

EL DELITO DE TRATA DE SERES HUMANOS: ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 177 BIS DEL CÓDIGO PENAL

Juan Antonio Martos Núñez
Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de Sevilla

Resumen: El “delito de trata de seres humanos” constituye un negocio criminal transnacional que ataca la dignidad y la libertad de las personas, que tienen derecho a ser tratadas como seres humanos, nunca como un simple objeto. La trata de seres humanos supone la realización de prácticas crueles como el abuso y el engaño de personas vulnerables; el uso de la violencia, amenazas y coacciones; servidumbres por deudas, con el fin de la explotación laboral y sexual de las personas y la extracción de sus órganos corporales. Tanto por los medios comisivos como por las finalidades perseguidas, el delito de trata de seres humanos, es un “delito doloso de consumación anticipada”, ya que se consuma una vez realizada la acción típica, independientemente de que se haya producido o no la situación concreta y efectiva de explotación laboral, sexual o de extracción de órganos corporales.

Palabras clave: Trata, personas, explotación laboral y sexual.

Abstract: The crime of human trafficking is a transnational criminal business that attacks the dignity and freedom of individuals who have the

Recibido: junio 2012. Aceptado: diciembre 2012

right to be treated as human beings, never as a mere object. Trafficking in human beings is the realization of cruel practices such as abuse and deception of vulnerable people; the use of violence, threats, coercion and debt bondage ending with both labor and sexual exploitation and the extraction of their body organs. Both for the commissive media and for the intended purpose, the crime of human trafficking is an “intentional crime of early consummation”, as it is consumed once typical action is performed; regardless whether labor or sexual exploitation, or the extraction of organs has occurred.

Keywords: Traffic, individuals, labor and sexual exploitation.

I. Introducción

La trata de seres humanos constituye un negocio criminal muy lucrativo que, según la OUNU genera, tanto en Europa como en el resto del mundo, 2 y 25 billones de euros anuales, respectivamente. Con el nombre de trata de seres humanos se denomina una actividad criminal, universal, que se caracteriza por el abuso de una situación de superioridad y de la necesidad económica que padecen personas cuya pobreza genera el tráfico y el transporte a otros países distintos a los de su origen, para aprovecharse de ellas como mano de obra barata, en condiciones muy parecidas a la “esclavitud”; para explotarlas sexualmente o extraerles sus órganos corporales¹. La trata de seres humanos es, como afirma POMARES CINTAS², “la versión moderna” de la trata de esclavos que se produjo hasta el siglo XIX, aunque la nueva esclavitud del siglo XXI es más rentable; más barata que aquella legalmente establecida porque se fundamenta en una relación de dominio, en la que el valor de adquisición y mantenimiento del esclavo contemporáneo es bastante inferior. Como consecuencia de la transformación de los derechos sociales, en una ética basada en la competitividad, la dignidad de la persona humana ha pasado a un

1 Vid. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia, 2010, p. 206 y s.

2 POMARES CINTAS, E.: “El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 13-15, 2011, p. 3 y s.

segundo plano, en tanto que su protección no afecte a los pilares del sistema económico. En efecto, el trabajador es, básicamente, una fuerza productiva que define al extranjero-inmigrante, cuyo estatus de inferioridad legal y excluyente configura el perfil de las víctimas de la trata; personas, la mayoría mujeres procedentes de países en vías de desarrollo que, una vez trasladadas a países desarrollados son explotadas, por ejemplo, en Europa con la prostitución y mediante actividades laborales con fines de explotación en el servicio doméstico, agricultura, construcción y restauración³.

Por otra parte, el tráfico de mujeres con fines de explotación sexual es un fenómeno criminológico relacionado con el incremento de la inmigración ilegal y una variante del tráfico de seres humanos (TSH). Es un proceso que empieza con el reclutamiento de las personas en sus países de origen y acaba en el país de destino con la obtención de importantes beneficios económicos por la explotación sexual de las personas objeto de tráfico; el trabajo ilegal; la adopción de menores (como fuerza de trabajo para su venta); la pornografía infantil; el tráfico de órganos u otros, etc.

El carácter transnacional de TSH comienza en los países de origen de las víctimas y termina en los países de explotación de estas personas que sufren abusos, engaños y situaciones de violencia e intimidación que no han consentido jamás. “La transnacionalidad y complejidad del delito de trata de seres humanos”, dificultan su represión y requieren la creación de acuerdos internacionales para acelerar la cooperación policial y judicial y luchar, eficazmente, contra las organizaciones criminales, interesadas en el incremento de sus beneficios y el favorecimiento de la movilidad de su personal, el aumento y control de sus rutas, precios, etc.⁴.

3 Vid. POMARES CINTAS, E.: “El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral”. Op. cit., p. 4 y s.

4 Vid. RECHEA ALBEROLA, C./GIMENEZ-SALINAS FRAMIS, A.: “Una aproximación al tráfico de mujeres con fines de explotación sexual en España”, en *Cuadernos de Política Criminal* nº 80, 2003, p. 287 y ss.

II. Bien jurídico protegido

La L.O. 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, ha creado un nuevo Título VII bis, bajo la rúbrica De la trata de seres humanos, que contiene un solo precepto, el art. 177 bis CP. Según la Exposición de Motivos de la citada reforma de 2010, “el tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina que contenía el art. 318 bis resultaba a todas luces inadecuado, en vista de las grandes diferencias que existen entre ambos fenómenos delictivos”. En consecuencia, el bien jurídico protegido no es la “defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios”, sino que el delito de trata de seres humanos protege bienes jurídicos individuales, básicamente, “la dignidad y la libertad” del sujeto pasivo. Se trata de una modalidad específica de ataque contra la integridad moral de las personas, en tanto que la utilización del ser humano para la obtención de fines mercantilistas supone su anulación como persona, en contra de su voluntad o sin consentimiento válido. Pero es que además, el “delito de trata de seres humanos” también supone la puesta en peligro de aquellos otros bienes jurídicos protegidos por los delitos que persigue el objetivo explotador; a saber: delitos contra los derechos de los trabajadores, libertad sexual, integridad o salud física, integridad moral, etc.⁵.

Por consiguiente, el nuevo artículo 177 bis CP tipifica un delito distinto del de inmigración clandestina, en el que prevalece la protección de la dignidad y la libertad de las personas, objeto de tráfico ilegal. Pero es que además, una característica singular del nuevo delito radica en el hecho de que su ámbito de aplicación no está determinado por la nacionalidad, condición

5 Vid. POMARES CINTAS, E.: “El delito de trata de seres humanos...”, op. cit., p. 6. Véase, además, TERRADILLOS BASOCO, J.M./PORTILLA CONTRERAS, G./POMARES CINTAS, E./GUARDIOLA LAGO, M^a J.: “Trata de seres humanos: art. 177 bis CP!”, en (ALVAREZ GARCÍA, F.L./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Dir.), *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal*. 2010, p. 197.

de extranjero o vulneración de las normas migratorias, ya que el artículo 177 bis CP no se dirige, exclusivamente contra personas extranjeras, sino que comprende todas las formas de trata de seres humanos, nacionales o transnacionales, relacionadas o no con el crimen organizado. Por tanto el delito de trata de seres humanos se configura como un delito independiente, al que se dedica un título autónomo, el VII bis, ubicado, sistemáticamente, tras los delitos contra la libertad (Título VI) y los delitos contra la integridad moral (Título VII), en tanto que las conductas tipificadas en el mismo (violencia, intimidación, engaño, abuso de situación de necesidad o de superioridad o vulnerabilidad de la víctima), inciden directamente en la libertad de la víctima, pero afectan también a su dignidad y con ello a su integridad moral. Consecuentemente, el bien jurídico protegido es, según MUÑOZ CONDE⁶, “doble, aunque la razón de su incriminación autónoma tiene más que ver con la dignidad e integridad moral, a la que se lesiona a través de diversas formas de atentado a la libertad”. Ciertamente, la integridad moral constituye una manifestación directa de la dignidad humana. El atentado contra la integridad moral intensifica el injusto producido por la agresión al bien jurídico, ya que como derecho fundamental y consecuencia directa de la dignidad humana, dicho bien jurídico resulta disponible por lo que el consentimiento del sujeto pasivo actuará como causa de exclusión de la tipicidad. En todo caso, el carácter degradante de una acción no se encuentra en sí misma, sino en el hecho de que la misma sea impuesta al sujeto pasivo⁷.

