

NUEVA REGULACIÓN DE LA TRATA, EL TRÁFICO ILEGAL Y LA INMIGRACIÓN CLANDESTINA DE PERSONAS

Virginia Mayordomo Rodrigo

Profesora Agregada de Derecho Penal

Facultad de Derecho de San Sebastián

Secretaría Académica del Instituto Vasco de Criminología

Resumen: En octubre de 1999, en Tampere (Finlandia) el Consejo Europeo instó al establecimiento de un marco penal común de ámbito europeo relativo a la lucha contra la trata de seres humanos, que previera sanciones rigurosas para este grave delito. A partir de esa fecha se incrementaron las iniciativas a nivel nacional y regional para hacerlo efectivo. A lo largo de la última década, España ha ido adaptando —con mayor o menor acierto— su legislación interna a las obligaciones derivadas de las normas internacionales sobre trata y tráfico ilícito de personas. A través de diversas reformas se fueron multiplicando y solapando los diversos tipos de tráfico de personas, planteando numerosas cuestiones concursales difíciles de resolver. El proceso se inicia con la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, y culmina con la reforma del Código Penal llevada a cabo por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

Palabras clave: Tráfico, trata, inmigración, explotación, prostitución.

Recibido: junio 2011. Aceptado: octubre 2011

Abstract: In October 1999, the European Council urged the establishment of a common European criminal frame regarding the fight against human trafficking, to severely penalize this serious crime. Since then, national and regional initiatives have increased for it to become effective. During the last decade Spain has progressively adapted its inner legislation, with greater or lesser success, to the requirements of the international rules regarding human trafficking and smuggling of migrants. The different types of smuggling of migrants overlapped and were multiplied due to several reforms; thus numerous practical problems have arisen, being these not easily solved. The process began with the Organic Law 11/1999, of April 30, and culminates with the amendment of the Spanish Criminal Code by Organic Law 5/2010, of June 22.

Keywords: Smuggling, trafficking, immigration, exploitation, prostitution.

Sumario: I. Aclaración conceptual: tráfico ilegal, inmigración clandestina y trata de personas. 1. Inmigración clandestina. 2. Tráfico ilegal. 3. Trata de personas. II. Cronología de las últimas novedades en España. III. Antecedentes y evolución en el ámbito penal. IV. Regulación actual del favorecimiento del tráfico ilegal y de la inmigración clandestina. 1. Normativa internacional. 2. Código Penal español. 2.1. Tipo básico. 2.2. Tipos agravados en base al ánimo de lucro, a la situación y características de la víctima. 2.3. Otras agravaciones. 2.4. Responsabilidad de las personas jurídicas. 2.5. Atenuación de la pena. 2.6. Concursos. 2.7. Penalidad. V. Trata de seres humanos. 1. Normativa internacional. 2. Código Penal español. 2.1. Tipo básico. 2.1.1. Conductas y medios comisitos. 2.1.2. Elementos del tipo subjetivo. 2.1.3. Supuestos de irrelevancia del consentimiento. 2.1.4. Referencia al territorio. 2.2. Tipos agravados. 2.2.1. Por minoría de edad, especial vulnerabilidad y peligro para la víctima. 2.2.2. Otras agravaciones. 2.3. Penalidad. 2.4. Responsabilidad de las personas jurídicas. 2.5. Reincidencia internacional. 2.6. Exención para la víctima por los delitos realizados. 2.7. Actos preparatorios punibles. 2.8. Responsabilidad penal del cliente. 2.9. Cuestiones concursales. 2.9.1. Con el favorecimiento del tráfico ilegal o de la inmigración clandestina. 2.9.2. Con la efectiva explotación sexual. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. Aclaración conceptual: tráfico ilegal, inmigración clandestina y trata de personas

Antes de abordar el análisis de la actual regulación por parte del ordenamiento penal español del tráfico ilegal, de la inmigración clandestina y de la trata de personas, resulta imprescindible clarificar cada uno de estos términos, que a menudo son confundidos.

1. Inmigración clandestina

La *Directiva 2002/90/CE del Consejo de 28 de noviembre de 2002 destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares*, en su art. 1 exhorta a los Estados a sancionar a quien “intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a entrar en el territorio de un Estado miembro o a transitar a través de éste, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre entrada o tránsito de extranjeros. Asimismo, a quien “intencionadamente ayude, con ánimo de lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a permanecer en el territorio de un Estado miembro, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre estancia de extranjeros”.

Este concepto, que ha estado sujeto a diferentes interpretaciones¹, ha de entenderse como la entrada en un país burlando los controles de las autoridades, dando lugar en aquellos que la favorecen a una infracción penal. Como expresó la Fiscalía General del Estado en 2002², quien favorece, promueve o facilita el acceso a España de determinadas personas, con conocimiento inicial y antecedente de que la situación administrativa de acceso no responde a la realidad de la estancia, que exigiría de otros

1 Vid. al respecto, MAYORDOMO RODRIGO, *El delito de tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas*, Madrid, 2006, págs. 102-108.

2 FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2002, de 19 de febrero, sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del Fiscal en materia de extranjería*, pág. 5.

requisitos que resultan así burlados, incurre en ilícito penal; sin perjuicio de que la persona de cuya migración se trate haya de responder sólo administrativamente. Por ejemplo, constituye un supuesto de inmigración clandestina la entrada en España de ciudadanos marroquíes a través de una patera³ o la llegada a España bajo la condición de turista —con el propósito de permanecer aquí trabajando— tratándose de personas que carecen de permiso de trabajo y de residencia en España⁴.

Es una actividad de carácter transnacional. Al no existir traslado forzado del afectado que desde el inicio de la cadena acepta su condición de migrante irregular, predomina la defensa de los intereses de los Estados a controlar los flujos migratorios y la indemnidad de sus fronteras.

2. Tráfico ilegal

El *Protocolo contra el Tráfico de Migrantes por Tierra, Mar y Aire* anejo a la *Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional*⁵ considera tráfico ilícito de migrantes el hecho de facilitar la entrada ilegal⁶ de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material⁷. Por lo tanto, siempre tiene un elemento transnacional⁸.

3 STS 968/2005, de 13 de julio de 2005.

4 Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, celebrado el día 13 de julio de 2005. Véase en el mismo sentido, CONSEJO FISCAL, *Informe del sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, 2009, pág. 85.

5 Ratificado por España el 21 de febrero de 2002, que complementa la *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*.

6 Conforme al art. 3 b) se considera como tal el paso de fronteras sin haber cumplido los requisitos necesarios para entrar legalmente en el Estado receptor.

7 Art. 3 a)

8 Vid. MAYORDOMO RODRIGO, *op. cit.*, pág. 109.

Lo determinante en esta modalidad delictiva es la entrada ilegal de una persona en un país que no es el suyo con vocación de permanecer en él por tiempo más o menos indeterminado sin poseer los correspondientes permisos de residencia. No es imprescindible para la existencia del delito el traslado forzoso del afectado, ya que en muchas ocasiones ha aceptado su condición de migrante irregular. Sin embargo, la forma en la que a veces se lleva a cabo el transporte y la introducción clandestina en el país de destino puede poner en peligro su vida o su seguridad, y dada su vulnerabilidad puede caer en manos de redes que persigan su explotación. Ello significa que aunque el bien jurídico predominante sea el interés de los Estados a controlar los flujos migratorios y la indemnidad de sus fronteras, también se protegen derechos fundamentales de los extranjeros⁹ que pudieran verse afectados como consecuencia de ciertas conductas relacionadas con el fenómeno migratorio, y que se ven lesionados al convertirse el sujeto en objeto de una específica modalidad de tráfico¹⁰.

A este respecto, propone el citado *Protocolo*, que el tercero que facilita de cualquier modo la inmigración clandestina —el inmigrante no puede ser sujeto activo de este delito¹¹— sea perseguido penalmente cuando esté integrado en organizaciones más o menos estructuradas¹² que se muevan exclusivamente por ánimo de lucro, así como cuando haya realizado conductas constitutivas de cualquier modalidad falsaria documental tendente a facilitar esa ilícita migración o favorezcan la permanencia ilegal en el país de destino por esos medios¹³.

9 FISCAL ESPECIALISTA EN EXTRANJERÍA, *La trata de seres humanos, la inmigración clandestina y los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: Síntesis de la jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo*, pág. 2. www.fiscal.es

10 Vid. las diferentes posturas en MAYORDOMO RODRIGO, *op. cit.*, págs. 97-100.

11 Art. 5.

12 Art. 4.

13 Art. 6.1. FISCAL ESPECIALISTA EN EXTRANJERÍA, *op. cit.*, pág. 2.

3. Trata de personas

El elemento transnacional no es necesario en el caso de la *trata*, cuya razón fundamental es el propósito de explotación, independientemente de cómo llega la víctima al lugar donde se realiza la explotación. Esto puede implicar, en caso de que se crucen fronteras, la entrada legal o ilegal en el país del destino, pero no es necesario el desplazamiento de un país a otro¹⁴.

Es habitual la confusión de este concepto con el *tráfico ilícito de migrantes* por un lado, y la *prostitución* por otro¹⁵. El *tráfico ilícito* de migrantes lo que facilita es la entrada de personas al país de destino de manera ilegal a cambio de dinero. Por otro lado, no todos los casos de trata tienen como fin la prostitución, ni todas las personas que ejercen la prostitución han sido víctimas de redes de trata de personas. *Trata* de personas constituye una categoría del *tráfico* humano donde son degradados los seres humanos a la condición de objeto. Se negocian en cadenas mercantiles, se trasladan dentro o fuera del país, y luego en el lugar de destino, se someten a condiciones de explotación¹⁶.

El *Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas especialmente de Mujeres y Niños*¹⁷, la derogada *Decisión marco (2002/629/JAI)*¹⁸, el *Convenio del Consejo de*

14 Vid. Al respecto MAYORDOMO RODRIGO, *op. cit.*, págs. 112-114.

15 PROYECTO ESPERANZA, *Voces contra la trata de personas*, 2006, pág. 3. Desde 1999, PROYECTO ESPERANZA ofrece apoyo integral a mujeres inmigrantes víctimas de la trata de seres humanos. Está a cargo de la Congregación de Religiosas Adoratrices y cuenta con un equipo multidisciplinar de profesionales. Actualmente, se extiende por todo el mundo y desarrolla más de 170 proyectos en Europa (España, Francia, Italia, Inglaterra, Portugal), América del Sur y Caribe (Argentina, Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, Perú, Venezuela, República Dominicana), África (Marruecos), Asia (India, Japón y Camboya). <http://www.fundacionesperanza.org.co/mambo>

16 Vid. MAYORDOMO RODRIGO, *op. cit.*, pág. 115.

17 Ratificado por España el 21 de febrero de 2002, entró en vigor el 25 de diciembre de 2003.

18 *Decisión marco (2002/629/JAI) del Consejo de la Unión Europea, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos.*

*Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos*¹⁹, y la *Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo*²⁰ definen —con parecidos términos— la *trata* como la captación, el transporte, el traslado, la acogida, la recepción de personas, la contratación, o el intercambio o transferencia de control sobre estas personas, recurriendo a la amenaza, fuerza, coacción, rapto, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, pago o remuneración a quien ejerza algún tipo de control sobre la víctima, con fines de explotación.

II. Cronología de las últimas novedades en España

Conviene también tener presentes los avances en la materia que, a nivel legal y práctico, se vienen realizando en estos últimos años en España. Cronológicamente, habrá que tener en cuenta:

- Aceptación por España de la *Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008 relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular* (DOUE de 24 de diciembre de 2008).
- *Instrucciones 05/2008, en relación con los supuestos de personas extranjeras que hayan sido víctimas de determinados delitos*, de la Dirección General de Inmigración, de 19 de septiembre de 2008.
- *Plan Integral de lucha contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual de 9 de diciembre de 2008*.

19 Hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005. Ratificado por España, BOE de 10 de septiembre de 2009.

20 DOUE 15 de abril de 2011.

- *Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 14 de mayo de 2009, condenando a España por incumplir las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes, al no haber adoptado toda la normativa necesaria y no haberla puesto en conocimiento de la Comisión.*
- *Ratificación por parte del España del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos*²¹, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005 (BOE de 10 de septiembre de 2009).
- *Modificación de la Ley de Extranjería por Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre.*
- *Protocolo de actuación institucional sobre adopción de medidas de prevención, investigación y tratamiento a las mujeres víctimas de trata con fines de explotación sexual de la Fiscalía superior de Galicia, de 18 de enero de 2010.*
- *Informe sobre el estado de situación del Plan Integral de Lucha contra la Trata de Seres Humanos con fines de explotación sexual, de abril de 2010.*
- *Instrucción 1/2010 de la Secretaría de Estado de Seguridad sobre Aplicación transitoria a las víctimas de la trata de seres humanos del artículo 59 bis de la Ley de Extranjería.*
- *Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal de 1995.*
- *Ratificación del Convenio del Consejo de Europa para la protección de lo niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de*

21 Convenio nº 197 del Consejo de Europa.

2007²². En vigor para España desde el 1 de diciembre de 2010 (BOE de 12 de diciembre de 2010).

- *Borrador del (2011)*
- Aprobación el 15 de abril de 2011 del *Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 Reglamento de Extranjería.*
- Aprobación por el Gobierno, el 28 de octubre de 2011, del *Protocolo Marco de Protección de las Víctimas de Trata de Seres Humanos con Fines de Explotación.*

También hay que tener en cuenta la reciente normativa internacional en la materia que ha tenido influencia en las modificaciones legales operadas en España: la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de marzo de 2010, relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos*, que finalmente se ha convertido en la *Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo.*

III. Antecedentes y evolución en el ámbito penal

Con la reforma penal de 2010, nuestro derecho interno acaba adaptándose a los dictados de las normas internacionales sobre inmigración clandestina, tráfico y trata de seres humanos. Hasta ese momento, la regulación española se ha caracterizado por su falta de claridad. A través de diversas reformas al Código Penal de 1995 se fueron multiplicando y solapando los diversos tipos de tráfico de personas.

