), la *conspiración, proposición y provocación* para cometer el delito de trata de seres humanos. Algún sector de la Doctrina ha considerado que la punición de estos actos preparatorios supone una extensión exagerada del ámbito punitivo en este delito, por cuanto amplía en exceso el ámbito de las conductas típicas, circunscritas en los instrumentos internacionales a la tentativa (así, art. 2 Decisión Marco 2002/629/JAI)¹⁷.

Sin embargo, esta crítica más que a la inclusión de la trata de blancas en el elenco tasado de conductas en las que los actos preparatorios son castigados en el Código penal español, parece serlo el adelantamiento punitivo que supone en cualquier delito la punición de tales actos preparatorios. En todo caso, no se entendería que conductas tan graves como las que se recogen en la trata de personas quedaran fuera de la posibilidad de aplicación de tales actos preparatorios, mientras que sí lo son, por ejemplo, en los delitos de robo, estafa o apropiación indebida (art. 269), receptación o en el blanqueo de capitales (art. 304)¹⁸.

Por otro lado, no habría que olvidar que mientras la mayoría de los actos preparatorios del delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros del 318 *bis*, en donde tal punición no se recoge, se producirían fuera de España, debido a su carácter esencialmente transnacional, en el caso de la trata de seres humanos tal característica no sólo no es necesaria, sino que cabe que el sujeto pasivo se encuentre ya incluso en España, por lo que éstos se desarrollarán más frecuentemente en el territorio nacional. Además, con esta disposición se acentúa también la mayor gravedad del delito de trata en relación al de tráfico ilegal e inmigración clandestina del art. 318 bis, desdibujada en los subtipos agravados. Sin olvidar, además, las mayores necesidades preventivas que concurren en este delito (Considerandos (7), (25) y (27) de la Directiva 2011/36/UE).

No ha recogido el art. 177 bis entre las conductas típicas la del “*intercambio o traspaso del control*” sobre la persona objeto de la trata (art. 1.1 de la Decisión-Marco, art. 2.1.I de la Directiva 2011/46/UE), las cuales sólo podrían considerarse incluidas en las acciones de trasladar o transportar si el intercambio o traspaso del control fueran acompañados de la entrega

¹⁶ En este sentido, QUERALT JIMÉNEZ, *Parte especial*, 2010, p. 186.

¹⁷ De esta opinión, DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, “Artículo 177 bis”, en *Comentarios al Código Penal*, Manuel Gómez Tomillo (Dir.), Lex Nova, 2010, p. 704.

¹⁸ En este sentido, TERRADILLOS BASOCO, Juan, “Reflexiones y propuestas sobre inmigración. En torno al Proyecto de Reforma del Código penal de 2009”, *Indret* (enero), 2010, p. 19, quien considera justificada tal inclusión por la extrema gravedad de este delito.

material de las personas objeto de la trata. Sin embargo, en aquellos casos de *traditio ficta*, esto es, de venta no acompañada de entrega, no existirá un desplazamiento material de la persona y sí sólo un traspaso del dominio o control sobre la misma (por ejemplo, mujer encerrada en un burdel para dedicarla a la prostitución que es vendida a un nuevo propietario como un elemento más del citado burdel, sin llegar a salir de la habitación en la que permanece retenida). Si bien, tal conducta podría subsumirse en la de trasladar entendiéndola disyuntivamente (“o”) en relación con la de transportar.

Tampoco alude específicamente el legislador penal español, entre las conductas típicas que recoge el art. 177 bis, a que se “concedan o se reciban pagos o beneficios para conseguir el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona, con el fin de explotar el trabajo o los servicios de dicha persona” (art. 1.d de la Decisión Marco 2002/629/JAI), pese a declarar expresamente la DF Sexta que la incorpora a la LO 5/2010. La singularización de tal conducta en la Decisión Marco obedece a la práctica, desgraciadamente extendida en países del Tercer Mundo o en vías de desarrollo, consistente en la venta de hijos o menores por parte de padres o familiares angustiados por la situación de miseria en la que viven, o por creer, en ocasiones, que al ceder a sus hijos les están dando mejores oportunidades, desconociendo la actividad y el destino real que le darán a éstos las mafias. A cambio de esta entrega reciben una cantidad importante de dinero para ellos que les permitirá mejorar las 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 su vejez en esos países.

Al no ser recogida tal conducta en el art. 177 bis cabe barajar dos interpretaciones:

- a) De un lado, se podría considerar que tal elemento no puede deducirse del tipo básico, ya que, de hecho, tanto la Decisión Marco, como el Protocolo de las Naciones Unidas la Directiva 2011/36/UE, no la sobreentienden en el término “explotación”, sino que, por el contrario, lo explicitan aparte del mismo, por lo que, de concurrir ánimo de lucro en una conducta, lo que será lo habitual, no se podrá entender incluido en el tipo básico, ya que el legislador español no lo incluyó, debiéndose aplicar en estos casos la agravante genérica de precio, recompensa o promesa (art. 22.3º).
- b) La otra interpretación posible, y que parece más viable, contraria a la anterior, sería la de estimar que el ánimo de lucro es inherente a las finalidades mismas de explotación (laboral, sexual

o de extracción de órganos) que incluye el tipo, cuyas diferentes acepciones siempre conllevan una actuación “en provecho propio o de un tercero” (art. 67 CP). Además, será excepcional imaginar que acciones tan graves se realicen con un ánimo loable o altruista o, simplemente, sin ánimo de lucro, lo que de producirse aminoraría la culpabilidad del que actúa sin tal ánimo (una excepción, infra tipo negativo).

Tal polémica se planteó también tras la introducción del art. 318 bis, el cual en su tipo básico no recogió tampoco el ánimo de lucro, pese a lo que indicaba la Decisión Marco 2002/946/JAI, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares. Pero, mientras que los términos “tráfico ilegal”¹⁹ o “inmigración clandestina” no conllevan *per se* la referencia al ánimo lucro, el cual recoge además explícitamente el n.º 2 del art. 318 bis, éste sí está implícito en las finalidades de *explotación* a las que va anudada la trata de personas. No debe olvidarse tampoco que el ánimo de lucro abarcaría no sólo el beneficio obtenido, sino también el dinero que no se gasta con la trata (especialmente: servicio doméstico, explotación en la realización de trabajos agrícolas, obtención de un órgano con anticipación o que simplemente no se podría obtener por las características del paciente, prostitución, etc.).