La integridad moral se configura como el derecho a ser tratado como persona y no como cosa, con interdicción de cualquier intento de que el “ser humano” sea considerado un puro y simple medio para la consecución de cualquier fin, lícito o ilícito. Toda persona, por tanto, tiene derecho a recibir un trato en consonancia con su condición de ser humano libre y digno de respeto; en

6 MUÑOZ CONDE, F.: “Derecho Penal. Parte Especial”. Op. cit., p. 207.

7 Vid. TAMARIT SUMALLA, J.M.: *Comentarios al Nuevo Código Penal*, en (QUINTERO OLIVARES, G. Dir.). Navarra, 2004, p. 907.

suma a ser tratado como un ser humano, nunca como un simple objeto. El bien jurídico integridad moral se interpreta, también, como el derecho de la persona a no padecer sufrimientos físicos o psíquicos humillantes, vejatorios o envilecedores. Finalmente, el referido bien jurídico se concibe como el derecho a configurar de forma voluntaria pensamientos, ideas o sentimientos, sin que nadie pueda alterar dicha configuración, utilizando métodos o procedimientos contrarios a esa voluntad⁸.

En suma, la trata de seres humanos “constituye una grave violación de los derechos fundamentales de la persona y la dignidad humana e implica prácticas crueles como el abuso y el engaño de personas vulnerables, así como el uso de la violencia, amenazas, servidumbre por deudas y coacción”⁹.

Por otra parte, a efectos del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Varsovia, 16.V.2005), la expresión “trata de seres humanos” designa la contratación, el transporte, el traslado, el alojamiento o la acogida de personas mediante amenazas de recurrir a la fuerza, recurso a la fuerza o cualquier otra forma de obligación, mediante raptos, fraude, engaño, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad o mediante la oferta o la aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otras con fines de explotación. La explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena o bien otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos (artículo 4.a).

8 Véase, por todos, DÍAZ PITA, M.: “El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral”, en Estudios Penales y Criminológicos, Vol. XXI, 1997, p. 74.

9 Decisión Marco del Consejo de 19 de julio de 2002 relativa a la lucha contra la trata de seres humanos. Considerando número 3.

III. Tipo básico. Artículo 177 bis 1

El número 1 del artículo 177 bis CP castiga con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, “sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, la capture, transportare, trasladare, acogiere, recibiere o la alojare con cualquiera de las finalidades siguientes:

- a) La imposición de trabajos 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”.

1. Tipo objetivo

El tipo básico del delito de trata de seres humanos trata de recoger todas y cada una de las conductas que contribuyen, materialmente, a la explotación de los seres humanos, que, como sostiene DE VICENTE MARTÍNEZ¹⁰, “se desarrollan de manera escalonada con la intervención de una pluralidad de individuos, haya o no prueba de la existencia de una organización criminal”.

“Sujeto pasivo” puede ser cualquier persona, nacional o extranjera. A pesar de que en el tipo se hable de una persona singular a la que se denomina víctima, existe un solo delito aunque la trata afecte a varias personas, siempre que la conducta típica se refiera globalmente a una pluralidad de personas al mismo tiempo y se lleve a cabo como manifestación de una misma operación, dirigida con idéntico propósito criminal.

El delito de trata de seres humanos no exige un desplazamiento transfronterizo de la víctima, ya que puede cometerse en “territorio español”. Aunque la conducta adquiera naturaleza

10 DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Comentarios al Código Penal*, en (GÓMEZ TOMILLO, M. Dir.). Valladolid, 2010, p. 703.

transnacional, el delito debe cometerse “desde España”; “con destino a España”, o “en tránsito”, en cuyo caso España sería lugar de paso, siendo el punto de partida otro país y el destino uno distinto. Por consiguiente, se excluye la persecución de la trata cometida en el extranjero que no esté conectada con España. Esta limitación geográfica se opone al concepto penal de trata regulado en el art. 2.1 de la Directiva 2011/36 UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. Dicha referencia geográfica, como señala VILLACAMPA ESTIARTE¹¹, “limita indebidamente el ámbito del delito”.

La “conducta típica” consiste en captar, transportar, trasladar, acoger, recibir o alojar a una persona, utilizando para ello modos de atentado a su libertad, tales como, la “violencia, intimidación o engaño o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima”. Por consiguiente, en el tipo básico el uso de estos procedimientos típicos comisivos tiene la finalidad, consustancial al concepto de trata de seres humanos, de anular la voluntad decisoria del sujeto pasivo. Sin embargo, no es necesario llegar a la explotación efectiva, de la víctima, al transporte o al traslado a otro lugar; basta con que el sujeto pasivo haya sido ya captado para ello o se encuentre ya en disposición de ser objeto de alguna de las finalidades típicas. La redacción de los medios comisivos se ajusta a las previsiones de los instrumentos internacionales, si bien el legislador español utiliza unas expresiones más adecuadas con nuestra tradición jurídica. Así, la “violencia” comprende cualquier tipo de uso de la fuerza o coacción y, en su caso, el rapto; la “intimidación” abarca la amenaza. Tanto la “violencia” física como la “vis compulsiva”

11 VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *El delito de trata de Seres Humanos. Una Incriminación Dictada desde el Derecho Internacional*. 2011, pp. 412 y ss. Véase, además, 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*, 2010, p. 161.

(“intimidación”), deben ser idóneas para vencer la resistencia del sujeto en orden a ser sometido a conductas posteriores de explotación. El “engaño” comprende el fraude y, en su caso, el raptó. Requiere el uso de estrategias capaces de crear un error en el sujeto pasivo, de tal modo que determine su sometimiento a los fines a los que se orienta el delito de trata, desconociendo la víctima, el significado real o la trascendencia para sus bienes jurídicos de aquello que, fraudulentamente acepta; por ejemplo, un puesto de trabajo inexistente o la posibilidad de obtenerlo en condiciones que nunca se cumplirán; la promesa de regularización administrativa en el país de destino que, por supuesto, tampoco se cumplirá. El “engaño” es la forma más común de la trata, tanto para la finalidad de explotación laboral como para la de carácter sexual. El abuso de superioridad, necesidad o vulnerabilidad, comprende tanto las situaciones de prevalimiento del sujeto activo con la víctima, como la inferioridad de la víctima generada por una pluralidad de causas. Tales métodos abusivos exigen el aprovechamiento de una posición de dominio del autor sobre el sujeto pasivo derivada de una situación de desigualdad, necesidad objetiva o fragilidad personal, que favorece la trata porque la víctima está más fácilmente expuesta a las conductas posteriores de explotación personal, o, conforme establece el art. 2.2 de la citada Directiva 2011, la persona en cuestión no tiene “otra alternativa real o aceptable excepto someterse al abuso”.