Como ha puesto de manifiesto la Exposición de Motivos de la *LO 5/2010, de 22 de junio*, “el tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina

22 Convenio 201, denominado “Convenio de Lanzarote”.

que contenía el artículo 318 bis resultaba a todas luces inadecuado, en vista de las grandes diferencias que existen entre ambos fenómenos delictivos²³. La separación de la regulación de estas dos realidades resulta imprescindible tanto para cumplir con los mandatos de los compromisos internacionales como para poner fin a los constantes conflictos interpretativos.

De modo que esta desafortunada redacción del art. 318 bis ha supuesto la atribución a la trata de mujeres con fines de explotación sexual —tipificada hasta 2010 en el párrafo segundo— de una connotación transfronteriza, de manera que era preciso que la víctima hubiera cruzado la frontera, cuando, contrariamente, en la normativa internacional no se exige; los elementos fundamentales de la infracción se centran más en el objetivo de la explotación que en el cruce de una frontera²⁴.

Conviene recordar que la Comisión Europea, en su *Informe de 6 de diciembre de 2006 [COM (2006) 770 final]* lamentaba que España no estableciera “una distinción clara entre la trata de seres humanos y el tráfico ilícito de emigrantes. Las dos decisiones marco destinadas a combatir estas formas de delincuencia se basan en definiciones diferentes, lo que parece excluir la posibilidad de que las mismas disposiciones de Derecho penal puedan aplicarse a estas dos formas de delincuencia”.

En efecto, tanto los últimos Convenios suscritos por España sobre la materia en el ámbito de Naciones Unidas como las normas vinculantes para los Estados miembros emanadas de la Unión Europea han distinguido ambas entidades delictivas sobre la base de la distinta naturaleza y trascendencia de los bienes jurídicos afectados por cada uno de esos delitos.

23 Vid. en este sentido FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 2/2006, 27 de julio de 2006, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España*, pág. 27.

24 FISCALÍA SUPERIOR DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA, *Protocolo de actuación institucional sobre adopción de medidas de prevención, investigación y tratamiento a las mujeres víctimas de trata con fines de explotación sexual*, 2010, pág. 3.

La *LO 11/1999, de 30 de abril*, añadió en el apartado 2 del art. 188 CP una modalidad de tráfico con el propósito de explotación sexual, que se solapó con el tráfico de trabajadores, que era el tipo hasta entonces aplicado a estos supuestos, partiendo de un concepto de “trabajador” como persona que habitualmente presta sus servicios en el marco de organización y dirección ajena²⁵.

A través de la Disposición final segunda de la *LO 4/2000* se introdujo el nuevo Título XV bis referido a los “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros” con un único artículo: el 318 bis, en el que se incriminaban conductas de apoyo al tráfico ilegal de personas, restringiendo el ámbito de protección a los extranjeros.

La *LO 11/2003 de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros* pretendió realizar una transposición de textos internacionales relativos a la inmigración clandestina, al tráfico ilegal y a la trata de seres humanos al derecho interno. Fue el resultado del intento de adaptación del ordenamiento español a los postulados de la Unión Europea, surgidos del Consejo de Tampere acerca del establecimiento de un marco penal común de ámbito europeo relativo a la lucha contra la trata de seres humanos²⁶. Suprimió la modalidad específica de tráfico para la explotación sexual del art. 188.2, a la vez que introdujo en el apartado 2 del art. 318 bis un tipo cualificado de tráfico de personas en atención a esta finalidad, aunque con una diferencia respecto del art. 188: se limitaba a la protección de extracomunitarios. De modo que, de nuevo, el tráfico de españoles o comunitarios para su explotación sexual volvía al ámbito del art. 313 (prisión de 2 a 5 años), que en aquel momento, contenía una pena menor que el art. 318 bis (prisión de 5 a 10 años).

25 CUGAT MAURI, M., “La trata de seres humanos: la universalización del tráfico de personas y su disociación de las conductas infractoras de la política migratoria (arts. 177 bis, 313, 318 bis)”, en), en QUINTERO OLIVARES, G., (dir.), *La Reforma Penal de 2010: análisis y comentarios*, Cizur Menor (Navarra), 2010, págs. 159.

26 Vid., acerca de esta cuestión, MAYORDOMO RODRIGO, V., op. cit., págs. 92 y 93.

Además se incluyó en el art. 318 bis como modalidad típica el favorecimiento de la *inmigración clandestina*. Y el resultado de esta novedad fue una regulación confusa y uniforme de dos realidades criminológicas diferentes: la trata de seres humanos (en el apartado 2) y la inmigración clandestina, en contra de lo dispuesto en la normativa internacional.

Nuevamente se introdujo una reforma en el art. 318 bis, a través de la *LO 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas*, con la finalidad de abarcar no sólo supuestos en los que el tráfico ilegal o la inmigración clandestina se llevara a cabo desde, en tránsito o con destino a España, sino también *con destino a otro país de la Unión Europea*²⁷.

Para tratar de superar las deficiencias de las que adolecía la regulación contenida en el artículo 318 bis del Código Penal, el Anteproyecto de Reforma de Código Penal de 2008 propuso la creación de un nuevo Título (VII bis) rubricado “De la trata de seres humanos” que, en un solo precepto (art. 177 bis), se ajustaba escrupulosamente a las exigencias de los Convenios internacionales suscritos por España en relación con la trata de seres humanos. En concreto, podría afirmarse que realizaba una transposición casi literal de los mandatos contenidos en el *Convenio del Consejo de Europa para la lucha contra el tráfico de seres humanos*, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, completada con algunas precisiones provenientes de la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo de 19 de julio de 2002²⁸.

Por fin, la reforma del Código Penal de junio de 2010 ha separado ambas conductas, ubicándolas en diferentes preceptos. El art. 318 bis se reserva para el tráfico ilegal de personas y la

27 Modifica también el apartado 4 del artículo 23 de la *LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, declarando en el apartado g) que también será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como *tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores*.

28 FISCAL ESPECIALISTA EN EXTRANJERÍA, *op. cit.*, pág. 8.

ayuda a la inmigración clandestina y se crea el Título VII bis, denominado “De la trata de seres humanos”, con un único precepto: el 177 bis. Además, como consecuencia de la necesidad de dotar de coherencia interna al sistema, esta reestructuración de los tipos ha requerido la derogación de las normas contenidas en los artículos 313.1 y 318 bis.²⁹

IV. Regulación actual del favorecimiento del tráfico ilegal y de la inmigración clandestina

1. Normativa internacional

Varios son los textos a los que paulatinamente ha tenido que ir adaptándose el ordenamiento penal español:

- *Protocolo contra el Tráfico de Migrantes por Tierra, Mar y Aire*, ratificado por España el 21 de febrero de 2002.
- *Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares.*
- *Decisión marco 2002/946/JAI del Consejo, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares.*
- *Resolución A/RES/60/169 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 7 de marzo de 2006, sobre Protección de los migrantes.*

2. Código Penal español

2.1. Tipo básico

El tipo básico no presenta novedad alguna con respecto a la anterior redacción: “El que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino

²⁹ Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

a otro país de la Unión Europea será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión”.

Constituye un delito doloso de tendencia de peligro abstracto y de mera actividad³⁰. Es un delito complejo de consumación anticipada, si bien caben las formas de imperfecta ejecución³¹.

A diferencia de la trata, el delito de favorecimiento de la inmigración clandestina está dotado de carácter transnacional, predominando —en lo que al bien jurídico se refiere— la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios³². No puede ser cometido respecto de ciudadanos de la Unión Europea³³. Para apreciar este delito es indiferente el menor o mayor número de inmigrantes transportados³⁴ (sentencia del Tribunal Supremo núm. 491/2005, de 18 de abril)³⁵.

Al mantenerse idéntica definición, se pueden hacer las mismas observaciones críticas: excesiva amplitud del concepto de autor y confusión entre consumación y formas de imperfecta ejecución³⁶. La explicación puede encontrarse en el art. 2 de la *Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares*, donde se establece que tanto la instigación como la complicidad y el intento estos comportamientos han de ser punibles. Pero eso no significa que deba imponerse la misma pena en cada una estas formas delictivas.

El delito de inmigración clandestina se considera consumado, sin que quepa la apreciación de formas imperfectas de ejecución si se ha desarrollado la actividad tendente al favorecimiento

30 FISCAL ESPECIALISTA EN EXTRANJERÍA, *op. cit.*, pág. 18.

31 JUANES PÉREZ, A., “El delito de trata de seres humanos en el Proyecto de Reforma del Código Penal de 1995”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 803, 2010, pág. 4.

32 Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010.

33 MAYORDOMO RODRIGO, V., *op. cit.*, págs. 128-129.

34 FISCAL ESPECIALISTA EN EXTRANJERÍA, *op. cit.*, pág.s. pág. 72 y 18.

35 MAYORDOMO RODRIGO, V., *op. cit.*, pág. 165.

36 *Ibid.*, pág. 117.

de la inmigración aún en el caso de que no se haya producido la entrada en España o no se haya alcanzado la finalidad perseguida con la acción delictiva³⁷.

Con este primer apartado del art. 318 bis se plantea otro problema: el art. 54.1.b)³⁸ de la Ley de Extranjería incrimina conductas muy parecidas, por lo que resulta necesario acotar el respectivo campo de aplicación, ante todo por la diferente sanción que conlleva la aplicación de una u otra normativa³⁹. Aunque la normativa de extranjería se ha modificado con la *Ley Orgánica 2/2009*⁴⁰ no se ha resuelto la dificultad ya que se ha mantenido la misma redacción de este apartado. De aplicarse el art. 318 bis del Código Penal, la pena mínima que correspondería sería la de prisión de 4 a 8 años, mientras que si se considera como infracción administrativa conforme a la Ley de Extranjería, se impondría la sanción de multa⁴¹, y si el infractor fuera extranjero, en lugar de esta sanción se le podría expulsar del territorio nacional⁴².

Al constatar las dificultades planteadas por el precepto en su tipo básico, la Fiscalía General del Estado en 2006 exhortó a los fiscales a atemperar su actuación, respetando el principio de responsabilidad por el hecho, el principio de culpabilidad y el principio de proporcionalidad, ajustando la entidad de las penas en función de la gravedad del hecho realizado⁴³.

37 JORNADAS DE FISCALES ESPECIALISTAS EN EXTRANJERÍA, Oviedo 15 y 16 de octubre de 2009, Recordatorio nº 12, pág. 8.

<http://www.fiscal.es/cs>

38 Art. 54.1.LEX: Son infracciones muy graves: [...] b) Inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro, individualmente o formando parte de una organización, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constituya delito.

39 Vid. MAYORDOMO RODRIGO, *op. cit.*, págs. 131-136.

40 BOE nú. 299, de 12 de diciembre de 2009

41 Art. 55.1.c)

42 Art. 57.1. Tampoco aquí se ha operado modificación alguna.

43 FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 2/2006...*, págs. 26-27.

2.2 Tipos agravados con base en el ánimo de lucro, la situación y características de la víctima

Dispone el apartado segundo que “*los que realicen las conductas descritas en el apartado anterior con ánimo de lucro o empleando violencia, intimidación, engaño, o abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, o poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas, serán castigados con las penas en su mitad superior. Si la víctima fuera menor de edad o incapaz, serán castigados con las penas superiores en grado a las previstas en el apartado anterior*”.

El cambio sustancial estriba en que antes, en el apartado segundo se incriminaba *el tráfico ilegal o la inmigración clandestina con fines de explotación sexual*. Con la reforma, estas actividades y otras tendentes a la explotación de personas han sido reconducidas al nuevo art. 177 bis.

Ahora, en el segundo apartado del art. 318 bis los comportamientos se agravan con base en las diversas circunstancias enunciadas, correspondiendo una pena prisión de entre 6 y 8 años. El hecho de ser la víctima menor o incapaz hiperagrava la conducta con una pena de prisión de entre 8 años y un día y 12.

Hay quien ha considerado que las agravaciones previstas en el art. 318 bis ponen de manifiesto una cierta irrealidad en el planteamiento legislativo en relación al tráfico ilegal de personas⁴⁴. Habida cuenta de cómo se produce este fenómeno, parece especialmente difícil imaginar un supuesto en el que el sujeto activo carezca —tal y como exige el tipo básico— de ánimo de lucro. Sin embargo, este ánimo normalmente es difícil de probar, debiéndose fundar en hechos indiciarios y en las declaraciones de los propios trasladados⁴⁵. Parece más razonable que el ánimo de

44 SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Barcelona, 2002, pág. 104.

45 FISCAL ESPECIALISTA EN EXTRANJERÍA, FISCAL ESPECIALISTA EN EXTRANJERÍA, *op. cit.*, pág. 88.

lucro pasara a constituir un elemento del tipo básico, salvo que la razón para que no ocupe ese lugar estribe en salvar dificultades probatorias. Más aún constatando que el art. 54.1.b) de la *Ley de Extranjería* considera ilícito administrativo la ayuda a la inmigración clandestina siempre que exista ánimo de lucro. Resulta llamativa esta discordancia.

En cuanto a que estos traslados entrañen un cierto riesgo para la vida, la salud o la integridad de quien se ve sometido al tráfico ilegal, todos aquellos que suponen un desplazamiento por mar en condiciones de clandestinidad son ciertamente peligrosos, así como los realizados en el doble fondo de un camión. De modo que se reduce considerablemente el posible ámbito de aplicación del tipo básico contenido en el primer párrafo del art. 318 bis.