C) MEDIOS COMISIVOS

Desde el punto de vista de las modalidades de su ejecución, el delito de trata de seres humanos puede ser:

¹⁹ Sostienen que el *ánimo de lucro* se contiene en el tipo básico del artículo 318 bis, apoyándose para ello en el término de “tráfico” y en que no es adecuado, desde un punto de vista político criminal, castigar el mero tráfico sin retribución: SERRANO-PIÉDECASAS FERNÁNDEZ, “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, “El extranjero en el Derecho penal española sustantivo y procesal (Adaptado a la nueva Ley Orgánica 4/2000)”, en *Manuales de Formación Continuada* (5), CGPJ, Madrid, 2000, p. 338; SÁNCHEZ LÁZARO, (dir.), “El nuevo delito de tráfico ilegal de personas”, en *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Patricia Laurenzo Copello, Tirant lo Blanch, 2002 p. 293. Sin perjuicio de los encomiables esfuerzos de *lege ferenda* que representaba tal construcción, ésta no se sostenía desde el punto de vista de la *lege data*. De hecho, tanto la jurisprudencia (por todas, la STS de 10-7-06, f.j. Primero), como la doctrina mayoritaria rechazaron tal construcción, por todos, MARAVER GÓMEZ, “Tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina (Art. 318 bis CP)”, en *Derecho y Justicia Penal en el Siglo XXI. Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García*, Colex, 2006, p. 624: *cfr.* SANTANA VEGA, “El tratamiento penal de la inmigración ilegal en España: entre la integración y la represión”, *Anale Universitatii din Bucaresti* (III), 2009, p. 14. *Cfr.* también STS 773/2006, 10 de julio.

- a) un delito **resultativo** en el caso de que sea cometido contra menores de edad, ya que tal como se desprende del art. 177 bis.2, el delito se comete con la realización de las acciones típicas reseñadas, con independencia de las formas o medios que se utilicen que, en su caso, agravarán la pena; o
- b) un delito de **medios determinados**, cuando se ejecute contra personas mayores de edad, ya que en este caso las acciones típicas habrán de realizarse a través de las siguientes vías:

b.1. Empleando *violencia*, lo que supone la existencia de un acometimiento material sobre el sujeto pasivo, no faltando autores, en la línea expansiva jurisprudencial, que admiten también la violencia sobre las cosas (destruir casas o 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 sus disponibilidad sobre objetos de su patrimonio: cortar el agua o la luz de una vivienda)²⁰.

La Decisión Marco 622/2002/JAI contenía al igual que la Directiva 2011/36/UE contiene una referencia de forma independiente, a la fuerza como un *tertius genus* de la coacción y de la amenaza, lo que abonaría su inclusión como modalidad comisiva del tipo. Además, si se tiene en cuenta la jurisprudencia española desarrollada sobre tal concepto a propósito del delito de coacciones, todo hace presagiar una interpretación amplia por parte de ésta de tal término en la trata de blancas.

b.2. Empleando *intimidación*, por tal habría que entender la amenazas de males futuros y ciertos sobre el sujeto pasivo o sobre personas vinculadas afectivamente a él siempre que sean graves y con entidad suficiente para doblegar la voluntad de las víctimas.

b.3. Mediante la utilización de *engaño*, esto es, induciendo a error sobre, por lo general, la auténtica finalidad perseguida por el sujeto activo. No alude el art. 177 bis al concepto de *fraude* que sí utilizaba la Decisión Marco (art. 1.1 b) al igual que la Directiva 2011/36/UE, entendido como aquella inducción a error que causa, además, un perjuicio económico. Sin embargo, pese a su no referencia expresa, nada impide a que el concepto amplio de engaño abarque al fraude. Es más, la vía habitual para captar a las personas suele ser la inserción de anuncios en los medios de comunicación de dónde proceden las víctimas en los que se hacen ofertas de trabajo falsas, o reales, pero en condiciones que nada tienen que ver con aquéllas en las que se van a desarrollar realmente; o bien a través de agencias de viajes, de modelos o matrimonia-

²⁰ QUERALT JIMÉNEZ, *Parte especial...cit.*, 2010, p. 184.

les con ofertas igualmente engañosas; en otras ocasiones el engaño se realiza mediante convocatoria de falsos castings de películas o incluso abordando a chicas muy jóvenes en plena calle. En la mayoría de estos casos, se pide dinero a las víctimas para dar, además, apariencia de seriedad a la oferta falsa.

b.4. *Abusando de una situación de superioridad*. Esta modalidad comisiva es más amplia que la agravante del abuso de superioridad, por lo que se incluirá tanto la superioridad física o de varios contra uno o sobre mujeres embarazadas, personas con discapacidad, por lo que no podrá aplicarse a este delito, al ser inherente, la agravante homónima del 22.2º (art. 67 CP). Pero, también habrá que incluir la superioridad derivada de la ascendencia moral de una persona sobre otra, a la manera de una prevalimiento (padres sobre hijos, docentes, entrenadores o monitores sobre pupilos, cónyuge, conviviente o novio sobre la parte de la pareja afectivamente dependiente).

b.5. Que se abuse de una *situación de necesidad*, la cual ha de ser entendida no sólo como necesidad económica, lo que será de frecuente concurrencia con relación a los sujetos pasivos procedentes de países del tercer mundo, en vías de desarrollo o personas marginales, sino también afectiva o asistencial, lo que concurrirá consustancialmente en menores o personas con discapacidad.

b.6. Que medie una *situación de vulnerabilidad de la víctima*, la cual, según la Decisión-Marco 2002/629/JAI, y el art. 1.2 de la Directiva 2011/36/UE, ha de ser entendida como “aquella en la que la persona no tenga una alternativa real y aceptable, excepto la de someterse al abuso”, lo que abarcaría todos los medios anteriores, además de las dificultades políticas de un país.

D) ÁMBITO DE APLICACIÓN ESPACIAL

El delito de trata está regido por los principios de territorialidad y personalidad en la determinación del ámbito espacial de aplicación de la ley penal. En concreto el art. 177 bis prevé las siguientes posibilidades:

- a) “*en territorio español*”: esta modalidad hace referencia a que toda o algunas de las conductas típicas se lleven a cabo en el territorio nacional (por ejemplo, caso de ciudadana colombiana residente ilegal en España que es captada en Barcelona, siendo trasladada, bajo engaño de puesto de trabajo de camarera, para ejercer la prostitución en Mallorca);

- b) “desde España”, en este caso la actividad de captación de una persona se lleva a cabo en España para trasladarla a otro país o para traerla a España (captación en páginas webs o periódicos españoles de difusión internacional)²¹, siendo más discutible incluir aquí el supuesto en el que la víctima, que se halla en España, es captada por un anuncio emitido en páginas webs extranjeras o por un captador extranjero que se encuentra fuera del territorio nacional, pues la conducta típica va referida al sujeto activo y no al pasivo²²;
- c) “en tránsito por España”, esta modalidad abarcaría las tareas de intermediación por medio del traslado a través de territorio español o en nave o aeronave española o mediante el acogimiento temporal en España antes de proceder a la entrega en un país extranjero;
- d) “con destino a España”, en este caso será en el territorio nacional donde se lleve a cabo la última etapa, mediante la entrega y recepción definitiva para, posteriormente, en territorio nacional desarrollar las finalidades de explotación que describe este delito²³.