En consecuencia, el recurso a cualquiera de los procedimientos típicos referidos, invalida el consentimiento de la víctima de la trata, conforme dispone el número 3 del art. 177 bis:

“El consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados en el apartado primero de este artículo”. Ciertamente, se trata de un consentimiento nulo porque, como afirman, SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO¹², “está viciado de antemano debido a las situaciones que se contemplan en el texto legal”.

12 SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, A.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Madrid, 2011, p. 212.

Por imperativo legal, se considerará trata de seres humanos, “cualquiera de las acciones indicadas en el apartado anterior cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación, aún cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior”, según establece el número 2 del art. 177 bis CP.

Por tanto, el sujeto pasivo de la trata ha de ser menor de 18 años y la acción típica ha de llevarse a cabo con fines de explotación, es decir, de “utilizar en provecho propio, por lo general de modo abusivo, las cualidades o sentimientos de una persona”, en este caso “menor de edad”, referencia muy genérica, ya que en el Código Penal se establecen diversos grupos de edades en orden a la explotación sexual¹³.

2. Tipo subjetivo.

Las conductas previstas en el art. 177 bis, 1 CP adquieren su autonomía típica en tanto que se realizan con alguna 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.

Cualquiera de ellas es bastante para realizar el delito de trata de seres humanos, aunque no es necesario que se produzcan efectivamente, por tratarse de un “delito de consumación anticipada”¹⁴. Las tres se identifican con los “fines de explotación” de las víctimas del delito de trata de seres humanos y constituyen el “elemento subjetivo del injusto” del mismo¹⁵.

13 Vid. SERRANO GOMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, A.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Op. cit., p. 211.

14 Vid. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal...*, op. cit., p. 209.

15 Vid. POMARES CINTAS, E.: “El delito de trata de seres humanos...”, op. cit., p. 12 y s.

Por “trabajo o servicios forzados” hay que entender, según el Diccionario de la Real Academia, el trabajo o servicio forzoso; es decir, el “trabajo ineludible que se hace a disgusto”. En efecto, la expresión “trabajo forzoso u obligatorio” designa todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual el individuo no se ofrece voluntariamente, conforme dispone el art. 2.1 del convenio número 29 de la Organización Internacional del Trabajo Forzoso de 1930.

Por esclavitud laboral hay que entender el sometimiento incondicional de una persona a otra que la explota desde el punto de vista económico como una simple mercancía. Por tanto, la víctima pierde su libertad secuestrada por otro. Por “esclavitud” se entenderá, según dispone el número 10º del art. 607 bis CP, que regula los delitos de lesa humanidad, “la situación de la persona sobre la que otro ejerce, incluso de hecho, todos o algunos de los atributos del derecho de propiedad, como comprarla, venderla, prestarla o darla en trueque”. Por su parte, el art. 7.2 c), del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998, que regula los crímenes de lesa humanidad, establece, a efectos del párrafo 1, que por “esclavitud” se entenderá: “el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños”.

Por otra parte, el Convenio sobre la Represión de la Esclavitud, de 25 de septiembre de 1926 (Ginebra), dispone que la esclavitud es “el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o alguno de ellos” (art. 1.1º).

MAQUEDA ABREU¹⁶ ha puesto de relieve una corriente jurisprudencial que ha proclamado las bases del discurso jurídico

16 MAQUEDA ABREU, M.L.: “A propósito de la trata y de las razones que llevan a confundir a l@s inmigrantes con esclav@s”, en *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón)*. Tomo II. Valencia, 2009, pl 1254.

penal sobre la trata como “potencial” esclavitud, a partir de la idea de vulnerabilidad. En este sentido, la STS 380/2007, de 10 de mayo, ha declarado que “en la trata lo que se protege no son ya intereses estatales, sino un conjunto de derechos que el ordenamiento jurídico reconoce a los extranjeros como colectivo específico de ciudadanos, amparándoles frente a los abusos de terceros propiciados por la situación de ilegalidad, lo que supone la instrumentalización del sujeto en aras del beneficio económico que puede proporcionar, resultando en última instancia fundamentalmente atacada la dignidad humana”.

Las condiciones que garantizan la supuesta vulnerabilidad de los “ilegales”: situación de necesidad, desamparo, aislamiento, desconocimiento del idioma e incluso la demostración de una finalidad de explotación y abuso en el traslado, revelan, a juicio de MAQUEDA ABREU¹⁷, “la carga ideológica y manipuladora que encierra este discurso de la vulnerabilidad, en el marco de esa representación simbólica generalizada de la trata como esclavitud”.

Sobre las “prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre” la Sección 3ª del Convenio Complementario al Convenio sobre Represión de la Esclavitud, de 7 de septiembre de 1956 (Ginebra), establece las “Disposiciones comunes a la esclavitud y a las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud”. Concretamente, el art. 6.2 del referido Convenio dispone lo siguiente:

“A reserva de lo establecido en el párrafo primero del artículo 1 de la Convención, las disposiciones del párrafo 1 del presente artículo se aplicarán también al hecho de inducir a una persona a someterse o a someter a una persona dependiente de ella a un estado servil que resulte de cualquiera de las instituciones o prácticas mencionadas en el artículo 1, así como a la tentativa de cometer estos actos, o la complicidad en ellos, y a la participación en un acuerdo para ejecutarlos”. El párrafo primero

17 MAQUEDA ABREU, M.L.: “A propósito de la trata y de las razones...”, op. cit., p. 1255.

del artículo 1 del mencionado Convenio insta a cada uno de los Estados Partes a adoptar todas aquellas medidas legislativas, o de cualquier otra índole necesarias para lograr progresivamente y a la mayor brevedad posible la completa abolición o el abandono de las instituciones y prácticas, tales como la “servidumbre por deudas” y la “servidumbre de la gleba”, entre otras.

Por su parte, el artículo 6.1 del citado Convenio establece lo siguiente:

“El hecho de reducir a una persona a esclavitud o de inducirla a enajenar su libertad o la de una persona dependiente de ella para quedar reducida a esclavitud, la tentativa de cometer estos actos o la complicidad en ellos o la participación en un acuerdo para ejecutarlos, constituirán delito en la legislación de los Estados Partes en la Convención y las personas declaradas culpables de ellos incurrirán en penalidad”.

En cuanto a la “servidumbre”, para que pueda ser constitutiva de delito, habrá que estimar los casos más graves, tales como: “trabajo o ejercicio propio del siervo”; “estado o condición de siervo” y “sujeción grave u obligación inexcusable de hacer algo”. Por siervo hay que entender “esclavo de un señor”¹⁸.

Sobre la “mendicidad”, el art. 232.1 CP castiga con la pena de prisión de seis meses a un año a los que “utilizaren o prestaren a menores de edad o incapaces para la práctica de la mendicidad, incluso si ésta es encubierta”. Si para los fines del referido apartado, “se traficaren con menores de edad o incapaces, se empleare con ellos violencia o intimidación, o se les suministre sustancias perjudiciales para su salud”, se impondrá la pena de prisión de uno a cuatro años, según dispone el apartado 2 del referido precepto.