La especial agravación por ser la víctima menor de edad puede suscitar alguna postura discrepante. Puede considerarse excesiva puesto que si la pena del tipo básico llega hasta los 8 años de privación de libertad, la concurrencia de esta minoría sitúa la pena entre los 8 y un día y los 12, sobre todo teniendo en cuenta de que el tráfico constituye una actividad ilícita —pero no es trata— consistente en obtener beneficio económico a cambio de la introducción ilegal en territorio español de una persona que puede desear ese traslado a costa de un desembolso económico. Y, ciertamente, no es lo mismo que el menor tenga casi 18 años y haya decidido y buscado su traslado o que tenga, por ejemplo, 12. En otros preceptos del Código se otorga una protección especial a los menores a partir de una edad: en los abusos y agresiones sexuales, por debajo de los 13 y en las lesiones por debajo de los 12. En el precepto que nos ocupa, considero más adecuado que se hubiera hecho referencia a la “especial vulnerabilidad de la víctima en razón de su edad o incapacidad”, de modo que no se aplicara automáticamente la agravación en todos los casos.

Sin embargo, esta mención al menor sin determinar su edad se ajusta a lo dispuesto en el art. 4 del *Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos de 2005*,

que en su apartado c) señala que la contratación, el transporte, el traslado, el alojamiento o la acogida de un niño con fines de explotación tendrán la consideración de «trata de seres humanos», aunque no apelen a ninguno de los medios enunciados en el párrafo (a) del presente artículo. Y el apartado d) indica que el término «niño» designa a toda persona de menos de dieciocho años de edad.

Pero, obsérvese que el art. 318 bis no incrimina la trata, sino el favorecimiento de la inmigración clandestina y el tráfico ilegal de personas. El citado texto regula la trata, no el tráfico ilegal ni la ayuda a la inmigración clandestina. Ni en el *Protocolo contra el Tráfico de Migrantes por Tierra, Mar y Aire* ni en la *Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002 destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares* se menciona esta característica de la víctima como circunstancia que agrave la conducta.

Por ello, convendría tener en cuenta lo dispuesto por la *Circular 3/2009 sobre protección de los menores víctimas y testigos, de la Fiscalía General del Estado*: “Aun asumiendo que el mero hecho de la minoría de edad hace merecedor al testigo de un tratamiento especial, la intensidad de la protección puede graduarse, atendiendo a la edad del menor, [...]. En este punto, conviene también tener presente que la *Resolución A/RES/60/169 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 7 de marzo de 2006, sobre Protección de los migrantes*, en su punto 14 exhorta a los Estados a velar especialmente por los niños migrantes no acompañados, subrayando la importancia de reunirlos con sus padres, y a protegerlos contra todo tipo de abuso y explotación sexual, la trata, la amenaza o el uso de la fuerza u otros medios de coacción, incluida la coacción para que ejerzan la mendicidad y el tráfico de estupefacientes, en particular por grupos de delincuencia organizada nacionales o transnacionales.

Es importante señalar que cuando el menor acompaña a cualquiera de sus padres en el episodio inmigratorio no es aplicable esta circunstancia agravatoria toda vez que no hay riesgo

concreto de lesión de los derechos del niño al estar amparado por sus progenitores⁴⁶.

Si respecto de un mismo hecho concurren dos o más agravaciones de las previstas en este párrafo del art. 318 bis, el tipo cualificado se integrará con cualquiera de las concurrentes, pudiéndose dar operatividad a las restantes agravaciones a la hora de determinar la pena concreta dentro de los márgenes legales⁴⁷.

En cuanto a la circunstancia agravante de puesta en peligro de la vida, la salud o la integridad física de las personas, si con ocasión del transporte o traslado se producen lesiones o la muerte de alguno o algunos, se apreciará un concurso ideal de delitos⁴⁸.

2.3. Otras agravaciones

No se presenta ninguna novedad en la agravación por haberse cometido el delito prevaleándose el culpable de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. Tampoco en la de pertenencia a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades. Tratándose de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado.

2.4. Responsabilidad de las personas jurídicas

Dispone el apartado 4 que *cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Título, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años, o la del triple al quintuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales*

46 FISCAL ESPECIALISTA EN EXTRANJERÍA, *op. cit.*, pág. 77.

47 FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 2/2006...*, pág. 42.

48 Vid. MAYORDOMO RODRIGO, *op. cit.*, pág. 168.

podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

Es a partir de la reforma 5/2010 cuando se regula de manera pormenorizada la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esta responsabilidad únicamente podrá ser declarada en aquellos supuestos donde expresamente se prevea, como es el caso del art. 318 bis y también del art. 177 bis, como veremos más adelante.

Para la fijación de la responsabilidad de las personas jurídicas se ha optado por establecer una doble vía. Junto a la imputación de aquellos delitos cometidos en su nombre o por su cuenta, y en su provecho, por las personas que tienen poder de representación en las mismas, se añade la responsabilidad por aquellas infracciones propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica el debido control sobre sus empleados⁴⁹, naturalmente con la imprescindible consideración de las circunstancias del caso concreto a efectos de evitar una lectura meramente objetiva de esta regla de imputación⁵⁰.

Se deja claro que la responsabilidad penal de la persona jurídica podrá declararse con independencia de que se pueda o no individualizar la responsabilidad penal de la persona física⁵¹.

En este ámbito se concreta un catálogo de penas imponibles a las personas jurídicas, añadiéndose —respecto a las hasta ahora denominadas consecuencias accesorias (disolución, suspensión de actividades, clausura de establecimientos...)—, la multa por cuotas y proporcional y la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con las Administraciones Públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la seguridad social. Se opta en este punto por el sistema claramente predominante en el Derecho comparado y en los textos comunitarios objeto de transposición, según el cual la multa es la pena común y general para todos los supuestos de responsabilidad,

49 Art. 31 bis 1 y 2. CP

50 Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010, apartado VII.

reservándose la imposición adicional de otras penas más severas sólo para los supuestos cualificados que se ajusten a las reglas fijadas en el nuevo artículo 66 bis.

Además, se regulan taxativamente los supuestos de atenuación de la responsabilidad de las personas jurídicas, entre los que destacan la confesión de la infracción a las autoridades, la reparación del daño y el establecimiento de medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro puedan cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica⁵².

Son numerosos los instrumentos jurídicos internacionales que venían demandando una respuesta clara para las personas jurídicas, sobre todo en aquellas figuras delictivas donde la posible intervención de las mismas se hace más evidente, entre las que se encuentra la trata de seres humanos y la inmigración ilegal⁵³. En el ámbito al que nos estamos refiriendo, la *Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional*⁵⁴ establece en su art. 10 la responsabilidad de las personas jurídicas por participación en delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado⁵⁵. Esa responsabilidad podrá ser penal, civil o administrativa, sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan perpetrado los delitos.

También la *Decisión marco del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares (2002/946/JAI)* reconoce en su art. 2 esta responsabilidad. Cada Estado miembro deberá adoptar las medidas necesarias para velar por que las personas jurídicas puedan ser consideradas

51 Art. 31 bis.2.

52 Art. 31 bis. 4: 4. CP.

53 Preámbulo de la LO 5/2010, apartado VII.

54 Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de noviembre de 2000, mediante Resolución A/RES/55/25.

55 Así como por los delitos típicados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la Convención.

responsables por las conductas de ayuda al tráfico ilegal y a la inmigración clandestina de personas cometidas en su provecho por cualquier persona, actuando a título particular o como parte de un órgano de la persona jurídica⁵⁶.

Este texto exhorta también a los Estados a que adopten las medidas necesarias para velar por que una persona jurídica pueda ser considerada responsable cuando la falta de vigilancia o control por parte de quien detente algún tipo de autoridad u ostente un cargo directivo en el seno de dicha persona jurídica, haya hecho posible que una persona sometida a su autoridad cometa este tipo de infracciones en provecho de la persona jurídica⁵⁷. Tal responsabilidad se entenderá sin perjuicio de las actuaciones penales contra las personas físicas que sean autoras, instigadoras o cómplices de las citadas infracciones⁵⁸. Entre las sanciones a las personas jurídicas se incluirán multas de carácter penal o administrativo y podrán incluir otras sanciones, tales como la exclusión del disfrute de ventajas o ayudas públicas, la prohibición temporal o permanente del desempeño de actividades comerciales, el sometimiento a vigilancia judicial; medida judicial de liquidación⁵⁹.

La *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*⁶⁰, ratificada por España el 9 de junio de 2006, ha constituido un hito en la lucha contra la delincuencia organizada. Establece en su art. 26 la responsabilidad de las personas jurídicas en parecidos términos a los de la *Decisión marco 2002/946/JAI*. Los Estados Partes deberán velar por que se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables.

56 Art. 2.1.

57 Art. 2.2.

58 Art. 2.2.

59 Art. 3.1.

60 Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su *Resolución 57/169, de 18 de diciembre de 2002*, aprobada en Mérida (México) en diciembre de 2003, en vigor el 14 de diciembre de 2005.

http://www.unodc.org/unodc/en/crime_convention_corruption.html

2.5. Atenuación de la pena

En la previsión atenuatoria del apartado 5 no hay ninguna novedad respecto del texto anterior. “*Los tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada*”.

Han acordado los fiscales especialistas en Extranjería no aplicar esta atenuación en aquellas conductas indicadoras de que el agente se dedica profesionalmente a esa actividad delictiva, o lo hace de manera habitual con ánimo de lucro, cuando sea miembro no forzado de una organización delictiva, cuando el número de personas transportadas es importante, cuando hay un plus de riesgo en el transporte, o cuando el sujeto activo es autoridad, agente de la autoridad o funcionario. Sin embargo, entienden que en determinados casos es compatible la aplicación del tipo privilegiado con el subtipo agravado del apartado 2: así con el ánimo de lucro respecto del que a cambio de precio cede su documentación genuina a otro para que pueda pasar la frontera (STS 7/12/2005); en relación con los pilotos de pateras o cayucos que en alguna ocasión han realizado esta función de colaboración como forma de pago de su propio transporte (STS 4/5/2005) salvo que la manera de verificarse el transporte sea patentemente peligrosa (STS 14/12/2005); y cuando existe una relación muy cercana de parentesco entre el autor y la víctima (STS 1/10/2007) (STS 9/12/2007)⁶¹.

2.6. Concursos

En los supuestos en los que en la actividad de tráfico llegara a producirse lesión a algún bien jurídico individual penalmente tutelado (concurso entre el delito de riesgo del subtipo agravado contenido en el apartado tercero del art. 318 bis y el resultado

61 JORNADAS DE FISCALES ESPECIALISTAS EN EXTRANJERÍA, Conclusión nº 10 (aprobada por unanimidad), Oviedo 15 y 16 de octubre de 2009, pág. 8.

muerte o lesiones causado), instaba la Fiscalía General del Estado en su Circular de 2006⁶² a distinguir entre dos supuestos con diverso tratamiento:

- Si el riesgo creado lo fue respecto de una sola persona, nos encontraremos ante un concurso de leyes, no pudiendo aplicarse simultáneamente el subtipo agravado y el delito derivado de la concreción del peligro, debiendo por contra aplicarse el tipo básico y el delito de resultado o el subtipo agravado exclusivamente, si éste resultara castigado con pena superior.

- Si el riesgo creado lo fue respecto de varias personas y el resultado lesivo solo se concretó respecto de una de ellas, podrá aplicarse como concurso de delitos el subtipo agravado del art. 318 bis y el tipo de resultado⁶³.

Cuando el riesgo creado y el resultado lesivo se materializa en una pluralidad de personas, habrá de estimarse la existencia de un concurso entre el tipo básico del art. 318 bis y el tipo de resultado. Así se aprecia en la *STS 1418/2005, de 13 de diciembre* que ratificó el criterio de la Audiencia Provincial que había impuesto una condena de tres años de prisión por un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y treinta y siete años de prisión por los treinta y siete delitos de homicidio por imprudencia grave.

El delito de tráfico ilegal y el de ayuda a la inmigración clandestina pueden entrar en concurso con el delito de trata de personas con fines de explotación sexual, como se desprende del apartado 9. Esta cuestión se abordará más adelante.

2.7. Penalidad

Objetivamente, la gravedad de la pena que se puede alcanzar en virtud de determinadas circunstancias es excesiva. En el supuesto del responsable de una organización de carácter

62 Vid. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 2/2006...*, pág. 31.

63 *Ibid.*, pág. 31.

transitorio que lleve a cabo una conducta de favorecimiento de la inmigración clandestina con ánimo de lucro, en la que el sujeto pasivo tenga 17 años. le corresponderá una pena de prisión de 15 a 18 años que podrá elevarse hasta los 27 años (apartados 1º/2º/4ª). Resulta absolutamente desproporcionada la pena en base a la gravedad del delito cometido.

A la vista de ello, es preciso seguir teniendo en cuenta la llamada a la mesura contenida en la *Circular 2/2006*: “debe tenerse presente que se ha producido en este ámbito una expansión en cuanto a las conductas típicas y un endurecimiento de la respuesta penal, por lo que los Sres. Fiscales deberán atemperar su actuación asumiendo líneas exegéticas orientadas al respeto de las garantías y principios del Derecho penal, en especial el principio de responsabilidad por el hecho, el principio de culpabilidad y el principio de proporcionalidad, ajustando la entidad de las penas en función del hecho cometido”⁶⁴.

La única vía para evitar una pena semejante —de la entidad del homicidio y asesinato— es aplicar la rebaja en un grado que permite el apartado 5. Esta “absurda medida, esto es, agravar para luego atenuar” denota la alegría legislativa a la hora de imponer penas que, a primera vista son crueles y susceptibles de ser declaradas inconstitucionales por incompatibles con el art. 15 de la Constitución⁶⁵.