Como se puede apreciar, a diferencia del art. 318 bis, no se hace referencia a que la trata tuviera destino a otro país de la Unión Europea. En este sentido, también la Decisión Marco 2002/629/JAI renuncia al principio de universalidad, refiriéndose sólo a los de territorialidad y personalidad (art. 6), al igual que la reciente Directiva 2011/36/UE (art. 10). De ahí

²¹ Cfr. HIDALGO, “El gran negocio hipócrita de la prostitución”, en www.publico.es/espana/250085/el-gran-negocio-hipocrita-de-la-prostitucion, en donde se pone de manifiesto cómo detrás de muchos anuncios de prensa se esconde una previa trata de seres humanos del tipo: “Chicas chinas. 18 años, muy dulces...”; además, según el citado artículo los periódicos españoles se reparten al año 40 millones de euros en ganancias por incluir anuncios de contactos, fenómeno que no tiene parangón en el resto de la prensa sería de países europeos: ‘El País’ publica unos 702 anuncios diarios sobre prostitución; ‘El Mundo’ incluye a diario 672 contactos; ‘ABC’ publica de media 225 anuncios; ‘La Razón’ incluye a diario 91 anuncios de este tipo. En 2007 el Congreso instó a los diarios a eliminar este tipo de ingreso publicitario. Recientemente, en el seno del Congreso sobre “Prostitución y Medios de Comunicación”, celebrado en Sevilla (septiembre, 2011), la Federación de Asociaciones de Periodistas de España (FAPE) ha solicitado también al gobierno quitar la publicidad estatal a los medios de comunicación que incluyan anuncios de prostitución.

²² De otra opinión, RODRÍGUEZ FENÁNDEZ, “Trata de personas”, en *Mememento. Experto*, Ed. Francis Lefebvre, 2010, marginal 1024.

²³ Según los Informes referidos, supra n. 16 y 17, España, junto con el resto países de la Europa occidental, es, sobre todo, un país de destino de la prostitución procedente de Brasil, Sudamérica y África, así como del Este de Europa, siendo su papel como país de tránsito de escasa entidad.

la importancia de la colaboración internacional entre los países emisores, los de tránsito y los receptores y la necesidad de la progresiva derogación del requisito de la doble incriminación en el principio de personalidad en los supuestos de trata de seres humanos (en este sentido, art. 10.3 de la Directiva 2011/36/UE).

A este respecto habría que recordar que con relación a la explotación sexual y pornografía infantil no rige el principio de doble incriminación, por lo que pese al condicionamiento territorial del tipo, debido a lo establecido en el art. 23.2 de la LOPJ y a los convenios internacionales suscritos por España²⁴, tal limitación territorial no regiría.

Por otra parte, el art. 23.4 de la LOPJ, referido al principio de universalidad en la aplicación de la ley penal, se refiere en la letra g) al tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores, siendo discutible que, tras la reforma de la LO 5/2010, pueda entenderse incluida la trata de seres humanos que no implique tráfico ilegal o inmigración clandestina. Es más, tal como se pone de manifiesto en la propia EM de la LO 5/2010, la introducción del 177 bis tiene como finalidad dar un tratamiento diferenciado a la trata y al tráfico de personas²⁵.

En consecuencia, no resulta coherente que el delito configurado como infracción más grave, la trata de seres humanos, resulte amparado sólo por el principio de territorialidad, con la excepción arriba reseñada para la aplicación del principio de personalidad, mientras que el menos grave, el del 318 bis se incluya en el elenco de delitos abarcados por la protección del principio de jurisdicción universal.

²⁴ Cfr. EM de la LO 11/1999, la cual modifica los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y el art. 23.2 de la LOPJ; Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007. Con carácter general, cfr. Decisión Marco del Consejo 2002/584/JAI, de 13-6 sobre la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega, la cual supone una práctica derogación, en el ámbito europeo, del principio de doble tipificación, lo que no ha estado exento de críticas, cfr. CARRERA HERNÁNDEZ, "Réquiem por las decisiones marco: a propósito de la orden de detención europea", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (14), 2007, p. 3.

²⁵ De otra opinión, considerando que dentro del tráfico ilegal de personas se puede incluir el art. 177 bis, MUÑOZ CUESTA, "Trata de seres humanos: aspectos más relevantes que configuran esta nueva figura criminal", *Aranzadi Doctrinal* (4), 2011, p. 3, lo que resulta ciertamente difícil de sostener no sólo desde el punto de vista de la *mens legis*, sino también *legislatoris*, toda vez que la modificación del art. 23.4 g) de la LOPJ se llevó a cabo en el contexto de una reforma del art. 318 bis, en concreto la LO 13//2007, 19-11, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas con la finalidad de zanjar la polémica competencia de los tribunales españoles en la interceptación de pateras y cayucos en aguas internacionales.

Así mismo, resulta insuficiente la referencia que se hace también a la *prostitución o corrupción de menores o incapaces* referidas en la letra e) del reiterado artículo 23.4 de la LOPJ, ya que éstas conductas son sólo uno de los tres fines que abarca la trata, la cual, además, no exige ni la prostitución ni la corrupción efectivas para su persecución²⁶.

El nº 10 del art. 177 bis recoge la *reincidencia internacional*, lo cual no es más que una manifestación del carácter transnacional y, por lo general, organizado que tiene este delito, en el que es sensiblemente más necesaria la citada cooperación internacional, la cual no se ha de detener en el ámbito policial y gubernamental, sino también ha de abarcar al funcionamiento del sistema judicial penal. Si bien la operatividad de tal incremento de pena tendrá como condicionante la nada fácil cooperación internacional con los países de origen de las personas objeto de la trata.

La admisión de la reincidencia internacional llevará consigo la equiparación de las sentencias condenatorias firmes dictadas por estos delitos, procedentes de países extranjeros, a las dictadas por los tribunales españoles a efectos de apreciar la agravante de reincidencia. Por exigencias del *principio de reinserción social*, no se tendrán en cuenta las citadas sentencias condenatorias internacionales si el antecedente penal que ellas generaron ha sido cancelado o pudiera serlo con arreglo al Derecho penal español (arts. 136 y 137 CP).