En cuanto a la finalidad típica de la trata de “explotación sexual incluida la pornografía”, conviene precisar que se trata de una finalidad de explotación sexual, prevista y regulada en el art. 177 bis 1 b) CP. Por consiguiente, la finalidad de explotación laboral de la víctima de la trata debe encuadrarse, según POMARES

18 Vid. SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MÁLLO, A.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Op. cit., p. 210.

CINTAS¹⁹ “dentro de la modalidad prevista en el art. 177 bis.1 a) CP”. En el derogado art. 318 bis 2 CP se castigaba el tráfico ilegal o la inmigración clandestina para la explotación sexual. La fenomenología criminal demostraba que se realizaban conductas que, realmente, eran constitutivas de “trata de seres humanos”; a saber: el chantaje a mujeres a las que se les prometía un trabajo en España y después se les obligaba a prostituirse, bajo la amenaza de ser denunciadas ante la policía por su situación irregular; pagar un precio por los gastos que había generado su viaje a España; no permitirles salir a la calle; etc. El art. 186 CP castiga con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses al que, “por cualquier medio directo, vendiere, difundiere o exhibiere material pornográfico entre menores de edad o incapaces”.

Finalmente, en cuanto a la “extracción de órganos corporales”, el art. 156 bis 1 CP castiga con la pena de prisión de seis a doce años si se tratara de un órgano principal, y de prisión de tres a seis años si el órgano fuera no principal, a los que “promuevan, favorezcan, faciliten o publiciten la obtención o el tráfico ilegal de órganos humanos o el trasplante de los mismos”. La extracción de los órganos corporales del sujeto pasivo no incluye, en opinión de PÉREZ ALONSO²⁰, “la extracción de tejidos humanos (por ejemplo, médulas óseas), la extracción de sangre para su posterior venta, o la propia experimentación médica (clínica o farmacéutica). Téngase en cuenta, además, que si las conductas tipificadas en el art. 156 bis CP se realizan a través de la “trata de seres humanos”, tipificada en el art. 177 bis CP, habrá, como subraya MUÑOZ CONDE²¹, “el correspondiente concurso (ideal) de delitos”.

Aunque la trata de seres humanos para la extracción de órganos no se recoge en la citada Decisión Marco del Consejo

19 POMARES CINTAS, E.: “El delito de trata de seres humanos...”, op. cit., pp. 15 y ss.

20 PÉREZ ALONSO, E.: *Tráfico de personas e inmigración clandestina (un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*. 2008, pp. 82 y 192.

21 MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal...*, op. cit., p. 134.

de 19 de julio de 2002 relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 2011 relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas, por la que se deroga la referida Decisión Marco de 2002, establece en su art. 2.3 que “la explotación incluirá como mínimo la explotación de la prostitución de otros u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, incluida la mendicidad, la esclavitud o prácticas similares a ésta, la servidumbre, la explotación de actividades delictivas o la extracción de órganos”.

Tanto por los medios comisivos como por las finalidades perseguidas, el delito de trata de seres humanos es un delito doloso y, por tanto, se realiza intencionadamente, conforme dispone el art. 18 del Convenio del Consejo de Europa de 2005 sobre la lucha contra la trata de seres humanos.

El delito de trata de seres humanos se consuma una vez realizada la acción típica independientemente de que se haya o no producido la situación concreta y efectiva de explotación laboral, sexual o de extracción de órganos. Sin embargo, si se ha producido, efectivamente, una explotación laboral, el delito de trata de seres humanos entrará en concurso con el delito previsto en el 311 o, en su caso, con el señalado en el art. 312 CP, ya que, como ha declarado la doctrina jurisprudencial las conductas tipificadas en los referidos artículos “son manifestaciones de los delitos denominados de explotación o de explotación del hombre por el hombre”²². En la hipótesis de la explotación sexual efectivamente realizada, el art. 177 bis entrará en concurso, básicamente, con la prostitución coactiva del art. 188 CP y, eventualmente, con el art. 189 CP referido a espectáculos exhibicionistas o pornográficos de menores. En suma, lo que se pretende es luchar contra cualquier actividad de trata sexual que pretenda imponer comportamientos sexuales contrarios a la libre voluntad de la víctima. Finalmente, en el supuesto de la trata de seres humanos con fines de extracción

22 Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R. En, *Comentarios al Código Penal*. Op. cit., p. 704.

de órganos corporales, podría entrar en concurso real con los delitos de lesiones previstos en los arts. 149 ó 150 CP²³.

IV. Tipos cualificados

1. Cualificación general: art. 177 bis 4 CP.

Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero del art. 177 bis, cuando, según el apartado 4 del mencionado precepto:

- “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 concurriera más de una circunstancia se impondrá la pena en su mitad superior”.

Aunque en la letra a) no se especifica a qué tipo de peligro se refiere, debe entenderse que será el riesgo para la vida o la integridad física de la víctima, conforme establece el art. 3.2 de la Decisión Marco de 2002, que contempla la puesta en peligro “de forma deliberada o por grave negligencia de la vida de la víctima”. En cuanto al Convenio del Consejo de Europa de 2005, se consideran “circunstancias agravantes”, entre otras, el hecho de que la infracción “haya puesto en peligro a la víctima, deliberadamente o por negligencia grave” y que la infracción “haya sido cometida contra un niño” (art. 24, a y b); es decir, por una “persona menor de 18 años”, según dispone el art. 1.4 de la citada Decisión Marco de 2002. Finalmente, hay que señalar que “víctimas especialmente vulnerables” son aquellas personas que se encuentran desamparadas por enfermedad, discapacidad o situación, y que apenas pueden oponer resistencia a los abusos

23 Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R. En *Comentarios...*, op. cit., p. 704, y SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO: *Derecho Penal...*, op. cit., p. 211.

de terceros, siendo susceptible de valoración, por su aptitud, en tención al caso concreto²⁴.

2. La condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público del sujeto activo.

Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 del art. 177 bis CP e inhabilitación absoluta de seis a doce años a los que “realicen los hechos prevaleándose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público”, según establece el apartado 5 del mencionado precepto. Si concurriese además alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 del art. 177 bis CP se impondrán las penas en su mitad superior.

A los efectos penales, se reputará “autoridad” al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal, conforme dispone el art. 24.1 CP. Por su parte, se considerará “funcionario público” todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas, a tenor de lo que señala el apartado 2 del referido precepto.

El tipo cualificado exige, por tanto, que el sujeto cometa el delito de trata de seres humanos “aprovechándose de su carácter público”.

3. La pertenencia a una organización o asociación dedicada a la trata de seres humanos.

Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 del art. 177 bis CP e inhabilitación especial para

24 Vid. SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO: *Derecho Penal...*, op. cit., p. 212.

profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, “cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades”, a tenor del apartado 6 del referido artículo. Si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 del art. 177 bis CP se impondrán las penas en la mitad superior. Si concurriera la circunstancia prevista en el apartado 5 del mencionado artículo se impondrán las penas señaladas en éste en su mitad superior.

Cuando se trata de “jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones”, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado. En todo caso, se elevará la pena a la inmediatamente superior en grado si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 o la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo, según dispone el párrafo segundo del apartado 6 del art. 177 bis CP.