V. Trata de seres humanos

1. Normativa internacional

En cuanto a las conductas, en el *Protocolo contra la Trata*⁶⁶, en la derogada *Decisión Marco 2002/629/JAI*, y en el *Convenio del Consejo Europa contra trata seres humanos*, de

64 Pág. 27.

65 QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español. Parte especial*, Barcelona, 2008, pág. 819.

66 Ratificado por España el 21 de febrero de 2002, entró en vigor el 25 de diciembre de 2003.

2005⁶⁷ se definen alternativamente como actividades delictivas constitutivas de trata de personas: la captación, contratación, el transporte, el traslado, la acogida, el alojamiento y la recepción de personas. La *Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011*⁶⁸ ha añadido el intercambio o la transferencia de control sobre estas personas.

Respecto de los medios comisivos, se enumeran alternativamente el uso de la coacción u obligación, fuerza, amenaza, raptó, engaño o fraude, abuso de poder o autoridad o de situación de vulnerabilidad, y el conceder o recibir pagos o beneficios para conseguir el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona.

En lo que se refiere a las finalidades, a la de explotación laboral o sexual por todos los textos citada, añaden el *Protocolo contra la Trata, el Convenio del Consejo de Europa* y la *Directiva 2011/36/UE* la extracción de órganos. Esta última enumera otras dos modalidades de explotación: para realizar actividades delictivas y de la mendicidad.

Los cuatro textos establecen que, tratándose de un menor, esas actividades se considerarán “trata de personas” incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados.

Llama la atención la limitación contenida en el art. 4 del *Protocolo contra la Trata* en cuanto a su ámbito de aplicación: únicamente a delitos de carácter *transnacional* y que supongan la participación de un *grupo delictivo organizado*. No se contempla esta restricción en los otros tres documentos, estableciendo expresamente el *Convenio del Consejo de Europa* en su art. 2 que “se aplicará a todas las formas de trata de seres humanos, nacionales o transnacionales, relacionadas o no con la delincuencia organizada”.

67 Ratificado por España el 1 de agosto de (BOE de 10 de septiembre de 2009).

68 Que ha derogado la *Decisión Marco 2002/629/JAI*.

2. En el Código Penal español

Desde la *LO 11/2003*⁶⁹ se incriminó en el art. 318 bis, además del favorecimiento del tráfico ilegal, el de la inmigración clandestina de personas. Siendo el propósito de estas conductas ilícitas la explotación sexual de las personas, la pena se veía agravada⁷⁰. La protección penal quedaba limitada a los casos en los que las víctimas fueran desplazadas *desde, en tránsito o con destino a España* y en la reforma de 2007 se amplió a los supuestos en que las víctimas tuvieran como destino cualquier *otro país de la Unión Europea*.

Así pues, el art. 318 bis CP ha venido regulando de forma uniforme una modalidad de la trata de seres humanos (con fines de explotación sexual) y la inmigración clandestina, unificando las dos realidades criminológicas, en contra de lo dispuesto en la normativa internacional. Esta confusión ha supuesto la atribución a la trata de mujeres con fines de explotación sexual de un sentido transfronterizo, de manera que se exigía que la víctima hubiera cruzado la frontera, cuando contrariamente a lo establecido en el art. 318 bis C.P., en la normativa internacional no se recoge tal exigencia —salvo en el *Protocolo contra la Trata*⁷¹—, sino que los elementos clave de la infracción se centran más en el objetivo de la explotación⁷².

Con la reforma operada por *LO 5/2010* se procede a la creación del Título VII bis, denominado “De la trata de seres humanos” con un único artículo: el 177 bis, que tipifica un delito

69 *De 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*

70 Esta reforma suprimió la modalidad específica de tráfico para la explotación sexual del art. 188.2, a la vez que se introdujo un tipo cualificado de tráfico de personas en atención a esta finalidad en el apartado 2 del art. 318 bis, aunque con una diferencia respecto del art. 188: se limitaba a la protección de extracomunitarios.

71 El art. 4 del *Protocolo contra la Trata* circunscribe su ámbito de aplicación a delitos de carácter transnacional.

72 FISCALÍA SUPERIOR DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA, *Protocolo de actuación institucional ...*, 2008, pág. 3.

en el que prevalece la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren. Es importante destacar que no estamos ante un delito que pueda ser cometido exclusivamente contra personas extranjeras, sino que abarcará todas las formas de trata de seres humanos⁷³. Aquí reside uno de los aspectos positivos de esta reforma, en la ampliación del marco de víctimas, incluyendo a las españolas y comunitarias. También resulta afortunado que en un mismo precepto se vean reflejadas otro tipo actividades constitutivas de trata: la imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre o a la mendicidad y la extracción de sus órganos corporales.

Como ha puesto de manifiesto en la Exposición de Motivos, “el tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina que contenía el artículo 318 bis resultaba a todas luces inadecuado, en vista de las grandes diferencias que existen entre ambos fenómenos delictivos. La separación de la regulación de estas dos realidades resulta imprescindible tanto para cumplir con los mandatos de los compromisos internacionales como para poner fin a los constantes conflictos interpretativos”.

*El Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del código penal*⁷⁴ consideró que “en términos generales el artículo 177 bis del Anteproyecto se ajusta escrupulosamente a las exigencias de los Convenios internacionales suscritos por España en relación con la trata de seres humanos. En concreto, podría afirmarse que realiza una transposición casi literal de los mandatos contenidos en el *Convenio del Consejo de Europa para la lucha contra el tráfico de seres humanos*, completada con algunas precisiones provenientes de la *Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo de 19 de julio de 2002*”.

73 Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010.

74 CONSEJO FISCAL, *Informe del sobre el Anteproyecto...*, pág. 85.

2.1. Tipo básico

Establece el apartado 1 del art. 177 bis:

“Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, la captare, transportare, trasladare, acogiere, recibiere o la alojare con cualquiera de las finalidades siguientes:

- a) La imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre o a la mendicidad.*
- b) La explotación sexual, incluida la pornografía.*
- c) La extracción de sus órganos corporales.”*

2.1.1. Conductas y medios comisivos

La reforma ha recogido casi todas las conductas a las que hacen referencia los instrumentos internacionales. No están en cambio “la oferta o la aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra con fines de explotación”⁷⁵, el intercambio o la transferencia de control sobre estas personas⁷⁶ que son captadas, trasladadas, recibidas, etc. Tampoco, la “contratación” a la que alude el *Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos*⁷⁷, pero puede entenderse comprendida en la “captación”⁷⁸.

La captación y la recepción marcan el momento inicial y final de la trata como delito de tracto sucesivo. La *captación* debe ser entendida como el vencimiento de la voluntad de la víctima que

75 La contienen todos los textos.

76 En la Directiva 2011/36/UE.

77 Art. 4.a).

78 PEREZ CEPEDA, A., “Lección XVII. De la trata de seres humanos”, en GÓMEZ RIVERO, M^o C., *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial*, Madrid, 2010, pág. 304.

determina la introducción de la persona traficada en el ámbito de dominio del traficante o explotador. Esta pérdida de la capacidad de autodeterminación puede tener lugar, bien por medios físicos idóneos (detención ilegal...), bien con medios intimidatorios, mecanismos fraudulentos o abuso de situaciones de necesidad o vulnerabilidad. Es posible, desde luego, que el abuso de situación de vulnerabilidad o necesidad se produzca después de los primeros actos de captación (víctima extranjera atraída con la apariencia de contrato legal, sometida más tarde abusando de su situación irregular, falta de arraigo, necesidad de pagar la deuda contraída con el explotador para costear el viaje, etc). También se dan casos de coacción diferida, mediante amenazas con causar mal a la víctima o a su familia una vez en el lugar de destino. Pero en todos estos casos es preciso que concurra un fraude o engaño en el acto inicial de la captación⁷⁹.

Recepción supone la entrega de la persona traficada a efectos de ser explotada. *Transporte y traslado* deben ser entendidos en términos amplios, como toda conducta que facilite el desplazamiento al lugar de explotación. Caben supuestos de traslado voluntario de la víctima, conseguido previo engaño, en cuyo caso será suficiente a efectos de considerar el traslado con acto independiente de la captación previa la facilitación del traslado con medios económicos o materiales. *Alojamiento y acogimiento* son conductas que parecen solaparse. No deben confundirse con la acogida que se produce con posterioridad a la recepción de la víctima por el explotador, ya que este acto pone fin a la trata y la acogida o alojamiento en este acto será una conducta posterior (incluida en el ámbito propio del delito constitutivo de la explotación). Se pueden interpretar estas expresiones como la provisión de medios de subsistencia preordenados a la entrega de la víctima como mercancía, preservando su “valor de mercado”⁸⁰.

79 BENÍTEZ PÉREZ-FAJARDO, F.G., “El delito de trata de personas”, págs. 71-78.

www.mjusticia.es

80 Ibid.

2.1.2. Elementos del tipo subjetivo

El art. 177 bis recoge las finalidades de explotación previstas en el *Protocolo de Palermo, Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos* y en la *Decisión Marco 2002/629/JAI*.

El tipo exige un doble elemento subjetivo concretado en la intención dolosa del sujeto que excluye las formas imprudentes pero no así del dolo eventual y el elemento subjetivo tendencial consistente en la imposición de condiciones de trabajo, explotación sexual o extracción de órganos. El dolo puede ser inicial o subsiguiente, de suerte que, aunque inicialmente el sujeto no tuviera la intención de explotar, si con posterioridad el sujeto dirige su acción a la consecución de cualquiera de los fines definidos en el precepto, se cometerá el delito aunque inicialmente no fuera ésa su voluntad (STSS 1335/2009, de 1 de diciembre y 755/2008, de 26 de noviembre)⁸¹.

De todos los supuestos de explotación enumerados en el art. 177 bis, los medios de comunicación dan más a menudo cuenta de la de índole sexual. La Memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente al año 2009 señala que se presentaron 25 escritos de acusación durante 2009 por delitos de explotación sexual, lo que representó un aumento del 19,04 por 100 en relación con los formulados el año anterior. Asimismo, se encontraban en tramitación instructora 68 procedimientos, y fueron archivadas o sobreseídas otras 19 causas. Igualmente fueron notificadas 18 sentencias (dos más que el año anterior), de las que 7 (38,8 por 100) resultaron absolutorias⁸².

La mendicidad forzosa debe entenderse como “una forma de trabajo o servicio forzoso según la definición del *Convenio n° 29 de la OIT, relativo al trabajo forzoso u obligatorio*, de 1930. Por lo tanto, la explotación de la mendicidad, incluido el uso en

81 JUANES PÉREZ, A., *op. cit.*, pág. 5.

82 FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria de 2009*, 2010, pág. 853. www.fiscal.es

la mendicidad de una persona dependiente víctima de la trata sólo se incluye en el ámbito de la definición de trata de seres humanos cuando concurren todos los elementos del trabajo o servicio forzoso. Habida cuenta de la jurisprudencia pertinente, la validez del posible consentimiento para llevar a cabo tal trabajo o servicio debe evaluarse en cada caso. Sin embargo, cuando se trata de un menor, el posible consentimiento no debe considerarse válido⁸³. La inclusión de la mendicidad en el tipo supone un anticipo a las futuras obligaciones europeas, pues tal finalidad figura en la *Directiva 2011/36/UE*⁸⁴.

La extracción de órganos constituye una práctica que puede estar relacionada con el tráfico de órganos y constituye una grave violación de la dignidad humana y de la integridad física⁸⁵. La *LO 5/2010* ha introducido en el CP un nuevo delito (156 bis) destinado a sancionar el tráfico ilícito de órganos humanos, así como el trasplante de los mismos. Se incluyen en el tipo otras conductas periféricas, anteriores o concomitantes o posteriores a la extracción misma. Incomprensiblemente la trata de seres humanos para la extracción de órganos no fue recogida por la *Decisión Marco 629 JAI*, laguna que ya fue subsanada en la *Propuesta de Directiva* y que finalmente se ha plasmado en la *Directiva 2011/36/UE*⁸⁶.

La «explotación de actividades delictivas» no se encuentra entre las finalidades de la explotación a las que se refiere el art. 177 bis, lo que puede implicar una necesaria reforma en el Código Penal en un futuro cercano. Establece la Directiva que ha de entenderse como “como la explotación de una persona para que cometa, por ejemplo, carterismo, hurtos en comercios, tráfico de estupefacientes y otras actividades similares que están castigadas con penas e implican una ganancia económica”⁸⁷.

83 *Directiva 2011/36/UE*, Considerando (11).

84 Art. 2.3.

85 Considerando (5).

86 Art. 2.3.

87 *Directiva 2011/36/UE*, Considerando (11).

Señala la *Directiva* en su considerando que en la definición de trata se incluyen también “otras conductas como, por ejemplo, la adopción ilegal o los matrimonios forzados, en la medida en que concurren los elementos constitutivos de la trata de seres humanos⁸⁸”, aunque estas modalidades no están expresamente citadas en el artículo.

2.1.3. Supuestos de irrelevancia del consentimiento

Dispone el apartado 3 del art. 177 bis que el consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante si se ha empleado violencia, intimidación o engaño, o se haya abusado de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad. Esta advertencia también la encontramos en el *Protocolo contra la Trata*⁸⁹, en la *Decisión marco 2002/629/JAI*, en el *Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos*⁹¹, y en la *Directiva 2011/36/UE*⁹².

Establece el apartado 2 que incluso si no se recurre a ninguno de los medios enunciados, se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones indicadas en el apartado 1 cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación. Esta previsión está contenida en el *Protocolo contra la Trata*⁹³, en el *Convenio del Consejo de Europa*⁹⁴ y en la *Directiva 2011/36/UE*⁹⁵. También lo estaba en la derogada *Decisión marco 2002/629/JAI*⁹⁶. En todos ellos, tendrá consideración de niño toda persona menor de 18 años.