E) PARTE SUBJETIVA DEL TIPO

En este delito el dolo es tridimensional, ya que habrá de abarcar no sólo las conductas típicas previstas, los medios comisivos exigidos, al menos con relación a los mayores de edad, y alguna de las finalidades de explotación mencionadas en el tipo, tanto cuando el tráfico afecte a adultos, como a menores²⁷. En consecuencia, sólo cabrá el dolo directo, pudiendo

²⁶ En contra, considerando preferible optar por el principio de personalidad, ampliado con la referencia a la residencia legal en España, en los casos de abuso y explotación sexual, al considerar desmesurado el alcance del principio de universalidad en la legislación española, TAMARIT i SUMALLA, *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, 2002, p. 163.

²⁷ Cuando la trata tiene como objeto a menores, dispone el apdo. 2 del artículo 177 bis que se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones indicadas en el apartado anterior cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad *con fines de explotación*, con lo que pudiera parecer que sólo se referiría, en el caso de menores, a la explotación laboral y sexual, ya que la relativa a los órganos no va precedida de tal expresión. Sin embargo, una interpretación contextual y teleológica, sin olvidar la máxima

configurarse como un tipo de resultado cortado o mutilado en dos actos, según que sea el mismo sujeto u otro distinto el que vaya a llevar a cabo además de las conductas típicas de este delito, aquellas otras de materialización de los fines de explotación²⁸.

Las finalidades que se recogen son las siguientes:

a) Finalidad de explotación laboral. Ésta consistirá en *la imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre*. Esta modalidad viene caracterizada por la imposición de condiciones laborales degradantes que cosifican al ser humano, llegándolo a convertir en un objeto de compra-venta, en cuanto se les niega a las víctimas los más elementales derechos en la prestación de un trabajo por una persona libre.

En cuanto a la *mendicidad*, aquí se incluirían los supuestos en los que un tercero explota la petición y recaudación de limosnas llevada a cabo por otro, quedándose el explotador con todo o parte de lo recaudado. Si se siguiera la última línea jurisprudencial provincial, sentada a colación del art. 232 en relación con los menores, para apreciar la mendicidad éstos *habrán* de tener una actitud activa, no bastando el mero acompañamiento²⁹.

Sin embargo, tal forma de interpretar la mendicidad en la trata no sería posible ya que, de un lado, no puede ser abordada por igual la mendicidad de un bebe que la de un menor en edad escolar, y, de otro, en el delito de trata la finalidad es la *explotación* de la mendicidad, la que no exige que se tenga por parte del menor una intervención activa, sino que baste que se persiga usarlo de cualquier manera, incluso en tareas de mero acompañamiento para causar más pena y obtener una mayor recaudación.

El Considerando (11) de la Directiva 2011/36/UE aclara que la mendicidad “solo se incluye en el ámbito de la definición de la trata cuando tenga los elementos del trabajo forzoso”.

de que no distinguiendo el legislador, no ha de distinguir el intérprete, hace concluir que para los menores los fines de explotación abarcan también la extracción de órganos.

²⁸ Cfr. GIL GIL, “El concepto de intención en los delitos de resultado cortado. Especial consideración del elemento volitivo de la intención”, *RDPCr* (6), 2000, p. 105 y ss.; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, Reppeter, 8ª ed. 2008, p. 358. Según el Tribunal Supremo (STS 581/2005, 6-5), en el delito de resultado cortado el legislador ha querido adelantar el momento de la consumación de tal forma que la actuación posterior pertenece al campo de agotamiento del delito. Por su parte, las Secciones Unidas de la Corte de Casación italiana exigen que “la conducta del autor [...] supere aquélla que pudo definir la fase preparatoria del delito, alcanzando la que pueda darse en fase ejecutiva” (S. Un., 14 de marzo de 1970, en *Cass. pen. Mass. ann.*, 1970, p. 1618).

²⁹ SSAP Alicante 2ª 511/2010, 1-7; Girona 3ª 582/2009, 17-9; A Coruña 2ª 145/2009, 17-3; y, especialmente, Madrid 7ª 662/2008, 15-7, entre otras.

b) La explotación sexual, incluida la pornografía. La Decisión Marco 2002/629/JAI definía la explotación sexual como la consistente en la explotación de una persona con fines de prostitución, espectáculos pornográfico o producción de material pornográfico (art. 2), realizada sin o con consentimiento viciado de la víctima (arts. 187, 188 y 189 CP). No obstante, en España podría considerarse también incluidos los delitos de exhibicionismo y provocación obscena (arts. 185 y 186) cuando los sujetos son obligados (“hicieren ejecutar”) a realizar las acciones allí tipificadas (exhibición forzada en escaparates de *sex-schops*, obligar a vender material pornográfico)³⁰.

Como se pone de manifiesto en informes de diversas organizaciones no gubernamentales³¹, en la prostitución ha habido una transformación fundamental: se ha pasado de una “prostitución tradicional” caracterizada por ser individual y local, a una “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 o el blanqueo de capitales³². Además, esta finalidad es la que se revela, con diferencia sobre la demás, como la de más significativa importancia en las estadísticas judiciales.

Por ello, no es de extrañar que en la doctrina se discuta arduamente acerca de qué política en materia de prostitución incidiría de forma más efectiva sobre la prevención o evitación de la trata de blancas, contraponiéndose dos posiciones: la que propugna la legalización de tal actividad y la que lucha por su erradicación, sin que hasta la fecha se pueda hacer referencia a resultados definitivos en un sentido u otro³³.

³⁰ Cfr. HAVA GARCÍA, “Trata de personas, prostitución y políticas migratorias”, *EPCr* (26), 2006, p. 81 y ss.; sobre la problemática de las víctimas de la trata de seres humanos en caso de explotación sexual, cfr., KATEVA, “La víctima de la trata de seres humanos para explotación sexual. Especial atención a la experiencia en los países de Europa del Este”, en *Prostitución y Trata, Marco jurídico y Régimen de derechos*, Rosario Serra Cristóbal (Coord.), Tirant lo Blanch, 2007, p. 354 y ss., en las cuales se analizan las causas del porqué de las víctimas y las estrategias de ayuda.

³¹ Cfr., por todas, MEDICOS DEL MUNDO, www.mujeresdevidaalegre.org/. El 90% de la prostitución que se ejerce en la calle es extranjera, y más del 50% sudamericana (especialmente brasileñas y colombianas) y una tercera parte es de los países del Este de Europa, fundamentalmente de Rumanía, Rusia y Ucrania, el resto procede del África subsahariana, mayormente, como también la que se ejerce en locales, hoteles, pisos, variando estas modalidades por nacionalidades.

³² Este tipo de nueva prostitución se hace especialmente visible en los propios anuncios en prensa, cfr. CUESTA GARCÍA, “El perfil criminológico del tráfico para la explotación sexual en España”, en *Trata de personas y explotación sexual*, Mercedes García Arán (dir.) Comares, Granada, 2006, p. 127 y ss.