El tipo cualificado se fundamenta en el art. 24 del referido Convenio del Consejo de Europa de 2005, que define como “circunstancia agravante” que la infracción haya sido cometida “dentro del marco de una organización delictiva” (letra d).

A efectos del Código Penal, se entiende por “organización criminal” la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se reparten diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas, según define el párrafo segundo del art. 570 bis 1 CP. Se impondrán en su mitad superior las penas respectivamente previstas en este artículo si los delitos fueren... “la trata de seres humanos”, conforme establece el apartado 3 del art. 570 bis CP. Sin embargo, la similitud entre las organizaciones y grupos criminales, y las asociaciones ilícitas puede plantear el concurso de leyes, como dispone, expresamente, el párrafo segundo del art. 570 quáter, 2, a cuyo tenor, “cuando las conductas previstas en dichos artículos (que regulan las organizaciones y grupos

criminales) estuvieren comprendidas en otro precepto de este Código, será de aplicación lo dispuesto en la regla 4ª del art. 8º”, es decir: “el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor”. Por consiguiente, la misma relación concursal se dará en los casos en que se haya cometido un delito que contenga una cualificación específica por pertenencia a una organización; por ejemplo, señala MUÑOZ CONDE²⁵, “el art. 570 bis, 3 en relación con el art. 177 bis 6”.

V. Responsabilidad penal de las personas jurídicas

Se le impondrá la pena de multa del triple al quántuple del beneficio obtenido, “cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en el artículo 177 bis”, conforme establece el apartado 7 del referido precepto. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

El elemento teleológico del delito de trata de seres humanos, “elemento subjetivo del injusto”, exige que las finalidades típicas de explotación laboral (artículo 177 bis letra a); explotación sexual, incluida la pornografía (letra b del citado precepto) y la extracción de órganos corporales (letra c), sean cometidas, en nombre o por cuenta de las personas jurídicas, y en su provecho, por sus “representantes legales y administradores de hecho o de derecho” o bien en el ejercicio de las actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por “quienes estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso”, según prescribe el apartado 1 del artículo 31 bis CP. El fundamento dogmático reside en que en el proceso de atribución de responsabilidad penal, no se le reconoce directamente capacidad de acción a las personas jurídicas, ya que el citado precepto imputa

25 MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal...*, op. cit., pp. 914 y s.

a las personas jurídicas responsabilidad penal por las acciones de determinadas personas físicas que actúan en su ámbito. Por consiguiente, en el Derecho Penal español, la responsabilidad penal de la persona jurídica no se basa, únicamente, en su actuación social como tal, sino que es, también, responsable penalmente por los delitos cometidos por personas físicas que actúan en su ámbito y para beneficiarla, aunque la responsabilidad penal de la persona jurídica se mantiene, en base al referido comportamiento individual, incluso en el caso de que las personas físicas no sean condenadas, conforme establece el apartado 3 del art. 31 bis CP²⁶.

En la aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas se estará a lo dispuesto en las reglas 1ª 4ª y 6ª a 8ª del primer número del artículo, así como a las establecidas por el artículo 66 bis CP. Los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas (que siendo aplicables a las personas jurídicas tienen todas la consideración de “graves”) recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33 CP, cuyo párrafo final dispone que “la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa”.

En suma, la responsabilidad penal de las personas jurídicas por la comisión del delito de trata de seres humanos, constituye una exigencia de los artículos 22 y 23 del Convenio del Consejo de Europa de 2005 y de los artículos 4 y 5 de la Decisión Marco del Consejo de 2002, que se traslada al apartado 7 del artículo 177 bis CP²⁷.

VI. Actos preparatorios punibles

“La provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de trata de seres humanos serán castigadas con la

26 Vid. MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 2010, pp. 222 y 630.

27 Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Comentarios al Código Penal*. Op. cit., p. 704

pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente”, según dispone el apartado 8 del art. 177 bis CP. La complejidad de estos delitos presentará en muchas ocasiones dificultades para probar estas formas de resolución criminal manifestada, que amplían el ámbito de aplicación del delito de trata de seres humanos si consideramos que este delito comprende un conjunto de actos variados, comenzado por la captación de una persona. DE VICENTE MARTÍNEZ²⁸ “ningún documento supranacional exige dicha tipificación, limitándose únicamente a señalar la obligatoriedad de que sea punible la tentativa del delito de trata de seres humanos”, conforme prescriben los artículos 2 de la Decisión Marco del Consejo de 2002 y 21.2 del Convenio del Consejo de Europa de 2005.

La delimitación entre estos actos preparatorios punibles, la tentativa y la consumación resultará en muchos casos problemática; habrá que estar al caso concreto para saber si el tipo se ha consumado o no. Por ejemplo, tener a personas ya captadas para destinarlas a los fines de explotación laboral o sexual internadas en algún lugar, sin que se hayan comenzado a realizar estas actividades específicas de trata de seres humanos, debe ser estimado, según MUÑOZ CONDE²⁹ como “delito consumado” de tráfico de personas. En cambio, tenerlas ya dispuestas para realizar estas actividades, pero todavía con posibilidades de escapar o de negarse a la explotación, por parte de las víctimas sería “tentativa”; mientras que otras conductas de preparación del lugar o del medio de transporte sólo podrían constituir, en opinión del citado autor³⁰, “alguno de los actos preparatorios a que se refiere el apartado 8 del art. 177 bis CP”.

VII. Concurso de delitos

Las penas previstas en el art. 177 bis CP se impondrán, en todo caso, “sin perjuicio de las que correspondan, en su

28 Cfr., p. 704.

29 MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Op. cit., pp. 208 y s.

30 Cfr., p. 209.

caso, por el delito del art. 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación”, según dispone el apartado 9 del mencionado precepto.

Al no exigir el delito de trata de seres humanos el resultado de la explotación efectiva de la víctima, el transporte o el traslado a otro lugar —por tratarse de un delito de “consumación anticipada”, en el que basta con que la víctima haya sido ya captada para ello o se encuentre ya en disposición de ser objeto de alguna de las finalidades típicas—, deberán ser castigadas en concurso con ellos, así como con aquellos otros delitos que cometidos con ocasión de la comisión del delito de trata de seres humanos no guarden una relación de consunción con los medios comisivos descritos en el apartado 1 del art. 177 bis³¹. En materia de concurso entre el art. 318 bis y el 177 bis se resolverá, a juicio de SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO³², “por el concurso real previsto en el art. 73 del Cp”.

Esta “cláusula concursal” acredita, a mi juicio, la autonomía e independencia del delito de trata de seres humanos del art. 177 bis, respecto del crimen regulado en el art. 318 bis CP, que tipifica los “delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”. Ciertamente, el nuevo art. 177 bis CP tipifica un delito diferenciado del de inmigración clandestina, en el que predomina la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos que son objeto de un tráfico ilegal de personas. En consecuencia, se derogan las referencias típicas a la trata de seres humanos que se contenían en los artículos 313.1 y 318 bis, 2 CP, quedando ahora el delito de trata de seres humanos como un delito independiente, regulado en un Título autónomo, el VII bis³³. Como ya expuse en

31 Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Comentarios al Código Penal*. Op. cit., pp. 704 y s.

32 SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, A.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Op. cit., p. 214.

33 Vid. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Op. cit., p. 207.

otro lugar³⁴, de “lege ferenda”, podría postularse “la inclusión de la trata de seres humanos, como delitos contra la integridad moral, considerando como tal, las conductas que impliquen efectos atentatorios a la dignidad de la persona”.