88 Considerando (11).

89 Art. 3.c)

90 Art. 1.2.

91 Art. 4.b)

92 Art. 2.4

93 Art. 3.c)

94 Art. 4.c)

95 Art. 2.5.

96 Art. 1.3.

2.1.4. Referencia al territorio

Se precisa en este precepto que la trata puede cometerse tanto “en España”, como “desde, en tránsito o con destino a ella”.

En el primer caso, toda la sucesión de hechos constitutivos de trata se realizan en territorio nacional.

La segunda referencia alude a que la víctima es captada en España para ser explotada en el extranjero. También puede suceder que el captador, desde España, entre en contacto por cualquier medio con la víctima, que se halla en el extranjero, para conseguir su explotación, bien en España o en otro país.

En tránsito por España alude a que puede realizarse en nuestro país alguna de las conductas intermedias entre la captación y la entrega para la explotación.

Con destino a España hace referencia a que en España se produce la recepción de la víctima y su entrega definitiva para ser explotada. Es la hipótesis más habitual.

Como se trata de un delito de tracto sucesivo, se establece una regla coherente con la naturaleza de tipo de mera actividad del delito, a efectos de determinar su consumación. Basta con que cualquiera de las conductas típicas se realice en España para que se entienda cometido el delito en territorio español⁹⁷.

La regla anterior sólo tiene una excepción: cuando España es el lugar de destino de la trata y no llega a producirse la entrada en territorio nacional. En estos supuestos el delito se ha cometido fuera de España, sin que se llegue a concretar la conducta que determina la activación de la jurisdiccional nacional conforme al criterio territorial. Para salvar este escollo la opción legislativa ha sido considerar la mera finalidad de explotación de la víctima en España como elemento suficiente para entender cometido el delito en nuestro país. De este modo, la trata con destino España es igualmente punible aunque no se haya realizado ningún acto

97 BENÍTEZ PÉREZ-FAJARDO, *op. cit.*, págs. 71-78.

típico en nuestro territorio. Esta extensión de la jurisdicción responde más a una finalidad preventiva o disuasoria que propiamente punitiva, siendo más lógico que en estos supuestos actúe la jurisdicción española tan sólo si no lo hace la del otro estado donde materialmente se ha cometido el delito. Para ello quizás hubiera sido oportuna la reforma del art. 23.4. f) de la *Ley Orgánica del Poder Judicial*, que actualmente se refiere al tráfico de personas y a la inmigración clandestina, para introducir la referencia a la trata⁹⁸. La *LO 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas*, que introdujo la competencia universal sobre estos delitos, se ajustó a los tipos penales vigentes en aquel momento, y el la trata de personas con fines de explotación sexual constituía una modalidad del tráfico de personas.

Pero antes de esta reforma de 2007, en la jurisprudencia se han plantearon dificultades para perseguir las conductas cuando policías españoles en funciones de salvamento habían interceptado embarcaciones procedentes del continente africano en aguas internacionales, sabiendo inequívocamente que esos inmigrantes irregulares se dirigían a España. Si se probaba que el desplazamiento de personas estaba orientado a la explotación sexual de los mismos, la jurisdicción de los tribunales españoles no ofrecía dudas, a la vista de la expresa previsión contenida en el art. 23.4. *Ley Orgánica del Poder Judicial*, conforme al que es competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como *delitos relativos a la prostitución*.

Más dudosos, como consecuencia de la falta de una previsión expresa en dicho precepto eran los supuestos en los que los actos de inmigración clandestina no estaban orientados hacia la explotación sexual.

98 *Ibid.*

Pese a que ya recayó también alguna resolución contraria a reconocer a España jurisdicción, la Fiscalía General del Estado consideró que debía mantenerse la tesis de la competencia de la jurisdicción española, en tanto no se consolidara en los tribunales la exégesis contraria⁹⁹. Al ser el tipo del art. 318 bis —recuérdese que en su apartado 2 se incriminaba la finalidad de explotación sexual— de consumación anticipada y de mera actividad, resultaba irrelevante que no se concluyera la operación por causas ajenas a la voluntad del agente¹⁰⁰. Debía entenderse consumado el delito aunque la interceptación del transporte se produjera antes de llegar a la costa española¹⁰¹.

El precepto apunta a una expansión de la jurisdicción de los tribunales españoles, pues cuando castiga al que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas *con destino a España*¹⁰² está atribuyendo competencia al orden penal español para perseguir hechos que comienzan a ejecutarse fuera de España siempre que pueda acreditarse que el destino final es nuestro país¹⁰³.

Además, aun cuando la conducta no se haya llegado a ejecutar en España, la persecución del delito relativo a la organización criminal dependerá de los criterios fijados en el art. 570 quáter³¹⁰⁴ que establece que “las disposiciones de este capítulo serán aplicables a toda organización o grupo criminal que lleve a cabo cualquier acto penalmente relevante en España, aunque se hayan constituido, estén asentados o desarrollen su actividad en el

99 FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 2/2006...*, pág. 33.

100 *Ibid.*, pág. 41.

101 *Ibid.*, pág. 42.

102 Recuérdese que conforme a la *Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas* serán también delictivos el tráfico o la inmigración clandestina que se lleven a cabo *con destino a otro país de la Unión Europea*.

103 FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 2/2006...*, pág. 33. Vid. acerca de esta cuestión MAYORDOMO RODRIGO, V., *op. cit.*, págs. 206-213.

104 Artículo 570 quáter.

extranjero”¹⁰⁵. A tal efecto, habrá que tener en cuenta el contenido del apartado 2: “cuando las conductas previstas en dichos artículos estuvieren comprendidas en otro precepto de este Código, será de aplicación lo dispuesto en la regla 4ª del art. 8.

2.2. Tipos agravados

Acertadamente, no hay ninguna referencia al ánimo de lucro por ser implícito a la trata. Para poder apreciar el abuso en el caso concreto, constituye un criterio útil lo que establecía al respecto la *Decisión marco 2002/629/JAI*¹⁰⁶: habrá abuso “cuando la persona no tenga una alternativa real y aceptable, excepto someterse al abuso”.

En los tres textos de ámbito europeo¹⁰⁷ a los que se viene haciendo referencia se contemplan como circunstancias que agravan la conducta: la pertenencia a organización delictiva y la puesta en peligro de la vida de la víctima de forma deliberada o por negligencia grave.

La circunstancias de especial vulnerabilidad de la víctima y el haber realizado la conducta típica mediante violencia grave o haber causado a la víctima daños particularmente graves estaban recogidas en la *Decisión marco 2002/629/JAI*¹⁰⁸ y se mantienen en la *Directiva 2011/36/UE*¹⁰⁹.

El ser el autor funcionario en ejercicio de sus funciones lo mencionan la *Directiva 2011/36/UE*¹¹⁰ y el *Convenio del Consejo*

105 BENÍTEZ PÉREZ-FAJARDO, *op. cit.*, págs. 71-78.

106 Art. 1.1.c).

107 Art. 3.2 de la *Decisión marco 2002/629/JAI*, art. 24 de la *Convención del Consejo de Europa* y art. 4.2.b) de la *Directiva 2011/36/UE*.

108 Art. 3.2.

109 Conforme al art. 4.2 de la *Directiva 2011/36/UE* se incluirán al menos a los menores. En la *Propuesta de Directiva* también se hacía referencia a “los adultos particularmente vulnerables como consecuencia de un eventual embarazo, de sus condiciones sanitarias o de discapacidad”.

110 Art. 4.3.

*de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos*¹¹¹. Y este último no contempla como cualificación de la especial vulnerabilidad sino el haber cometido la infracción contra un niño¹¹².

2.2.1. Por minoría de edad, especial vulnerabilidad y peligro para la víctima

Obliga el apartado 4 del Art. 177 bis CP a imponer la pena superior en grado a la prevista en el tipo básico cuando:

a) Con ocasión de la trata se ponga en grave peligro a la víctima;

b) la víctima sea menor de edad;

c) la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, discapacidad o situación.

Si concurre más de una circunstancia se impondrá la pena en su mitad superior.

Respecto de la primera agravación, señala la Directiva que el “grave peligro para la vida de la víctima” deberá ser apreciado cuando se haya generado “de forma deliberada o por imprudencia grave”¹¹³. Pero el art. 177 bis exige, en su parte subjetiva, conocimiento y voluntad de la puesta en grave peligro a la víctima, al menos en dolo eventual ya que no está tipificada la modalidad imprudente.

Tomando como referencia lo dispuesto en la nueva *Directiva 2011/36/UE*, “entre las personas particularmente vulnerables deben estar incluidos, al menos, los menores”¹¹⁴. “Otros factores que podrían tenerse en cuenta al evaluar la vulnerabilidad de una víctima son, por ejemplo, el sexo, el estado de gestación, el estado de salud y la discapacidad. Cuando la infracción sea particular-

111 Art. 24.

112 Art. 24.

113 Art. 4.a) de la *Directiva 2011/36/UE*

114 Art. 3.2.a)

mente grave, por ejemplo porque haya puesto en peligro la vida de la víctima o haya implicado violencia grave como la tortura, el consumo obligado de drogas o medicamentos, la violación u otras formas de violencia psicológica, física o sexual grave, o de otro modo haya causado un daño particularmente grave a la víctima, estas circunstancias deben reflejarse igualmente en una pena más severa¹¹⁵.

No se ha plasmado en este precepto la agravación de “haber realizado la conducta típica mediante violencia grave o haber causado a la víctima daños particularmente graves”. Sin embargo, esta causación de graves daños no queda impune ya que la conducta de trata entrará en concurso con el delito correspondiente en el que se concrete el grave daño causado, tal y como dispone el apartado 9 del art. 177 bis.

2.2.2. Otras agravaciones

Según el apartado 5, se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el tipo básico y también inhabilitación absoluta de seis a doce años a los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición *de autoridad*, agente de ésta o *funcionario público*. Si concurriera además alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en su mitad superior.

La pertenencia a *organización* o *asociación* de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades constituye otra agravación, conforme al apartado 6. De concurrir, se impondrá al culpable la pena superior en grado a la prevista en el tipo básico e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena. Si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en la mitad superior. Si concurriera la circunstancia prevista en

115 Considerando (12).

el apartado 5 de este artículo se impondrán las penas señaladas en este en su mitad superior.

Sobre este último motivo de agravación, la *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional* consideraba que podía considerarse “grupo delictivo organizado” un grupo estructurado de tres o más personas, con unas determinadas características¹¹⁶.

La recién aprobada *Directiva* de 2011 indica que servirá a los efectos de aplicación de esta circunstancia agravante lo dispuesto en la *Decisión marco 2008/841/JAI del Consejo, de 22 de octubre de 2008, sobre la lucha contra la delincuencia organizada*¹¹⁷: basta para que exista una organización delictiva un grupo estructurado de dos o más 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 material¹¹⁸. Considera “asociación estructurada” una organización no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito ni que necesite haber asignado a sus miembros funciones formalmente definidas, continuidad en la condición de miembro, o exista una estructura desarrollada¹¹⁹.

En la práctica, tal y como ha ido apreciando la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la existencia de una asociación u organización para delinquir supone algo más que el mero concierto de varias personas para la realización de una determinada infracción criminal. Es preciso que el acuerdo lleve a la formación de una estructura, siquiera sea elemental, en que haya una dirección y una jerarquía que planifique y conjunta las

116 Art. 2.

117 Art. 4.2.b)

118 Art. 1.1.

119 Art. 1.2.

diversas actividades de los miembros del grupo [STS 6/10/2003 (Nº 1306/2003)]¹²⁰.

Tras la reforma penal de junio de 2010, el art. 570.1 bis tipifica como delito autónomo la pertenencia a organización delictiva, incriminando a quienes promuevan, constituyan, organicen, coordinen o dirijan una organización criminal con la pena de prisión de cuatro a ocho años si aquella tuviere por finalidad u objeto la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de tres a seis años en los demás casos. Quienes participen activamente en la organización, formen parte de ella o cooperen económicamente o de cualquier otro modo con la misma serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años si tuviere como fin la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de uno a tres años en los demás casos. A tales efectos, organización criminal será la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos o reiteradas faltas. La comisión de delitos contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos supondrá que las penas se impongan en su mitad superior¹²¹.

Pero en los supuestos que nos ocupan, este precepto no se aplica, ya que aunque el art. 570 quáter¹²² dispone que si las conductas previstas en dichos artículos estuvieren comprendidas en otro precepto de este Código, será de aplicación lo dispuesto en la regla 4ª del art. 8, es decir, el precepto más grave¹²³ excluirá al que castigue el hecho con pena inferior.

120 FISCAL ESPECIALISTA EN EXTRANJERÍA, *op. cit.*, pág. 55.

121 Apartado 3.

122 Apartado 2.

123 En el delito de trata, la pertenencia a organización o asociación conlleva una pena mayor.

2.3. Penalidad

En base a lo dispuesto en su momento por la *Propuesta de Directiva*¹²⁴ y ahora por la *Directiva*¹²⁵, el tipo básico debe prever una pena máxima de al menos 5 años de privación de libertad. Ha de incrementarse el máximo de la pena hasta 10 años cuando el sujeto pasivo es funcionario público, o la víctima especialmente vulnerable, o se ha puesto deliberadamente en peligro su vida o por negligencia grave y también cuando el delito se ha cometido el en el marco de una organización criminal.

El art. 177 bis impone para el tipo básico una pena de prisión de entre 5 y 8 años. En el caso de que la víctima sea especialmente vulnerable o se ponga en peligro la vida de la víctima aumentará la pena, correspondiendo una de entre 8 años y un día a 12 años. Tratándose de una organización criminal, sin las agravantes específicas mencionadas, la pena sería también de entre 8 años y un día a 12 años, llegando a los 18 años si se trata del jefe o responsable de la organización. Se observa, por tanto, que el precepto no sólo respeta lo mínimos impuestos por la Propuesta de Directiva para las penas máximas, sino que son sobrepasados con una cierta holgura.