³³ Cfr. sobre este debate, JARREÑO LEAL, “Política criminal en relación con la prostitución: ¿abolicionismo o legalización?”, en *Prostitución y Trata*, Rosario Serra

c) **La extracción de órganos corporales.** Esta finalidad tiene su fundamento político criminal en la mejor conservación de órganos que clandestinamente van a ser extraídos de personas vivas, mediante el transporte del continente, esto es, del ser humano que los porta³⁴.

A este respecto no habría que olvidar que España es uno de los primeros donantes mundiales de órganos, así como de sangre y que se encuentra a la cabeza en el ámbito sanitario en el desarrollo de tales intervenciones, por lo que no es de extrañar que la inclusión de tal finalidad se haya hecho no sólo para conectar con la Convención de las Naciones Unidas (supra nota 1), sino también para preservar indirectamente el proceso establecido en la Ley 30/1979, de 27 de octubre, de Extracción y Transplantes de Órganos³⁵ (en adelante, LETO).

Las causas que favorecen esta clase de trata son:

- c.1. el déficit de órganos y/o donantes en relación con los pacientes necesitados de transplantes: de hecho en España, el país de mayor número de donantes, existe lista de espera;
- c.2. el vacío legal, progresivamente erradicado, o la laxitud de las legislaciones en los países de tercer mundo sobre la venta de órganos, agravado, en el primer mundo por la no inclusión de este delito dentro de los amparados por el principio de universalidad o por la derogación de la doble incriminación;
- c.3. la situación de miseria que se vive en estos países, en donde la venta de órganos es un medio para saldar deudas o salir, al menos provisionalmente, de la miseria³⁶;

Cristóbal (coord.), Tirant lo Blanch, 2007, p. 75 y ss.; SERRA CRISTOBAL, "Mujeres traficadas para su explotación sexual y mujeres trabajadoras del sexo. Una recapitulación de la cuestión", en *Prostitución y Trata, Marco jurídico y Régimen de derechos*, Tirant lo Blanch, 2007, p. 375 y ss.

³⁴ QUERALT JIMÉNEZ, *Parte especial*, 2010, pp. 185 y 186, hace notar el epíteto en el que incurre el legislador al predicar del órgano que sea corporal, como si existiera alguno que no lo fuera.

³⁵ GARCÍA RADA, "Spain is to lead on EU policy on organ donation and transplantation", *BMJ, -News-*, 2011.

³⁶ Cfr. FERRADO, "Tráfico de órganos: un negocio oscuro y atroz", http://www.elpais.com/articulo/portada/Trafico/organos/negocio/oscurito/atroz/elpepusocep/20090503elpepsor_8/Tes, relata como en Punjab, una región limítrofe entre India y Pakistán casi todos sus habitantes han vendido uno de sus riñones. Países como Israel, por cuestiones religiosas, y Sudáfrica o Turquía son los grandes receptores de las víctimas de trata para la posterior extirpación de órgano en su suelo. En los últimos años y como consecuencia de la crisis económica, se han encontrado anuncios en Internet de españoles que venden uno de sus riñones para saldar deudas, si bien su cifra, en comparación con el tráfico de órganos en el tercer mundo, es casi testimonial y está, tras la LO 5/2010 castigado por el art. 156 del Código penal.

- c.4. el fácil acceso a un órgano en cualquier parte del mundo por parte de los ciudadanos de los países desarrollados o de las clases pudientes en cualquier estado, debido a desarrollo de Internet, dando lugar al denominado “turismo de transplantes”³⁷.

La extracción de órganos en España es gratuita, estando prohibido que se obtenga compensación alguna (art. 2 de la LETO). Según la citada Ley existen dos clases de extracciones de órganos: las realizadas en *personas fallecidas* (art. 5), que quedan fuera del ámbito de aplicación de este delito³⁸; y la realizadas de un *donante vivo* (art. 4 de la citada Ley) que son las incluidas en este tipo cuando concurren los demás elementos del tipo.

Pese a que el precepto se refiere sólo a “órganos”, dado que lo transplantado puede ser tanto el órgano como los tejidos que son parte de aquéllos (porciones de hígado, corazón o pulmón), no habrá inconveniente en considerar que los tejidos están incluidos en el concepto mismo de órgano.

Sin embargo, no se podría subsumir en el concepto de órganos a la *sangre*, con lo que en el caso de que se traficara con personas para transfundir de éstas sangre (piénsese en alguien con un grupo sanguíneo escaso), no podría ser incluido dentro del delito de trata y habría que acudir a los tipos genéricos de coacciones y, en su caso, al 318 bis. Tampoco se puede subsumir en el concepto de órgano los *gametos* u *óvulos*.

Por último, habría que destacar que ni la Decisión Marco 2002/629/JAI, ni el legislador español de 2010, han incluido como finalidad la de *venta de niños* para adopción ilegal de menores, la cual hubiera sido recomendable para luchar contra el tráfico de menores que, procedentes del tercer mundo, son vendidos para ser adoptados en el primer mundo, debido a lo restringido del número de niños para ser dados en adopción en los países desarrollados, y a la lentitud y dificultades del proceso, incluso de las adopciones internacionales³⁹.

³⁷ Cfr. www.who.int/mediacentre/news/releases/2007/pr12/es/. Cfr. Sociedad de Transplantes y Sociedad Internacional de Nefrología, “Declaración de Estambul sobre el tráfico de órganos y el turismo de transplantes de 2-5-2008”.

³⁸ Sin perjuicio de poder aplicar, en su caso, el art. 526, relativo a la profanación de cadáveres.

³⁹ No hay que olvidar, además, que España es, después de los EEUU, el país del mundo que realiza más adopciones internacionales en Europa, junto con Suecia, si bien han descendido en casi un 40 % en los últimos 5 años; cfr. www.sid.usal.es/noticias, procediendo los niños adoptados, como sucede en las otras modalidades de trata, de zonas desfavorecidas del planeta (China, Rusia, Etiopía, Sudamérica).

Tampoco resultan incluidas las finalidades de *experimentación científica no consentidas* con seres humanos, sobre todo con nuevos medicamentos, como fase previa a su comercialización.

F) TIPO NEGATIVO

Pudieran darse casos de *estado de necesidad*, al menos disculpantes (padre, cirujano de profesión, que extrae un órgano para luego transplantarlo a un hijo en peligro inminente de muerte, realizándolo en un quirófano con todas las condiciones higiénico-sanitarias y ocupándose del postoperatorio de la persona objeto de la trata).

El art. 177.3 lleva a cabo una *interpretación legal* para eliminar cualquier tipo de efectos que pudieran pretender darse al **consentimiento de las víctimas** de la explotación, cuando estén sometidas a los medios típicos recogidos en el apdo. 1, declarándolo nulo, así como el prestado por un menor.