VIII. Reincidencia internacional

En base al carácter transnacional del delito de trata de seres humanos, “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”, según prescribe el apartado 10 del art. 177 bis CP.

Esta previsión legislativa sitúa al delito de trata de seres humanos en la línea político-criminal restrictiva, en orden a la apreciación, dentro del marco de la pena, de esta circunstancia, agravante de la responsabilidad criminal, la “reincidencia internacional”, que solamente se contempla en el Código Penal en los artículos siguientes:

Art. 190 (delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores); 375 (narcotráfico); 388 (falsificación de moneda y efectos timbrados) y 580 (organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo).

VIII. Excusa absolutoria para la víctima de trata de seres humanos

Considerando que la mayoría de las víctimas del delito de trata de seres humanos se ven obligadas, a su vez, a cometer delitos a consecuencia de su explotación (delitos sexuales,

34 Vid. MARTOS NÚÑEZ, J.A.: “La protección jurídico-penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en *Revista General de Derecho Penal* 11 (2009), p. 18. Véase, además, DAUNIS RODRIGUEZ, A.: “Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas”, en *InDret*, 1/2010.

patrimoniales, etc.), “sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales de este Código, la víctima de trata de seres humanos quedará exenta de pena por las infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado”, conforme establece el apartado 11 del art. 177 bis CP.

Dicho apartado satisface las exigencias del art. 7 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 2011, relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas, por la que se deroga la Decisión Marco de 2002. Por tanto, “los Estados miembros preverán, de conformidad con los principios básicos de su ordenamiento jurídico, la posibilidad de no enjuiciar ni imponer penas a las víctimas de la trata de seres humanos por su participación en actividades ilegales como consecuencia directa de haber sido objeto de cualquiera de los actos contemplados en el artículo 2”³⁵. Ciertamente, para liberarse de la situación injusta a la que se ve sometida la víctima, ésta puede cometer lesiones para huir, sustraer dinero, etc. Por tanto, podría concurrir “legítima defensa”; “estado de necesidad” o “miedo insuperable”, como eximente completa o incompleta de los artículos 20 y 21 CP³⁶.

Según Naciones Unidas, en el mundo existen entre cuatro y seis millones de víctimas de trata. El 80% son mujeres explotadas

35 Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Comentarios...*, op. cit., p. 705.

36 Vid. SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, A.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Op. cit., p. 215. Véase, además, GARCÍA ARÁN, M. (Coord.): *Trata de personas y explotación sexual*. Granada, 2006. MAQUEDA ABREU, M.L.: “Hacia una nueva interpretación de los delitos relacionados con la explotación sexual”, en *LA LEY* 53/2006; VILLACAMPA ESTIARTE, C.: El “nuevo” delito de tráfico de personas, en *LA LEY* 345/2004; DIEZ RIPOLLÉS, J.L.: “Trata de seres humanos y explotación sexual de menores. Exigencias de la Unión y legislación Europea”, en *Revista Penal* n° 2, 1998 y SERRA CRISTÓBAL, *Prostitución y trata*. Valencia, 2007; el mismo, *La trata sexual de mujeres*, Madrid, 2007.

sexualmente (700.000). En España 300.000 mujeres se dedican a la prostitución y 4.000 en Andalucía. Tras ser captadas con la promesa de un trabajo digno y remunerado en España, no perciben ninguna remuneración y contraen deudas interminables con la organización criminal por el alojamiento, la comida, el agua o incluso el combustible de los vehículos que las transportan al lugar del trabajo. Las víctimas están intensamente controladas por la organización. Para amedrentarlas emplean amenazas de muerte con armas de fuego falsas y palizas para acallar las voces discordantes. Sufren episodios de violencia psíquica con constantes amenazas de muerte, insultos y todo tipo de comportamientos de carácter vejatorio y humillante bajo condiciones laborables y humanas de “semi esclavitud”³⁷.

Excurso: a trata de seres humanos como “crimen de lesa humanidad”

Aunque los arts. 607 bis CP y 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que regulan los crímenes de lesa humanidad, protegen, respectivamente la “Comunidad Internacional” y “la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad”, en tanto que los crímenes contra la humanidad suponen una violación sistemática de los derechos humanos fundamentales de la población civil, el delito de trata de seres humanos del art. 177 bis CP, guarda, a mi juicio, un estrecho parentesco con el referido crimen internacional.

En efecto, junto a los mencionados intereses supraindividuales (la paz, la seguridad y el bienestar mundiales), el crimen de lesa humanidad también protege, como subraya WERLE³⁸,

37 Este es el “contexto” de un caso de “explotación rural” acaecido en una finca, situada a 35 kilómetros de la localidad sevillana de Cantillana, donde una familia rumana dedicada a la trata de seres humanos, tenían retenidos a 13 compatriotas suyos que vivían confinados sin luz ni agua corriente. Fuente: aDn, Sevilla, 14 de julio de 2011.

38 WERLE, G.: *Tratado de Derecho Penal Internacional*. Traducción de CÁRDENAS ARAVENA, C./DÍAZ PITA, M^a del M./GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M./MUÑOZ AUNIÓN. Valencia, 2005, p. 356.

intereses individuales, a saber: la vida, la salud, la libertad y la dignidad de las víctimas concretas”. A los efectos del art. 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos que se mencionan en el apartado 1., “cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”. Entre los hechos típicos relevantes, a efectos del citado art. 177 bis CP, se configuran como actos constitutivos de “crímenes de lesa humanidad”, c) Esclavitud; y g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable.

A los efectos del referido apartado 1., por “esclavitud” se entenderá “el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños, según dispone la letra c del apartado 2 del art. 7 del Estatuto de Roma. Los crímenes contra la humanidad, por tanto, se dirigen contra cualquier población civil y no sólo contra individuos, lo que no quiere decir que toda la población de un Estado o de un territorio deba verse afectada por el ataque. Lo decisivo para determinar la pertenencia a una población civil es, según WERLE³⁹, “la necesidad de protección de la víctima, que se deriva de su indefensión respecto a la violencia organizada, sea estatal, militar o de otro tipo”. Fuera de los conflictos armados, los crímenes contra la humanidad se caracterizan porque presuponen una actuación unilateral en contra de la población civil por parte del poder estatal o de otras fuerzas armadas organizadas, por ejemplo, miembros de aparatos policiales estatales u organizaciones de poder no estatales con competencias fácticas parecidas. El “sujeto pasivo” del delito de lesa humanidad no es toda la población de una región, “basta que un número considerable de individuos sean atacados”⁴⁰.

39 WERLE, G.: *Tratado de Derecho Penal Internacional*. Op. cit., p. 358.

40 Vid. WERLE, G.: *Tratado...*, op. cit., p. 360.

El “ataque generalizado”, requerido por el tipo, puede consistir en una sola acción cuando ésta tiene como víctimas a un gran número de personas civiles. Dicho ataque, debe ser “sistemático”, es decir, organizado, fruto de un plan previo o de una política, llevada a cabo por una unidad determinada, un Estado o una organización. La política del Estado o de la organización puede consistir en la adopción de una función directiva en la comisión del crimen o en un apoyo activo del hecho global o incluso en su tolerancia.

El “sujeto activo” debe conocer que está realizando un ataque contra una población civil y que su hecho representa una parte de este ataque; sin que sea preciso que el autor conozca los detalles de la planificación o de la política del Estado o de la organización criminal⁴¹.