Teniendo en cuenta el elevado marco penal correspondiente al tipo básico, hubiera sido deseable que conforme al principio de proporcionalidad de las penas se introdujera una cláusula de atenuación facultativa de la pena. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto de alojamiento provisional frente a uno de transporte¹²⁶.

2.4. Responsabilidad de las personas jurídicas

Dispone el apartado 7 del art. 177 bis CP que “cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona

124 Art. 4.

125 Art. 4.

126 PEREZ CEPEDA, A., “Lección XVII. De la trata de seres humanos”, en GÓMEZ RIVERO, M^o C., *op. cit.*, págs. 303-310

jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa del triple al quíntuple del beneficio obtenido. Atendidas las reglas establecidas en el 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.

Se ha realizado una adecuada transposición de lo dispuesto en la *Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional*¹²⁷, en el *Convenio del Consejo de Europa*¹²⁸ en la *Directiva 2011/36/UE*¹²⁹ y en la derogada *Decisión marco 2002/629/JAI*¹³⁰.

2.5. Reincidencia internacional

Por aconsejarlo el art. 25 del *Convenio del Consejo de Europa*, establece el apartado 10 del art. 177 bis CP que “las condenas de jueces o tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza que los previstos en este artículo producirán los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español”.

2.6. Exención para la víctima por los delitos realizados

Es consustancial a su situación que la víctima de la trata se sienta constreñida por su captor; desaparece su libertad, está siendo sometida a explotación, se le ha desprovisto de documentación si es que la tuvo y si ha contraído deudas con los responsables de la trata se puede ver abocada a llevar a cabo conductas delictivas para saldarlas o tiene que llevarlas a cabo obligada por sus explotadores.

En la mayoría de los casos las víctimas son extranjeras ¿Qué consecuencias legales acarrea a un extranjero de la

127 Art. 10.

128 Arts. 22 y 23.

129 Arts. 5 y 6.

130 Arts. 4 y 5.

comisión de un delito? Para la Ley de Extranjería constituye causa de expulsión que el extranjero¹³¹ haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que, en nuestro país, sea sancionada con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que tenga cancelados los antecedentes penales¹³².

Por su parte, el Código Penal establece en el art. 89 la obligatoriedad de la expulsión del condenado a penas inferiores a seis años salvo que se considere existen razones que justifiquen el cumplimiento en territorio español¹³³. Además, operará la expulsión ante la imposición de cualquier pena privativa de libertad, cuando el condenado haya accedido al tercer grado o cumplido las tres cuartas partes de la condena, salvo que previa audiencia del Ministerio Fiscal y de forma motivada se aprecien razones que justifiquen el cumplimiento en España¹³⁴. Si la expulsión no pudiera llevarse a efecto, se ejecutará la pena originariamente impuesta o el período de condena pendiente, o a la aplicación de la suspensión de la ejecución de la misma o su sustitución en los términos del artículo 88¹³⁵.

La reforma de 2010 ha previsto —como consecuencia de la situación a la que se ve sometida— la posible comisión de delitos por parte de la víctima de la trata. El apartado 11 del art. 177 bis establece que quedará exenta de pena por las infracciones

131 No podrán ser expulsados os nacidos en España que hayan residido legalmente en los últimos cinco años, los residentes de larga duración y los que hayan sido españoles de origen y hubieran perdido la nacionalidad española.

d) Los beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional ocurridos en España, prestación por desempleo o asistencial.

e) El cónyuge del extranjero que se encuentre en alguna de las situaciones señaladas y que haya residido legalmente en España durante más de dos años, ni a sus ascendientes e hijos menores, o mayores con discapacidad.

132 Art. 57.2 LEX.

133 Apartado 1. Acerca de esta cuestión, vid. GARCÍA ARÁN, M., en CORDOBA RODA, J., GARCÍA ARÁN, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal. Parte General*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2011, pág. 735.

134 Apartado 5.

135 Apartado 6.

penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado.

Es claro el sentido político-criminal de esta medida, que está dirigida a la protección y a la rehabilitación y no a fomentar su persecución¹³⁶. Como establece la *Directiva 2011/36/UE*, debe protegerse a las víctimas de la trata de seres humanos contra el procesamiento o el castigo por actividades delictivas tales como el uso de documentación falsa o infracciones contempladas en la legislación sobre prostitución o inmigración que se hayan visto obligadas a cometer como consecuencia directa de ser objeto de la trata. El objetivo de esta protección es salvaguardar los derechos humanos de las víctimas, evitar una mayor victimización y animarlas a actuar como testigos en los procesos penales contra los autores. Esta salvaguarda no debe excluir el procesamiento o el castigo por infracciones que una persona haya cometido o en las que haya participado de forma voluntaria¹³⁷.

2.7. Actos preparatorios punibles

Consagra el apartado 8 del art. 177 bis CP la punición de la provocación, la conspiración y la proposición para cometer este delito. La pena será inferior en uno o dos grados a la que corresponde al delito consumado.

Comparando con otros títulos de nuestro Código Penal relacionados con la trata, se observa que en aquéllos los actos preparatorios no se castigan. Puede ser el caso de los “Delitos contra la libertad sexual e indemnidad sexuales”, “De la torturas y otros delitos contra la integridad moral” o de los delitos relativos a los “Derechos contra los ciudadanos extranjeros”, donde estaba

136 PEREZ CEPEDA, A., “Lección XVII. De la trata...”, en GÓMEZ RIVERO, M^a C., *op. cit.*, pág.10.

137 Considerando (14).

ubicada la protección contra la trata con fines de explotación sexual. La razón puede residir en que, al existir el delito de trata, las conductas en él contenidas —que son delitos autónomos— son al mismo tiempo el acto preparatorio de un posterior delito, por ejemplo, de la prostitución coactiva.

Esta previsión del legislador español no encuentra respaldo en la normativa internacional sobre la materia. Así, la *Directiva 2011/36/UE* exhorta a incriminar “la inducción, la complicidad o la tentativa”¹³⁸ y el *Convenio del Consejo de Europa* se limita a la complicidad y la tentativa¹³⁹.

Tras la introducción en el Código Penal del tráfico de personas, algunos entendieron que no se trataba más que de un acto preparatorio de una posterior explotación, criticándolo por el adelantamiento de barreras de la punibilidad que suponía. En la actualidad está sentada la opinión de que se trata de un hecho con autonomía propia¹⁴⁰. Pero en la práctica, la delimitación entre estos actos, la tentativa y la consumación resultará en muchos casos problemática, por la propia amplitud de las conductas descritas en el tipo que hace que se desdibujen los contornos dichas figuras.

2.8. Responsabilidad penal del cliente

Como ha puesto de manifiesto el Informe del Consejo Fiscal¹⁴¹, el *Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos* establece que “las Partes deberán prever la adopción de las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para conferir el carácter de infracción penal, con arreglo a su *legislación interna*, al hecho de utilizar los servicios que son objeto de la explotación contemplada en el artículo 4 apartado a del presente Convenio con conocimiento de que la persona en cuestión es víctima de la trata de seres humanos”¹⁴². También la

138 Art. 3.

139 Art. 21.

140 CUGAT MAURI, M., op. cit., pág. 162

141 CONSEJO FISCAL, Informe sobre el Anteproyecto..., pág. 100.

142 Art. 19.

Directiva 2011/36/UE exhorta a los Estados a sancionar penalmente ese uso de servicios, con objetivo de hacer más eficaz la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos desalentando la demanda¹⁴³. Esta tipificación podría incluir la conducta de los empleadores de nacionales de terceros países con residencia legal y de ciudadanos de la Unión¹⁴⁴.

La *Directiva 2009/52/CE* establece unas normas comunes mínimas sobre sanciones para los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular que, sin haber sido imputados o condenados por trata de seres humanos, hagan uso del trabajo o los servicios de una persona a sabiendas de que esta es víctima de dicha trata¹⁴⁵.

No es fácil resolver en la práctica esta cuestión respecto del denominado cliente de la explotación, sobre todo de la prostitución. Es innegable que sin la demanda de este tipo de servicios no habría un mercado de este particular producto¹⁴⁶. Pero se origina una gran controversia a la hora de decidir sobre su persecución, derivada no sólo de las distintas posiciones que socialmente se mantiene sobre ese fenómeno (abolicionismo, prohibicionismo, reglamentación), sino también por las dificultad de acreditar -a efectos de tipicidad- que tiene *conocimiento de que la persona en cuestión es víctima de la trata de seres humanos*¹⁴⁷.

2. 9. Cuestiones concursales

Como se ha expuesto *supra*, entre las agravantes específicas del art. 177 bis se advierte que falta la circunstancia de haber

143 Art. 18.4.

144 *Directiva 2011/36/UE*, considerando (26).

145 Arts. 3, 5, 7, 10 y 11.

146 Vid. sobre esta cuestión, SMITH, L., HEALY VARDAMAN, S., "The problem of demand in combating sex trafficking", *International Review of Penal Law*, 3º y 4º trim., 2010, pág. 609.

147 CONCLUSIONES DE LAS JORNADAS DE FISCALES ESPECIALISTAS EN EXTRANJERÍA celebradas en Baiona los días 4 y 5 de octubre de 2010. www.fiscal.es/cs

realizado la infracción empleando *violencia grave* o causando a la víctima *daños especialmente graves*, incluida en la derogada *Decisión Marco 2002/629/JAI*, que ha pasado a la *Directiva*.

Pero la causación de daños graves queda cubierta mediante la aplicación de la regla concursal contemplada en el apartado 9, que dispone que las penas previstas en este artículo “se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación”.

Con la reforma se ha visto en parte alterado lo previsto por el Anteproyecto de Reforma del Código Penal, aprobado el 14 de noviembre de 2008. En su apartado 9 se establecía: “Lo dispuesto en los apartados anteriores será de aplicación salvo que correspondiera mayor pena con arreglo a otro precepto de este Código. En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los delitos efectivamente cometidos”. Se observa que en el Anteproyecto no se hacía mención a un posible concurso con el art. 318 bis.

Si no existiera un tipo específico de trata, todas las conductas recogidas en el art. 177 bis podrían ser consideradas como actos preparatorios o supuestos de codelincuencia ligados al delito en que se materializa la explotación de la víctima (captación para la explotación sexual-cooperación necesaria a la prostitución). Para evitar esta insuficiente respuesta se ha acudido al artificio de los delitos mutilados en dos actos. El acto preparatorio pasa a ser considerado delito autónomo. El delito posterior pasa a ser elemento subjetivo del injusto del delito preparatorio. Este resultado se habría visto atenuado acudiendo a la teoría del concurso medial de delitos.

El legislador, consciente de la gravedad de la trata y de la necesidad de dar una respuesta penológica adecuada que actúe, además en el plano preventivo, ha optado por incluir una regla

concurral específica que supone el castigo separado de la trata y del delito constitutivo de la explotación¹⁴⁸.

El objetivo primordial del apartado 9 del art. 177 bis es dejar claro que el delito de trata de seres humanos no exige el resultado de la explotación de la víctima. Por ello, la efectiva explotación —en cualquiera de las modalidades enumeradas en el apartado 1— deberá ser castigados en concurso con la trata, así como con aquellos otros delitos que cometidos con ocasión de la comisión del delito de trata -precedentes, coetáneos o posteriores- no guarden una relación de consunción con los medios comisitos descritos en el ordinal primero¹⁴⁹.

La cuestión clave estriba en determinar qué clase de concurso es: ideal o real. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo se inclina por el real¹⁵⁰, lo que supone una considerable agravación de las penas, como ha sido puesto de manifiesto reiteradamente por la doctrina respecto de la anterior tipificación del art. 318 bis¹⁵¹.

En cuanto al número de sujetos pasivos, hay quien mantiene que sigue existiendo un solo delito aunque la trata recaiga sobre varias personas, en la medida en que la conducta se refiera globalmente a varias personas al mismo tiempo y se realice con la misma unidad de propósito y como forma de una misma operación¹⁵². Otros, en cambio consideran que, a diferencia del delito de inmigración clandestina, no es un delito colectivo, por lo tanto habrá un delito de trata del art. 177 bis CP por cada persona víctima del delito, al igual que ocurre con el delito de

148 BENÍTEZ PÉREZ-FAJARDO, F.G., *op. cit.*, págs. 71-78.

149 CONSEJO FISCAL, *Informe del sobre el Anteproyecto...*, pág. 100.

150 FISCAL ESPECIALISTA EN EXTRANJERÍA, FISCAL ESPECIALISTA EN EXTRANJERÍA, *op. cit.*, págs. 46-47. También PEREZ CEPEDA, A., “Lección XVII. De la trata de seres humanos”, en GÓMEZ RIVERO, M^a C., *op. cit.*, pág. 309.

151 Para un estudio pormenorizado de la doctrina y de la jurisprudencia, véase MAYORDOMO RODRIGO, V., *op. cit.*, págs. 144-154 y 260-261

152 MUÑOZ CONDE, F., MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 2010, pág. 208.

prostitución¹⁵³. Me inclino por la primera opción, pues a pesar de que el desvalor de resultado sea, indiscutiblemente, mayor cuantas más sean las personas objeto de trata, lo que hoy denominamos trata de personas con fines de explotación sexual ya estaba tipificado antes de la última reforma del Código Penal en el art. 318 bis.2 y en la práctica se consideraba que aunque fueran varias las personas afectadas, debía apreciarse un solo delito (SSTS 1059/2005, de 28 de septiembre; 605/2007, de 26 de junio; 152/2008, de 8 de abril;); 21/1/2009 (17/2009, de 21 de enero)]. Así lo establecía también la *Circular 2/2006, 27 de julio de 2006, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España*. Pudiéndose probar que se han llevado a cabo diversas operaciones separadas en el tiempo, sí cabe apreciar un concurso real de delitos¹⁵⁴.