G) PENALIDAD

Tras la Reforma llevada a cabo por la LO 5/2010, en el tráfico de personas, las conductas más gravemente penadas, en principio, pasan a ser las referidas en la trata de personas del artículo 177 *bis*, cuyo tipo básico contiene un marco penal *de cinco a ocho años*, mientras que tráfico de migrantes del artículo 318 *bis* queda ahora en un segundo nivel punitivo, ya que su tipo básico se mantiene en el de *cuatro a ocho años*.

No cabe el **delito continuado** al protegerse en este tipo bienes jurídico-penales eminentemente personales (dignidad humana y libertad), lo que lo excluye del ámbito de aplicación de aquél (art. 74.3), debiendo castigarse por concurso real.

Es de destacar que este delito, que puede ser frecuentemente cometido por residentes ilegales, no ha sido excluido de la aplicación de la **expulsión** (art. 89.7), por lo que a los condenados por delitos de trata de seres humanos les podrá ser aplicado tal sustitutivo penal con el efecto criminógeno y de reiteración de la conducta criminal que demostró tener la aplicación de tal medida con respecto al 318 *bis*, antes de ser exceptuada su aplicación (art. 89.7) por la LO 8/2002, de 22 de diciembre. En efecto, tal sustitución generaba sujetos activos "más preparados y con previa experiencia" que volvían a ejecutar la conducta delictiva. No obstante, pese al olvido del legislador, es de esperar que, dada la gravedad de este delito, no sea solicitada por el Ministerio Fiscal, debido a los nefastos antecedentes que tuvo su aplicación en los casos de tráfico ilegal e inmigración clandestina.

4. SUBTIPOS AGRAVADOS

Junto al tipo básico ya analizado, el art. 177 bis contiene una serie de subtipos cualificados o agravados que se construyen sobre los elementos del tipo básico y que se pueden agrupar en tres grandes grupos de agravación: los referidos a condiciones o circunstancias de las víctimas, los que afectan a las condiciones del sujeto activo y la comisión de este delito mediante una organización.

4.1. AGRAVACIÓN POR LAS CONDICIONES O CIRCUNSTANCIAS DE LA VÍCTIMA

El apartado 4 recoge tres subtipos agravados de la trata de seres humanos, castigados todos ellos con la pena superior en grado a la del tipo básico, esto es, con la pena de prisión de 8 años y un día a 14 años, imponiéndose esta pena, en todo caso, en su mitad superior, si concurren dos o más de las circunstancias previstas (4.1, 4.2 y 4.3), todas ellas atinentes a la víctima y que son las siguientes:

4.1.1. *Puesta en grave peligro de la víctima*

Por tal hay que entender el peligro abstracto (jur. may. en supuestos análogos, como los del art. 318 bis.2) para bienes jurídicos esenciales: la vida o integridad de las víctimas, lo que se deduce del adjetivo *grave*. A diferencia de la Decisión Marco y de la Directiva en donde se prevé (art. 3a) el castigo tanto de la puesta en peligro deliberada, como la producida por negligencia grave, al no explicitar nada el legislador español, habrá que entender que sólo cabe la modalidad dolosa, excluyéndose la que se produjera por imprudencia grave, debido al sistema de punición tasada que preside el castigo de los delitos imprudentes (art. 12) en el Código penal español.

4.1.2. *Víctima menor de edad*

Por tal se entiende a los que contaran con menos de 18 años al inicio de la acción. Esta agravación tiene su fundamento en la necesidad de una mayor protección de estas víctimas, por su mayor vulnerabilidad y mayor peligro tanto en el desarrollo de la trata, como lo más grave de las secuelas que deja, conllevando, en el caso de ser extranjeros, la inmediata regularización de éstos con sujeción a tutela de los respectivos órganos estatales o autonómicos competentes (art. 32.1 LO 4/2000, en relación con el art. 18 LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor y correlativas autonómicas).

4.1.3. *Víctima especialmente vulnerable por razón de enfermedad, discapacidad o situación*

El principal problema que presenta este subtipo es su diferenciación con el tipo básico ya que en el mismo también se hace referencia, con carácter general, a la vulnerabilidad de las víctimas. Por lo tanto, en este subtipo agravado se incluirían sólo los supuestos valorados como muy graves (*especialmente*) y que lo sean por alguna de las tres causas a las que alude el subtipo agravado: *enfermedad*, la cual puede ser tanto física como psíquica; *discapacidad* (art. 25 CP); o *situación*, concepto cuya amplitud habrá de ser delimitada por el marco de la vulnerabilidad y la gravedad.

Con carácter general la especial vulnerabilidad resultará de la concurrencia de dos o más de los motivos que las condicionan: mendigos con demencia, extranjeros ilegales con discapacidad, inmigrantes ilegales embarazadas, situación económica angustiosa con discapacidad, etc.

Según la reiterada Decisión Marco (art. 2 b), tratándose de *menores*, se consideran especialmente vulnerables, en los casos de *explotación sexual*, aquéllos que estén por debajo de la edad de mayoría sexual según la legislación nacional, la cual, en el caso de España, incluirá a los menores de 13 años.

4.2. **PREVALERSE DE LA CONDICIÓN DE AUTORIDAD, AGENTE DE ÉSTE O FUNCIONARIO PÚBLICO**

Este subtipo agravado contiene un delito especial impropio ya que requiere la condición de autoridad, agente de éste o funcionario público del sujeto activo (art. 24 CP), castigándose con la pena superior en grado a la prevista para el tipo básico e inhabilitación absoluta de seis a doce años. Si concurriera alguna de las circunstancias del apdo. 4, las penas señaladas se impondrán en su mitad superior.

La acción de *prevalerse* implicará abusar de las mayores facilidades que tiene el sujeto activo por razón del cargo que ocupa, no siendo necesario estar en el ejercicio de las propias funciones (SSTS 773/06, 10-7; 727/04, 10-6).

La realización del control de fronteras, en la que se detectará, frecuentemente, la trata de personas, por empresas privadas de seguridad o la condición de extranjeros o comunitarios de los que patrullan las costas españolas (patrullas mixtas hispano-marroquíes, grupos del Frontex) amplía el marco normativo para integrar tales conceptos.

Esta agravación excluye por inherencia (art. 67) la agravante de prevalerse del carácter público (art. 22.7^a), so pena de incurrir en *non bis in idem*.