Por lo que se refiere a la esclavitud como un hecho típico —en el contexto de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil y con conocimiento de dicho ataque—, constitutivo de “crimen de lesa humanidad”, se pueden ejemplificar las siguientes conductas: la compra, venta, préstamo o trueque de personas, incluyendo formas “similares” de privación de la libertad que no se encuentran recogidas en el concepto tradicional de esclavitud, en el que el autor trata la víctima como una “cosa mueble”. Entre las prácticas de esclavitud, se incluye también el “tráfico de personas”, en particular mujeres y niños⁴².

Sobre la violencia sexual, en el caso de la “violación” debe destacarse no el ejercicio de la fuerza o coacción contra la víctima, sino la falta de consentimiento de ésta; por consiguiente, lo determinante no es la conducta objetiva del autor, sino la voluntad

41 Vid. WERLE, Cfr., pp. 360 y ss.

42 Vid. Art. 3 a) del “Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños, que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional”. Informe del Comité Especial encargado de elaborar una convención contra la delincuencia organizada transnacional sobre la labor de sus períodos de sesiones 1º a 11º. ONU Doc. A/55/383 (2000). Anexo II.

contraria de la víctima. Por su parte, la “esclavitud sexual” es una forma específica de esclavitud, en la que el autor debe conseguir que la víctima acceda a las prácticas sexuales. En la “prostitución forzada”, es necesario que el autor, mediante amenaza de uso de la fuerza o por coacción, haya conseguido que una o más personas realicen actos de naturaleza sexual por la fuerza. Por su parte, el “embarazo forzado” exige el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, siendo bastante con que el autor encierre a una mujer embarazada por otro. En cuanto a la “esterilización forzada”, el autor debe privar por lo menos a una persona de su capacidad reproductora, excluyéndose los casos de tratamientos médicos necesarios⁴³.

A propósito de la “violencia sexual contra la mujer”, en la doctrina española se ha planteado su configuración como “crimen de lesa humanidad”⁴⁴. En efecto, conviene destacar que el CP utiliza expresamente la denominación “violación o agresión sexual”, en el art. 607 bis 2, apartado 2º. Así se pone de manifiesto la multiplicidad de definiciones existentes, tales como actos que conculcarían la libertad e indemnidad sexuales de la víctima mediante la violencia o intimidación, hasta la tesis vigente de la violación en el Derecho Penal Internacional, que se ha trasladado desde la conducta objetiva del autor a la voluntad contraria de la víctima. Por consiguiente lo esencial es, como destaca MENDOZA CALDERÓN⁴⁵, “la falta absoluta de un consentimiento válido sobre su libertad sexual por parte de la víctima”. Ciertamente, aunque el escenario de los “crímenes contra la humanidad”, generalmente, es un conflicto armado,

43 Vid. WERLE, G.: Tratado..., op. cit., pp. 393 y ss.

44 Vid. MENDOZA CALDERÓN, S. “Los delitos sexuales contra la mujer como crimen de lesa humanidad. Algunas consideraciones críticas sobre su especial problemática y aplicación”, en *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita (MUÑOZ CONDE, F., Dir.)*. Valencia, 2008, pp. 1111 y ss.

45 MENDOZA CALDERÓN, S.: “Los delitos sexuales contra la mujer como crimen de lesa humanidad...”. Op. cit., p. 1154.

internacional o interno, o en el contexto de golpes militares, derrocamientos de sistemas políticos democráticos mediante la violencia, en los que la “intimidación” está implícita, sin embargo, deben valorarse aquellos casos en los que la víctima no puede prestar su consentimiento legítimo sobre su libertad e indemnidad sexuales, ya sea porque se encuentra privada de sentido, es una incapaz por su minoría de edad o porque ha sido engañada. Si se cumplen los requisitos típicos objetivos y subjetivos (los responsables son conscientes de tales ataques) del delito de lesa humanidad, “aunque no concurra violencia o intimidación”, ¿no deben considerarse como crímenes contra la humanidad, actos como tener acceso carnal con mujeres privadas de sentido en hospitales o retener a niñas de doce años en escuelas convencionándolas de que recibirán premios y honores si se convierten en “mujeres de consuelo” para los oficiales, manteniendo relaciones sexuales con las mismas? Estas conductas serían abusos sexuales, no delitos de violación o agresión sexual, salvo que se recurriera a una peligrosa interpretación extensiva de estos últimos ataques a la libertad e indemnidad sexual de la mujer, o bien se podrían producir lagunas de punición no se adaptarían al Derecho Penal Internacional, uno de cuyos elementos interpretativos básicos es el “principio de complementariedad”, entre la labor de la Corte Penal Internacional y los órganos jurisdiccionales nacionales, para la persecución de estos delitos, conforme establece el art. 1 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional que “tendrá carácter complementario de las jurisdicciones nacionales”⁴⁶. Por otra parte, los delitos de prostitución deben diferenciarse de las conductas de traslado con fines de explotación sexual y del propio delito de esclavitud, pues, aunque el CP no tipifica, expresamente, el delito de esclavitud sexual como “crimen de lesa humanidad” y, por consiguiente, todas las formas de esclavitud deben reconducirse al delito genérico, se ha incorporado en el art. 607 bis 2 CP, apartado 9º, párrafo segundo el “traslado de personas de un

46 Vid. MENDOZA CALDERÓN, S.: “Los delitos sexuales contra la mujer...”, op. cit., pp. 1154 y s.

lugar a otro, con el propósito de su explotación sexual, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima”.

Por razones de similitud en la tipificación del ámbito de prohibición, la “trata de seres humanos” con el fin de explotar laboral y sexualmente a personas (incluida la pornografía) y extraerles sus órganos corporales, realizada en el contexto típico, objetivo y subjetivo del art. 607 bis CP constituye, a mi juicio, un crimen de lesa humanidad, que entra en concurso con el art. 177 bis CP. Dicho concurso debe entenderse como un “concurso de leyes”, a resolver conforme a la regla 4ª del art. 8 CP; a saber: “el precepto penal más grave excluirá a los que castiguen el hecho con pena menor”. En nuestro caso, se impondrá la pena de 12 a 15 años si cometieran una violación (art. 607 bis CP, 2., apartado 2º) o, en su caso, se impondrá la pena de prisión de seis a ocho años a quienes trasladaren a personas de un lugar a otro con el propósito de su explotación sexual. Del mismo modo, “mutatis mutandi”, la trata de seres humanos realizada en las condiciones típicas objetivas y subjetivas (el sujeto conoce el ataque realizado contra la víctima) constituye, en mi opinión, un crimen de lesa humanidad, previsto en el art. 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, la cual será competente para su conocimiento, previa “cuestión de admisibilidad” (art. 17 del citado Estatuto) y, en su caso, de conformidad con los “Principios Generales del Derecho Penal” (arts. 22 a 33 del referido Estatuto de Roma), imponer las penas aplicables, a la persona declarada culpable de uno de los crímenes a que se hace referencia en el art. 5: “Los crímenes de lesa humanidad”. Dada la gravedad de este delito, considero que la pena aplicable sería la prisión no superior a treinta años o, en su caso, la reclusión a perpetuidad, cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado”, conforme dispone el art. 77.1 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Además de la reclusión, la Corte podrá imponer:

- a) Una multa con arreglo a los criterios enunciados en las Reglas de Procedimiento y Prueba, previstas en el art. 51 del Estatuto de Roma.
- b) El decomiso del producto, los bienes y los haberes procedentes directa o indirectamente de dicho crimen, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe, conforme establece el número 2 del referido art. 77 del Estatuto de Roma⁴⁷.