2.9.1. Con el favorecimiento del tráfico ilegal o de la inmigración clandestina

Pueden surgir dudas acerca del tipo aplicable en el caso de que se realicen conductas de favorecimiento del tráfico ilegal o de la inmigración clandestina de personas con fines de explotación. Si las conductas del art. 318 bis fueran realizadas en la forma y con las finalidades previstas en el art. 177 bis, podría aplicarse este delito por ser ley especial, conforme a lo dispuesto en el art. 8, 1º.

Pero tras la reforma, esta opción parece descartada, a tenor de lo dispuesto en el apartado 9 del art. 177 bis. Tras la reubicación en preceptos y títulos distintos de la trata y del favorecimiento del tráfico ilegal o de la inmigración clandestina, se abre la posibilidad de concurso entre ambas figuras cuando coincidan en un mismo hecho. Es lo que sucede, por ejemplo, cuando además de

153 LAFONT NICUESA, L., “El delito de trata de personas e inmigración ilegal tras la reforma del Código Penal”, (sin publicar), pág. 3.

154 No cabría apreciar en tal caso la existencia de un delito continuado porque quedan exceptuados del mismo los bienes eminentemente personales, salvo el honor y la libertad sexual. En el delito de trata el bien jurídico protegido es, ante todo, la dignidad de las personas.

reducir al extranjero a objeto de comercio mediante el empleo de la violencia, etc. se contribuya a su entrada ilegal en el país.

No encuentro justificación para el concurso que se establece entre el 177 bis y el 318 bis. A pesar de que los bienes jurídicos protegidos en ambos preceptos sean distintos (en el primero prevalece la protección de la libertad y la dignidad de los sujetos pasivos que la sufren, y en el segundo, los derechos de los extranjeros y, sobre todo, el control por parte del Estado de los flujos migratorios¹⁵⁵) en las modalidades típicas de la trata de ningún modo queda excluido el hecho de que la víctima sea introducida ilegalmente en España. Más aún, la definición de trata contenida en el *Protocolo contra la Trata* ofrece serias dudas sobre si la trata de seres humanos puede abarcar la meramente doméstica o interior. El *Convenio del Consejo de Europa* fue taxativo e imperativo en lo relativo a que su ámbito de aplicación: no debe quedar limitado a la delincuencia organizada “transnacional”¹⁵⁶. De lo que se deduce que la característica de “transnacionalidad” no es un *plus*, sino que puede ser inherente a la trata.

Refuerza esta convicción el hecho de que la *Decisión marco 2002/946/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, tránsito y estancia irregulares*, y la *Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002 destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares*, han sido elaboradas para complementar el resto de los instrumentos comunitarios dictados en prevención de la trata de personas, ya que el cruce irregular de la frontera puede servir para alimentar las redes de explotación de seres humanos.

Las conductas enumeradas en el delito de trata introducido en nuestro Código Penal están vinculadas al tráfico de personas¹⁵⁷.

155 Vid. las diferentes opiniones al respecto en MAYORDOMO RODRIGO, V., *El delito de tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas*, Madrid, 2008, págs. 97-100.

156 Art. 2.

157 PEREZ CEPEDA, A., “Lección XVII. De la trata de seres humanos”, en GÓMEZ RIVERO, M^o C., *op. cit.*, pág. 304.

Traficar con personas suponer comerciar ilícitamente con ellas, ésta es una de las modalidades típicas del art. 318 bis y puede constituir el paso previo a la explotación. Cuando el legislador, en el art. 177 bis, utiliza las expresiones “captar, transportar, trasladar, acoger, recibir” ¿puede afirmarse que está excluyendo la posibilidad de un desplazamiento entre países en condiciones ilegales? Entiendo que no.

Debido al corto periodo de tiempo transcurrido desde la reforma del Código Penal, en el momento de cerrar estas líneas no existe jurisprudencia al respecto, pero es previsible y deseable que ésta sea la interpretación por la que opten los tribunales.

2.9.2. Con la efectiva explotación sexual

La prostitución coactiva (artículo 188 CP¹⁵⁸) es sólo una de las formas en que puede manifestarse la explotación sexual.

158 Art. 188 CP:

1. El que determine, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, será castigado con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de 12 a 24 meses. En la misma pena incurrirá el que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma.
2. Si las mencionadas conductas se realizaran sobre persona menor de edad o incapaz, para iniciarla o mantenerla en una situación de prostitución, se impondrá al responsable la pena de prisión de cuatro a seis años.
3. El que lleve a cabo la conducta prevista en el apartado anterior, siendo la víctima menor de trece años será castigado con la pena de prisión de cinco a diez años.
4. Se impondrán las penas previstas en los apartados anteriores en su mitad superior, en sus respectivos casos, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:
 - a) Cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. En este caso se aplicará, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.
 - b) Cuando el culpable perteneciere a una organización o grupo criminales que se dedicaren a la realización de tales actividades.
 - c) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.

A través de su incriminación se combate cualquier actividad de trata dirigida a imponer conductas sexuales contra la voluntad de la víctima, ya impliquen la realización de relaciones sexuales completas como de otra naturaleza (actividades de alterne, masajes eróticos, pornografía, espectáculos exhibicionista, etc.). Ello ha sido reconocido por el Tribunal Supremo, al interpretar el artículo 318 bis.2 en su anterior redacción (inmigración con fines de explotación sexual), cuando afirma que la participación en espectáculos de contenido erótico, o la elaboración de material pornográfico, que son finalidades que darían vida a la expresada agravación específica, ... sin embargo, no podrían subsumirse bajo la tipicidad del art. 188.1 del Código Penal (STS 651/2006, de 5 de junio)¹⁵⁹.

Del contenido del apartado 9 del art. 177 bis se desprende que, si tras la entrada o el desplazamiento en el país con finalidades de explotación, se hiciera efectiva una de las formas de explotación a las que se orienta la trata —por ejemplo, la ulterior prostitución forzada— podría apreciarse un tercer delito en concurso con los anteriores. Puede resultar paradójico que la modalidad consumada —la efectiva explotación sexual— se sancione con una pena inferior¹⁶⁰ a la fase anterior preparatoria de la explotación sexual, que ahora, en el art. 177 bis supone una pena, inicialmente, de 5 a 8 años de prisión.

Y si fueran varias las víctimas de prostitución coactiva ¿podría apreciarse la continuidad delictiva del art. 74 CP? A tenor del mismo, quedan exceptuadas “las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad sexual; en tales casos se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva.

5. Las penas señaladas se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las agresiones o abusos sexuales cometidos sobre la persona prostituida.

159 CONSEJO FISCAL, *Informe del sobre el Anteproyecto...*, pág. 95.

160 Prisión de 2 a 4 años y multa de 12 a 24 meses.

La jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo se ha pronunciado reiteradamente: la aplicación de la continuidad delictiva en delitos contra la libertad sexual no cabe por regla general. Al ser la libertad sexual un bien jurídico de titularidad individual, habrá tantos delitos cometidos como sujetos¹⁶¹.

Y puesto que el apartado 5 del artículo 188 establece que *las penas se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las agresiones o abusos sexuales cometidos sobre la persona prostituida* se plantea la posibilidad de que entre en concurso con un cuarto delito.

El fundamento del art. 188 reside en hacer tomar a una persona —a través de diversos medios— la resolución de ejercer la prostitución o a mantenerse en ella. Si el sujeto activo determinase, por los medios descritos en el art. 188 a otra persona a mantener contactos sexuales con los elementos propios del delito de agresión sexual o abuso sexual, serían de aplicación el art. 178 y siguientes o el art. 181 y ss. respectivamente, en concurso con el art. 188. Sería el caso de quien, ejerciendo la prostitución, se niega a mantener una concreta relación sexual con algún cliente que ella rechaza, siendo obligada coactivamente por su proxeneta a realizar ese concreto contacto sexual. No puede estimarse que la genérica mengua de libertad sexual para el sometimiento a la actividad en que consiste la prostitución sea la misma que la que en el caso concreto se proyecta para el mantenimiento de una concreta conducta sexual punible¹⁶².

De modo que, en virtud del apartado 9, el infractor puede hacerse merecedor de la pena correspondiente al favorecimiento de la entrada ilegal (318 bis), de la trata con fines de explotación sexual (177 bis), de la efectiva explotación (188) y abusos o agresiones concretos sobre la persona prostituida (188.5º). Este disparatado resultado sólo se vería atemperado por la regla 1ª

161 FISCAL ESPECIALISTA EN EXTRANJERÍA, *op. cit.*, pág. 24.

162 MORALES PRATS, F.; GARCÍA ALBERO, R., en QUINTERO OLIVARES, G., (Director), MORALES PRATS (Coordinador), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Pamplona, 2009, págs. 346-347.

del art. 76: el máximo de cumplimiento efectivo de la condena no podrá exceder del triple del tiempo por el que se imponga la más grave de las penas.

¿Cómo se han resuelto estos supuestos antes de la reforma? La Jurisprudencia —en aplicación del art. 318 bis. 2 (inmigración clandestina o tráfico de personas con fines de explotación sexual)— se ha inclinado también por la tesis del concurso real¹⁶³, estimando que esta agravación no abarcaba todo el desvalor de la conducta, al no exigirse la producción de la efectiva de prostitución dominada por el sujeto activo del delito, como así ocurre en el art. 188.1 CP¹⁶⁴. Nótese que esta solución es menos grave que la que permite la actual cláusula concursal, al añadir también un posible concurso entre el 177 bis y el art 318 bis.

Pero alguna opinión discrepante ha mantenido que “... favorecer la entrada ilegal o clandestina para el ejercicio de la prostitución tiene una mención específica que claramente se impone por el principio de especialidad en el artículo 318 bis. 2 del Código Penal, que entra en concurso normativo con el artículo 188.1 que se resolverá con arreglo al principio de absorción (artículo 8. 3º del Código Penal) ya que el 318 bis 2, abarca la totalidad de la conducta imputada y además por aplicación de la regla 4º de dicho precepto al establecer una penalidad mas grave”¹⁶⁵.

El *Pleno no jurisdiccional 24 de abril de 2007*¹⁶⁶ consideró que la conducta típica del art. 318 bis se consuma con la ejecución de actividades de promoción o favorecimiento o facilitación de la inmigración clandestina o del tráfico ilegal, con la agravante del apartado segundo cuando la finalidad de esas actividades fuera la explotación sexual. Para la consumación es bastante la ejecución de aquellas conductas con la referida finalidad, sin necesidad

163 FISCAL ESPECIALISTA EN EXTRANJERÍA, *op. cit.*, págs. 40, 41, 44, 46 y 47.

164 STS 651/2006, de 5 de junio.

165 *Voto particular que formula el magistrado D. José Antonio Martín Pallín a la sentencia resolutoria del recurso de casación nº 516/2004.*

166 Véase STS 380/2007, de 10 de mayo de 2007.

de un acto posterior, esto es, no es preciso que la explotación sexual llegue a tener lugar y ni siquiera que las víctimas hayan sido compelidas de alguna forma a prestarse a ello. Por su parte, la conducta típica contenida en el art. 188.1 requiere la ejecución de actos que determinen a una persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella. Se trata de una conducta necesariamente posterior e independiente de la relativa a la promoción de la inmigración clandestina o del tráfico ilegal de personas, aún cuando ésta se realice con la finalidad de explotación sexual.

La Jurisprudencia ha admitido también el concurso entre el 318 bis.2 (en su redacción anterior a la reforma de 2010), la prostitución coactiva y la detención ilegal¹⁶⁷. Normalmente, y como sucede en otros tipos delictivos, la dinámica comisiva del delito de determinación coactiva de una persona al mantenimiento en la prostitución, conlleva necesariamente una cierta restricción deambulatoria. En consecuencia, la necesidad de respetar la prohibición del “bis in ídem” así como la aplicación del principio de especialidad, nos lleva a estimar que el delito de determinación coactiva a la prostitución abarca manifestaciones menores de restricción deambulatoria, con lo que no cabe sancionar también por detenciones ilegales¹⁶⁸.

Pero en el examen individualizado, caso a caso, pueden encontrarse supuestos en los que sea apreciable un mayor grado de restricción ambulatoria que supera y excede al derivado de la prostitución coactiva. En tal caso ha de mantenerse la existencia de un delito de detención ilegal, autónomo¹⁶⁹. Tal autonomía puede existir en casos en los que las personas que explotan la prostitución ajena tienen un control permanente sobre su víctima, compatible con una mínima capacidad ambulatoria que no es libertad ambulatoria *strictu sensu* por referirse a personas extranjeras a las que se ha retirado la documentación y carecen de dinero. “En estos

167 FISCAL ESPECIALISTA EN EXTRANJERÍA, *op. cit.*, pág. 40.

168 *Ibid.*

169 MAYORDOMO RODRIGO, V., *op. cit.*, pág. 153 ss.

casos existe un *plus* de control sobre la mujer —que suele ser la víctima—, que excede y con mucho el necesario para su actividad como prostituta. Aparece el ataque a otro bien jurídico distinto, cual es el de la libertad ambulatoria”¹⁷⁰.

VI. Conclusiones

En octubre de 1999, en Tampere (Finlandia) el Consejo Europeo instó al establecimiento de un marco penal común de ámbito europeo relativo a la lucha contra la trata de seres humanos, que previera sanciones rigurosas para este grave delito. A partir de esa fecha se incrementaron las iniciativas a nivel nacional y regional para llevarlo a cabo.

A lo largo de la última década, España ha ido adaptando —con mayor o menor acierto— su legislación interna a las obligaciones derivadas de las normas internacionales en la materia. A través de diversas reformas se fueron multiplicando y solapando los diversos tipos de tráfico de personas. El proceso se inicia con la *Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril*, que añadió en el apartado 2 del art. 188 CP una modalidad de tráfico con el propósito de explotación sexual, que se solapó con el tráfico de trabajadores.