4.3. COMISIÓN DEL DELITO MEDIANTE UNA ORGANIZACIÓN

Para que se de esta agravación será necesario, según establece el apartado 6 del art. 177 bis, que concurren los siguientes elementos:

- a) Que la organización o asociación se halle integrada por *más de dos personas*, exigencia singular que existe en este apartado y que no se recoge en las agravaciones homónimas contenidas en otros artículos de análoga configuración como serían los delitos de tráfico de drogas (art. 369.2^o), o contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis.4); y que es consecuencia de la definición dada en la Acción común 98/733/JAI⁴⁰, requisito además ya recogido en aplicación también de la citada Acción común, en el art 570 bis.1 relativo a las “organizaciones y grupos criminales”.
- b) Que esta organización exista, aunque sea de *forma transitoria*, lo que excluye la exigencia de que haya de ser una organización estable⁴¹.
- c) Que la organización o asociación se *dedique* a la realización de tales actividades. El término dedicación requiere la realización de al menos dos o más actividades de trata, por lo que literalmente entendido generaría la impunidad de la primera trata llevada a cabo por una organización. Sin embargo, no será necesario que la dedicación a la trata por la organización o asociación sea en exclusiva, pudiendo concurrir con otras actividades que, generalmente, sirven para encubrir la actividad ilícita de la trata⁴².

⁴⁰ Según establece su art. 1 se entenderá por organización delictiva: “una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo, y que actúe de manera concertada con el fin de cometer delitos... con independencia de que esos delitos constituyan un fin en sí mismos o un medio de obtener beneficios patrimoniales y, en su caso, de influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad pública”.

⁴¹ Por su parte, la Jurisprudencia española viene exigiendo de manera reiterada: una red estable y jerarquizada, aunque sea elemental y transitoria (SSTS 330/10, 2-3; 951/09, 9-10, absolviendo; 1381/05, 20-1); que existan medios materiales y humanos coordinados para traer súbditos extranjeros que entran en España (STS 1595/05, 30-12); b.3. en todo caso, no es suficiente el mero concierto de varias personas (STS 6-10-03), ya que si no estaríamos ante un mero caso de coautoría.

⁴² Críticamente, QUERALT JIMÉNEZ, “Recientes novedades legislativas en materia de lucha contra la delincuencia organizada: LO 5/1999 de 14 enero”, en *Criminalidad orga-*

Al igual que en las otras agravaciones por concurrencia del elemento de la organización, el artículo 177 distingue en la pena a imponer entre mera pertenencia y mando.

En caso de *mera pertenencia a la organización* se impondrá la pena superior en grado a la del apdo. 1, que se impondrán en su mitad superior si concurrieran las circunstancias del apdo. 4 (supra 4.1), además de la pena de inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena y si concurrieren las del apartado 5 (supra 4.2), las señaladas en éste en su mitad superior.

Cuando el delito sea cometido por *los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones*, la pena superior en grado a la del apdo. 1 se impondrá en todo caso en su mitad superior, pudiéndose elevar a la superior en grado a la ya elevada, lo que se hará obligatoriamente cuando concurren las agravaciones de los apartados 4 y 5.

Entiende la Jurisprudencia que esta cualificación concurre en aquellas personas que tienen un puesto de mando en la organización jerarquizada, poseyendo mayor capacidad de afectación del bien jurídico-penal, lo que se pone de manifiesto por la toma de decisiones, dación de órdenes, directrices, o ante las cuales se rinde cuentas (SAP Madrid 7^a 139/2008,13-10).

Tras la Reforma de la LO 5/2010, se plantea el problema de la concurrencia de las modalidades agravadas de organización de los tipos que la contienen con el art. 570 bis. A este respecto se podría considerar que por el principio de especialidad (art. 8.1^a), procederá aplicar tal modalidad agravada con preferencia al art. 570 bis cuando se cometa un delito de trata de personas por una organización⁴³.

Por último, el apdo. 9 del artículo 177 bis recoge la denominada **cláusula concursal** –“*sin perjuicio*”- para los delitos que se cometan **con ocasión** de la trata de personas. Con ella se quiere poner de manifiesto que este tipo abarca en su protección solamente los bienes jurídicos penales señalados de la dignidad e integridad moral del traficado. Por tanto, en el caso de que se concretaran las explotaciones perseguidas o el medio comisivo utilizado alcanzara un plus de antijuridicidad que exceda del necesario para configurar el tipo complejo, tales conductas no serán abarcadas por el delito del 177 bis, sino que habrán de ser castigadas por los correspondientes delitos resultantes, ya que existiría un concurso de de-

nizada: reunión de la sección nacional española preparatoria del XVI Congreso de la AIDP en Budapest, 1999, Universidad Castilla-La Mancha, 1999, p. 127 y ss.

⁴³ De otra opinión, MUÑOZ CUESTA, *Aranzadi Doctrinal* (4), 2011, p. 6.

litos⁴⁴ y no de leyes, y sin que puedan tampoco las conductas posteriores de explotación ser abarcadas por la denominada realización progresiva del tipo.

Con todo, la principal fuente de relaciones concursales será la derivada entre la trata de personas y el art. 318 *bis*, tal como se pone de manifiesto con la referencia singularizada que se hace en el apartado 9 del art. 177 *bis* y en el dato señalado de ser las víctimas de trata sobre todo personas extracomunitarias. En todo caso, ambos tipos se diferencian no sólo por el diferente bien jurídico penal protegido en cada uno de ellos, sino también por la necesaria falta de consentimiento de la víctima y por los fines de explotación que concurren en la trata y no art. 318 *bis*.

5. EXENCIÓN DE PENA PARA LAS VÍCTIMAS DE ESTE DELITO

El apdo. 11 recoge una causa de exención de la pena para *la víctima de trata de seres humanos por las infracciones penales* que comentan mientras esté sometida a la trata. El objetivo perseguido con la introducción de esta figura es salvar los obstáculos que se han venido planteando, por no concurrir la totalidad de los requisitos necesarios, en las eximentes de estado de necesidad, legítima defensa o miedo insuperable en conductas penales cometidas por las víctimas de trata⁴⁵.

Requisitos necesarios para aplicar la exención de la responsabilidad penal a las víctimas de trata por los delitos que cometan en tal situación serán los siguientes:

- a) **Que su participación en ellos haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida.** Con la referencia al término participación se quiere señalar que la víctima de la trata puede haber intervenido en la infracción criminal no sólo como autor directo, mediato o coautor, sino también como partícipe (cooperador o inductor) en el hecho llevado a cabo por otro. La exigencia de que la infracción criminal sea *consecuencia directa* de la trata supone que la víctima se encuentra bajo el ámbito de dominio del tratante, ex-

⁴⁴ JUANES PECES, "El delito de trata de seres humanos en el Proyecto de Reforma del Código penal de 1995", *Actualidad Jurídica Aranzadi* (803), 2010, p. 6.