Bibliografía

BLANCO LOZANO, “Torturas y otros delitos contra la integridad moral. Trata de seres humanos”, en “Lecciones de Derecho Penal: Parte Especial”. Coord. por Miguel Polaino Navarrete. Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.), Tomo I, Madrid, 2010.

BOLDOVA PASAMAR, “Trata de seres humanos, en especial menores”. Revista de Derecho migratorio y extranjería. Nº 23, 2010.

47 Vid. MARTOS NÚÑEZ, J.A.: “Crímenes de lesa humanidad”, en *Derecho Penal Internacional. Materiales docentes* (POLAINO NAVARRETE, M., Dir.). Sevilla, 2012, pp. 215 y ss. Véase, además, AMBOS, “Violencia sexual en conflictos armados y Derecho Penal Internacional”, en CPC, Nº 107, 2012. Del mismo autor, “Crímenes de lesa humanidad y la Corte Penal Internacional”, en Revista General de Derecho Penal, Nº 17, 2012. AMBOS/WIRTH. ¿The current Law of Crimes Against Humanity?, en Criminal Law Forum, 13, 2002. GIL GIL, Art. 607 bis. en Manuel Gómez Tomillo (dir). “Comentarios al Código Penal”. LEX NOVA, S.A.U., Valladolid, 2010. De la misma autora, “La violación como arma de guerra y su consideración como crimen internacional”, en VVAA, “Piratas, mercenarios, soldados, jueces y policías: nuevos desafíos del Derecho Penal Europeo e Internacional”, 2010. LANDA GOROSTIZA, El “Nuevo” Crimen de Lesa Humanidad: una primera aproximación. Revista Penal. Nº 14, 2004. V. HEBEL/ROBINSON. ¿Crimes within the Jurisdiction of the Court?, en ROY S. LEE (ed.), “The International Criminal Court, The Making of the Rome Statute, The Hague, Kluwer Law International, 1999 y TRIFFTERER (ed.), “Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court”, Baden-Baden, Nomos, 1999. Por otra parte, téngase en cuenta el documento “Elementos de los Crímenes” para el art. 7 del Estatuto de la CPI, según el proyecto de texto de la Comisión Preparatoria, aprobado por la Asamblea de los Estados Partes en septiembre de 2002.

- 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 y 318 bis)”, en (QUINTERO OLIVARES, G. Dir.), *La Reforma Penal de 2010: análisis y comentarios*. 2010.
- DAUNIS RODRÍGUEZ, A.: “Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas”, en *InDret*, 1/2010.
- DE LEÓN VILLALBA, “Propuesta de reforma frente a la trata de seres humanos”, en Casanueva Sanz (pr.), Jesús Agustín Pueyo Rodero (pr.) “El anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008”, 2009.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Comentarios al Código Penal*, en (GÓMEZ TOMILLO, M., Dir). Valladolid, 2010.
- DÍAZ PITA, M. DEL M.: “El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXI, 1997.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: “Trata de seres humanos y explotación sexual de menores. Exigencias de la Unión y legislación Europea”, en *Revista Penal* nº 2, 1998.
- GARCÍA ARÁN, M. (Coord.): *Trata de personas y explotación sexual*. Granada, 2006.
- Informe sobre las legislaciones penales en materia de trata de los países SICA (Sistema de la Integración Centroamericana), 2011.
- Informe Anual de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa. “Combating trafficking as modernday slavery :a matter of rights, freedom and security”, 9 de diciembre de 2010.
- Informe ACCEM, (G. Susaj/K. Nikopolou/A. Giménez-Salinas Framis, Coord.), “La Trata de Personas con fines de Explotación Laboral. Un estudio de aproximación a la realidad en España”, 2006.
- MAQUEDA ABREU, M.L.: “Hacia una nueva interpretación de los delitos relacionados con la explotación sexual”, en *LA LEY* 53/2006.

- _____ “A propósito de la trata y de las razones que llevan a confundir a l@s inmigrantes con esclav@s”, en *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón)*. Tomo II, Valencia, 2009.
- MARAVÉR GÓMEZ, “La trata de seres humanos”, Julio Díaz-Maroto y Villarejo (dir.). Gonzalo Rodríguez Mourullo (pr.) “Estudios sobre las reformas del Código Penal: (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, 3/2011, de 28 de enero)”, 2011.
- MARTOS NÚÑEZ, J.A.: “La protección jurídicopenal de los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en *Revista General de Derecho Penal* 11 (2009).
- _____ “Crímenes de lesa humanidad”, en *Derecho Penal Internacional. Materiales docentes (POLAINO NAVARRETE, M., Dir)*. Sevilla, 2012.
- MENDOZA CALDERÓN, S.: “Los delitos sexuales contra la mujer como crimen de lesa humanidad. Algunas consideraciones críticas sobre su especial problemática y aplicación”, en *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita (MUÑOZ CONDE, F., Dir.)*. Valencia, 2008.
- MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia, 2010.
- MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*. Valencia, 2010.
- NIETO GARCÍA, “Concurso penal de la trata de seres humanos y utilización de menores como mendigos”. *Diario La Ley*, Nº 7867, 2012.
- PÉREZ ALONSO, E.: *Tráfico de personas e inmigración clandestina (un estudio sociológico, internacional y jurídicopenal)*. 2008.
- Plan integral de lucha contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual. Ministerio de Igualdad, Madrid, 2010.

- POMARES CINTAS, E.: “El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 13-15, 2011.
- RECHEA ALBEROLA, C./GIMENEZ-SALINAS FRAMIS, A.: “Una aproximación al tráfico de mujeres con fines de explotación sexual en España”, en *Cuadernos de Política Criminal* nº 80, 2003.
- SERRA CRISTÓBAL, *Prostitución y trata*. Valencia, 2007.
- _____ *La trata sexual de mujeres*, Madrid, 2007.
- SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, A.: *Derecho Penal. Parte Especial*. Madrid, 2011.
- TAMARIT SUMALLA, J.M.: Comentarios al Nuevo Código Penal, en (QUINTERO OLIVARES, G., Dir). Navarra, 2004.
- TERRADILLOS BASOCO, J.M./PORTILLA CONTRERAS, G./POMARES CINTAS, E./GUARDIOLA LAGO, M^a. J.: “Trata de seres humanos: art. 177 bis CP), en (ALVAREZ GARCÍA, F.L./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Dir.), *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal*. 2010.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C.: El “nuevo” delito de tráfico de personas, en *LA LEY* 345/2004.
- _____ *El delito de trata de Seres Humanos. Una Incriminación Dictada desde el Derecho Internacional*. 2011
- _____ *Trata de seres humanos y delincuencia organizada: Conexión entre ambos fenómenos criminales y su plasmación jurídico-penal*, Indret, Nº 1, 2012.
- WERLE, G.: *Tratado de Derecho Penal Internacional*. Traducción de CÁRDENAS ARAVENA, C./DÍAZ PITA, M. DEL M./GUTIÉRREZ RODRIGUEZ, M./MUÑOZ AUNIÓN. Valencia, 2005.