Al poco, a través de la *Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social* se introdujo el nuevo Título XV bis referido a los “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros” con un único artículo: el 318 bis, en el que se incriminaban conductas de apoyo al *tráfico ilegal* de personas, restringiendo el ámbito de protección a los extranjeros.

La *LO 11/2003 de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*, en un intento de adaptación del ordenamiento español a los postulados de la Unión Europea, surgidos del Consejo de Tampere, pretendió realizar una transposición

170 *STS 1461/2005, de 25 de noviembre de 2005*. En este sentido, ficha fiscalía pág. 40

de textos internacionales relativos a la inmigración clandestina, al tráfico ilegal y a la trata de seres humanos al derecho interno. Suprimió la modalidad específica de tráfico para la explotación sexual del art. 188.2, a la vez que introdujo en el apartado 2 del art. 318 bis un tipo cualificado de tráfico de personas en atención a esta finalidad, aunque con una diferencia respecto del art. 188: se limitaba a la protección de extracomunitarios.

Además incluyó en el art. 318 bis como modalidad típica el favorecimiento de la *inmigración clandestina*. Y de ello resultó una regulación confusa y uniforme de dos realidades criminológicas diferentes: la trata de seres humanos (en el apartado 2) y la inmigración clandestina, en contra de lo dispuesto en la normativa internacional, pues tanto los últimos Convenios suscritos por España sobre la materia en el ámbito de Naciones Unidas como las normas vinculantes para los Estados miembros emanadas de la Unión Europea han distinguido ambas entidades delictivas sobre la base de la distinta naturaleza y trascendencia de los bienes jurídicos afectados por cada uno de esos delitos.

En ese proceso de adaptación, España se ha hecho merecedora de un fallo condenatorio por parte del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de la Comunidades Europeas, en sentencia de 14 de mayo de 2009, por incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud de la *Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes*, al no haber adoptado todas las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a dicha Directiva y al no haber comunicado a la Comisión las disposiciones de Derecho interno que supuestamente contribuyen a llevar a efecto tal conformidad.

Finalmente, ha sido en la reforma penal de 2010, cuando nuestro derecho interno acaba adaptándose a los dictados de las normas internacionales sobre inmigración clandestina, tráfico y

trata de seres humanos. Hasta ese momento, la regulación española se ha caracterizado por su falta de claridad. Como ha reconocido la Exposición de Motivos de la *LO 5/2010, de 22 de junio*, “el tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina que contenía el artículo 318 bis resultaba a todas luces inadecuado, en vista de las grandes diferencias que existen entre ambos fenómenos delictivos. La separación de la regulación de estas dos realidades resulta imprescindible tanto para cumplir con los mandatos de los compromisos internacionales como para poner fin a los constantes conflictos interpretativos”.

Sin embargo, considero que la actual regulación no satisface todas las expectativas de taxatividad, certeza y proporcionalidad.

El delito de favorecimiento del tráfico ilegal o de la inmigración clandestina (art. 318 bis):

- Está dotado de carácter transnacional. No puede ser cometido respecto de ciudadanos de la Unión Europea. Para su apreciación, es indiferente cual haya sido el menor o mayor número de inmigrantes transportados.
- Al mantenerse idéntica definición que antes de la reforma, se pueden hacer las mismas observaciones críticas que se hacían anteriormente: excesiva amplitud del concepto de autor y confusión entre consumación y formas de imperfecta ejecución.
- El art. 54.1.b) de la Ley de Extranjería incrimina conductas muy parecidas a las del primer apartado del art. 318 bis por lo que resulta necesario acotar el respectivo campo de aplicación, ante todo por la diferente sanción que conlleva la aplicación de una u otra normativa. En el primer caso, prisión de 4 a 8 años, incluso cuando no concurre ánimo de lucro. En el segundo, existiendo ánimo de lucro, multa o expulsión del territorio nacional si el infractor fuera extranjero.
- Teniendo en cuenta que en este precepto se incrimina la ayuda a la entrada ilegal en España o el hacer negocio

de ello -aunque en ocasiones ello sea la antesala de la explotación-, la gravedad de la pena que se puede alcanzar en virtud de determinadas circunstancias es extrema y desproporcionada. Ya lo advertía a la Fiscalía General del Estado en la *Circular 2/2006, 27 de julio de 2006, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España* y llamaba a los fiscales a “atemperar su actuación asumiendo líneas exegéticas orientadas al respeto de las garantías y principios del Derecho penal, en especial el principio de responsabilidad por el hecho, el principio de culpabilidad y el principio de proporcionalidad, ajustando la entidad de las penas en función del hecho cometido”. La única vía para evitar una pena semejante es aplicar la rebaja en un grado prevista el apartado 5.

El delito de trata de personas (art. 177 bis):

- Pueden ser sujetos activos los españoles, comunitarios y extranjeros y no es consustancial a él la transnacionalidad.
- Resulta afortunado que en un mismo precepto se vean reflejadas diversas finalidades que integran la trata: además de la explotación sexual, la imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre o a la mendicidad y la extracción de sus órganos corporales. La finalidad de «explotación de actividades delictivas», recogida en la *Directiva 2011/36/UE* no se encuentra entre los objetivos de la explotación a los que se refiere el art. 177 bis, lo que puede implicar una necesaria reforma en el Código Penal en un futuro cercano.
- La reforma ha recogido todas las conductas a las que hacen referencia los instrumentos internacionales, menos “la oferta o la aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra con fines de explotación” y “el intercambio o la transferencia de control sobre

estas personas” que son captadas, trasladadas, recibidas o alojadas.

- Entre las agravantes específicas del art. 177 bis se advierte que falta la circunstancia de haber realizado la infracción empleando *violencia grave* o causando a la víctima *daños especialmente graves*, incluida en la derogada *Decisión Marco 2002/629/JAI*, que ha pasado a la *Directiva*. Pero la causación de daños graves queda cubierta mediante la aplicación de la regla concursal contemplada en el apartado 9.
- Consagra el apartado 8 del art. 177 bis CP la punición de la provocación, la conspiración y la proposición para cometer este delito. Esta previsión del legislador español no encuentra respaldo en la normativa internacional. En la práctica, la delimitación entre estos actos, la tentativa y la consumación resultará en muchos casos problemática por la propia amplitud de las conductas descritas en el tipo que hace que se desdibujen los contornos dichas figuras.
- En el apartado 9 está prevista una cláusula concursal: las penas “se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación”. Ésta plantea diversas cuestiones.
- No hay unanimidad en cuanto a la pluralidad de sujetos pasivos. Hay quien mantiene que sigue existiendo un solo delito aunque la trata recaiga sobre varias personas, en la medida en que la conducta se refiera globalmente a varias personas al mismo tiempo y se realice con la misma unidad de propósito y como forma de una misma operación. Otros, en cambio consideran que, a diferencia del delito de inmigración clandestina, no es un delito colectivo, por lo tanto habrá un delito de trata por cada persona víctima del delito, al igual que ocurre con el delito de prostitución.

- Resulta paradójico que la modalidad consumada de efectiva explotación sexual se sancione con una pena inferior (prisión de 2 a 4 años y multa de 12 a 24 meses) a la fase anterior preparatoria de la explotación sexual, que ahora, en el art. 177 bis supone una pena, inicialmente, de 5 a 8 años de prisión.
- No parece justificada la previsión concursal entre el art. 177 bis y el 318 bis, ya que en las modalidades típicas de la trata de ningún modo queda excluido el hecho de que la víctima sea introducida ilegalmente en España, como se desprende de la normativa internacional. Habrá que esperar qué deciden al respecto los tribunales.
- Teniendo en cuenta el elevado marco penal correspondiente al tipo básico, hubiera sido deseable que conforme al principio de proporcionalidad de las penas se introdujera una cláusula de atenuación facultativa de la pena. Piénsese, por ejemplo, en el un supuesto de alojamiento provisional frente a uno de transporte.
- El mantenimiento de penas tan altas, la equiparación típica de los actos preparatorios o de la tentativa con la consumación del delito y la asimilación de todas las formas de intervención en el hecho hacen peligrar, tanto en este delito como en el contenido en el art. 318 bis, principios político-criminales que parecían asentados.
- Debe preverse la adopción de las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para conferir el carácter de infracción penal al hecho de utilizar los servicios que son objeto de la explotación, en consonancia con lo dispuesto en el Convenio del Consejo de Europa y en las *Directivas 2009/52/CE* y *2011/36/UE*, teniendo en cuenta las dificultades que se presentarán para acreditar -a efectos de tipicidad- que el cliente o el empleador tiene *conocimiento de que la persona en cuestión es víctima de la trata de seres humanos*.

- En consonancia con lo dispuesto en la *Directiva 2011/36/UE* se protege a las víctimas de la trata de seres humanos contra el procesamiento o el castigo por actividades delictivas que se hayan visto obligadas a cometer como consecuencia directa de ser objeto de la trata. El apartado 11 ha previsto para ellas una exención de pena.

VI. Bibliografía

- AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Vivir en las sombras. Una introducción a los derechos humanos de las personas migrantes*, Madrid, 2006.
- BENÍTEZ PÉREZ-FAJARDO, F.G., “El delito de trata de personas”. www.mjusticia.es
- CONCLUSIONES DE LAS JORNADAS DE FISCALES ESPECIALISTAS EN EXTRANJERÍA CELEBRADAS EN BAIONA LOS DÍAS 4 Y 5 DE OCTUBRE DE 2010. www.fiscal.es/cs
- CONSEJO FISCAL, *Informe del sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, 2009.*
- CUGAT MAURI, M., “La trata de seres humanos: la universalización del tráfico de personas y su disociación de las conductas infractoras de la política migratoria (arts. 177 bis, 313, 318 bis)”, en QUINTERO OLIVARES, G., (dir.), *La Reforma Penal de 2010: análisis y comentarios*, Cizur Menor (Navarra), 2010, págs. 157-164.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Armonización penal en la Unión Europea”, *Studia Iuridica*, núm. 98, Boletim da Faculdade de Dereito, 2009.
- FISCAL ESPECIALISTA EN EXTRANJERÍA, *La trata de seres humanos, la inmigración clandestina y los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros: Síntesis de la jurisprudencia Sala 2ª del Tribunal Supremo.* www.fiscal.es

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO,

___ *Circular 1/2002, de 19 de febrero, sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del Fiscal en materia de extranjería.*

___ *Circular 2/2006, 27 de julio de 2006, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España.*

___ *Memoria de 2009, 2010.*

www.fiscal.es)

FISCALÍA SUPERIOR DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA, *Protocolo de actuación institucional sobre adopción de medidas de prevención, investigación y tratamiento a las mujeres víctimas de trata con fines de explotación sexual*, 2008.

GARCÍA ARÁN, M., en CÓRDOBA RODA, J., GARCÍA ARÁN, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal. Parte General*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2011.

JORNADAS DE FISCALES ESPECIALISTAS EN EXTRANJERÍA, Oviedo 15 y 16 de octubre de 2009.

www.fiscal.es/cs

JUANES PÉREZ, A., “El delito de trata de seres humanos en el Proyecto de Reforma del Código Penal de 1995”, *Actu- lidad Jurídica Aranzadi*, nº 803, 2010.

LAFONT NICUESA, L., “El delito de trata de personas e inmigración ilegal tras la reforma del Código Penal”, (sin publicar).

LLOVET ANGLÍ, M., “Delitos contra el orden público”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial. 3ª edición adaptada a la Ley Orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal*, Barcelona, 2011.

MAYORDOMO RODRIGO, V., *El delito de tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas*, Madrid, 2008.

___ “La pertenencia a organización delictiva en el tráfico ilegal de personas: colaboración en su desmantelamiento como alternativa a la expulsión”, *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº 21, 2007, págs. 273-298.

- MORALES PRATS, F.; GARCÍA ALBERO, R., en QUINTERO OLIVARES, G., (Director), MORALES PRATS (coordinador), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Pamplona, 2009, págs. 335-376.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 2010.
- PEREZ CEPEDA, A., “Lección XVII. De la trata de seres humanos”, en GÓMEZ RIVERO, M^a C., *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial*, Madrid, 2010, págs. 303-310.
- “Lección XVIII. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial*, Madrid, 2010, págs. 311- 320.
- PORTILLA CONTRERAS, G. y POMARES CINTA, E., “Los delitos relativos al tráfico ilegal o la inmigración clandestina” en *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Valencia, 2010.
- PROYECTO ESPERANZA, *Voces contra la trata de personas*, 2006.
<http://www.fundacionesperanza.org.co/mambo>
- QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español. Parte especial*, Barcelona, 2008.
- RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, G., Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, en RODRÍGUEZ RAMOS, L. (dir.), *Código Penal y leyes penales especiales y complementarias*, Madrid, 2009, págs. 1063-1065.
- SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E., *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Barcelona, 2002.
- SÁNCHEZ-COVISA VILLA, J., Fiscal de Sala Coordinador de Extranjería, *Lucha contra la trata de seres humanos*
- SILVA SÁNCHEZ, J.M., “La reforma del Código Penal: una aproximación desde el contexto”, *Diario la Ley*, n° 7464, 2010, págs. 1785-1793.
- SMITH, L., HEALY VARDAMAN, S., “The problem of demand in combating sex trafficking”, *International Review of Penal Law*, 3° y 4° trim., 2010.

- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Comentario al Código Penal. Actualizado por LO 5/2010 de 22 de junio*, Madrid, 2010.
- VICENTE MARTÍNEZ, R., “De la trata de seres humanos”, en GÓMEZ TOMILLO, M., (dir.), *Comentarios al Código Penal* (2º edición), Valladolid, 2010, págs. 701-705.
- VICENTE MARTÍNEZ, R., “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en GÓMEZ TOMILLO, M., (dir.), *Comentarios al Código Penal* (2º edición), Valladolid, 2010, págs. 1237-1240.