⁴⁵ Según la Cir. FGE 372010, de 23 de diciembre, "*El nuevo precepto dará lugar a la revisión de las sentencias condenatorias por delitos cometidos por las víctimas de trata cuando de los hechos declarados probados en la sentencia resulte el delito se cometió en la situación de explotación y concurren los presupuestos recogidos en este apartado*".

cluyéndose situaciones de venganza extemporáneas, esto es, delitos o faltas cometidos una vez finalizada aquélla.

- b) Que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado.** Esta proporcionalidad exigirá que sólo se amparen por esta cláusula de exención de pena las infracciones penales que vengan castigadas con pena igual o inferior a la trata sufrida (tipo básico o subtipos agravados).

En cuanto a la determinación de la naturaleza de esta exención de pena cabría sostener dos opciones:

- a)** considerar que es una *excusa absolutoria* que solo afectaría a aquéllos en quienes concurra, ya que las demás personas tendrían la opción de poder denunciar los hechos⁴⁶;
- b)** concluir que se trata de una *causa de justificación*, tesis que parece más acertada no sólo por los requisitos exigidos: exigencia de la ponderación de bienes, la referencia a la situación de inmediatez entre la situación de explotación y la defensa⁴⁷, sino también por la injusticia que supondría castigar al que ayuda a defenderse a la víctima de la trata, sobre todo, en situaciones de inminencia (tratante que da una paliza al explotado quien se defiende con ayuda de otra persona, ajena a la trata, pero que presencia los hechos).

6. ESPECIAL REFERENCIA A LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS

La figura de la exención de responsabilidad penal de las víctimas de trata acabada de exponer se inserta de un marco más general que tiene como finalidad otorgar protección integral a las víctimas de la trata⁴⁸. Estas acciones han de estar presididas por dos pautas: seguridad y confidencialidad. Esto es así por tres razones:

- (a) para proteger la vida, integridad física o psíquica y libertad de las víctimas de la trata y no ser así doblemente victimizadas por

⁴⁶ En este sentido, CUGAT MAURI, "La trata de seres humanos: la universalización del tráfico de personas y su disociación de las conductas infractoras de la política migratoria, arts. 177 bis, 313, y 318 bis", en *La Reforma penal de 2010: Análisis y Comentarios*, Gonzalo Quintero Olivares (dir.), Aranzadi, 2010, p. 163; MUÑOZ CUESTA, *Aranzadi Doctrinal* (4), 2011, p. 7, Art. 8 de la Directiva 2011/36/UE.

⁴⁷ Dubitativamente, JUANES PECES, *Actualidad Jurídica Aranzadi* (803), 2010, p. 6.

⁴⁸ Cfr. GARCÍA VÁZQUEZ, "Inmigración ilegal y trata de personas en la Unión Europea: la desprotección de las víctimas", *Revista de Derecho constitucional europeo* (10), 2008, p. 256 y ss.

- las represalias que pudieran sufrir procedente de los tratantes hacía ellas mismas o sus familias;
- (b) por respeto a la privacidad e intimidad de las víctimas que fueron explotadas, sobre todo en el caso de la explotación sexual, ya que la difusión de noticias respecto de ellas las estigmatizarían y humillarían aún más y las condenarían a una marginación social no deseable;
 - (c) por la necesidad de no entorpecer la investigación del delito y perjudicar los ulteriores resultados del proceso, el cual sólo tendrá posibilidades de éxito si hay una suficiente recopilación de pruebas y testimonios, lo que requiere celeridad y mucha discreción.

El art. 7 de la Decisión Marco 2002/629/JAI, otorgaba, sin embargo, una raquítica protección a las víctimas, pese a los grandilocuente de su encabezamiento, ya que ésta se reducía a recomendar la persecución de oficio por estos delitos⁴⁹, la cual servirá en muchas ocasiones de poco si las víctimas no declaran, y a considerar que los niños, víctimas de la trata serán considerados víctimas especialmente vulnerables a los efectos de la protección otorgada por la Decisión Marco del Consejo 2001/220/JAI, de 15, relativo al estatuto de víctima en el proceso penal, haciendo dichas medidas extensibles a sus familias, se entiende que siempre que no estén implicadas en la trata de los menores⁵⁰.

Es la Directiva 2004/81/CEE, de 29-4, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal que cooperen con las autoridades competentes, la que prevé otorgar una protección integral a las víctimas, ofreciéndoles seguridad y confidencialidad, al menos en los siguientes ámbitos: alojamiento, tratamiento médico y psicológico, información y asesoramiento legal, así como programas de protección de testigos, etc.

Con relación a la expulsión, se permite 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, tras un período de restablecimiento y reflexión no inferior a tres

⁴⁹ A este respecto, el art. 2 bis de la Ley de Extranjería señala como principio de la política migratoria tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias "h) la persecución de la trata de seres humanos".

⁵⁰ Son palabra de ORTEGA GÓMEZ, *La Unión Europea... cit.*, 2009, p. 1213.

meses⁵¹, en la lucha contra las redes organizadas. Previéndose, dada la precaria situación en la que se encuentran las víctimas durante el procedimiento, que la tramitación de estos permisos sea preferente (cfr. art.31 bis, 40.1 j, y art. 59 bis de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras la modificación de la misma llevada a cabo por la LO 110/2011, de 27 de julio).

Es evidente que quienes se saben en situación irregular, aunque estén siendo tratados como esclavos laborales o sexuales, preferirán en muchas ocasiones seguir en esta situación bien por miedo a las mafias que con ellos tratan o, simplemente, porque al abrigar la esperanza de labrarse en el primer mundo un futuro mejor, saben que el acudir a denunciar llevará consigo la inmediata expulsión, de ahí la importancia de estas disposiciones, no exentas de problemas como el de las acusaciones falsas.

A diferencia de la Decisión Marco que sustituye, la Directiva 2011/36/UE dedica una regulación significativa a las víctimas de trata de seres humanos (en especial Arts. 11 a 18), siendo de destacar:

- a) la perspectiva de género que se adopta no solo para prevenir el delito, sino también en la protección de las víctimas de la trata;
- b) la preocupación por evitar o minorar los efectos de la victimización secundaria de adultos y, sobre todo, de menores durante la investigación del delito y la tramitación del procedimiento judicial, sin olvidar la dimensión asistencial previa y posterior a este;
- c) la especial consideración que dedica a las víctimas menores bajo el principio de su superior interés, diferenciando entre menores acompañados y no acompañados y preocupándose por la adopción de medidas que eviten la prescripción de los delitos contra ellos cometidos, así como su persecución.

⁵¹ La Ley de Extranjería española ha optado no por establecer máximos, sino que dispone como plazo de reflexión el mínimo de 30 días (art. 59 bis 2).